



HAL
open science

La régulation économique et financière face aux défis de l'information

Arnaud Sée

► **To cite this version:**

Arnaud Sée. La régulation économique et financière face aux défis de l'information. Gabriel Eckert; Jean-Philippe Kovar. La régulation économique et financière face aux défis de l'information. De la régulation par l'information à la régulation de l'information, L'Harmattan, pp.45-68, 2018, 978-2-3431-5145-8. hal-03058143

HAL Id: hal-03058143

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-03058143>

Submitted on 7 Jan 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La sanction par l'information

Arnaud Sée, professeur à l'université Paris Nanterre, Centre de recherches sur le droit public (EA 381)

La sanction administrative. La sanction administrative est « une mesure qui vise à punir un comportement » contraire aux lois et règlements¹. La sanction inflige ainsi une peine sanctionnant une infraction, elle a « le caractère d'une punition »². La plupart des autorités chargées d'une fonction de régulation disposent d'un tel pouvoir de sanction. Cette compétence a été conférée au CSA³, à l'Autorité de la concurrence⁴, à l'AMF⁵, à l'ARCEP⁶, à la CRE⁷, à l'ARJEL⁸, à l'ACPR⁹, à l'ARAF¹⁰ ou encore à l'HADOPI¹¹. Certains vont même jusqu'à considérer que « les exigences de la répression sont à l'origine de la création des autorités de régulation »¹². La dévolution d'un pouvoir de sanction à certaines autorités de régulation a conduit à une extension quantitative du champ des sanctions, du fait d'une diversification de leurs auteurs et de leurs destinataires¹³. Le juge constitutionnel admis depuis longtemps la constitutionnalité d'un tel pouvoir de sanction administrative, « dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis »¹⁴. Les sanctions prononcées sont susceptibles de faire l'objet d'un recours de pleine juridiction objectif devant la Cour d'appel de Paris ou le Conseil d'Etat. Ce pouvoir de sanction, on le sait, a été progressivement encadré sous l'influence de l'article 6§1 CEDH, conduisant à adapter les standards juridictionnels à l'exercice d'un pouvoir de décision administrative¹⁵.

Sanction et information. Les liens entre le pouvoir de sanction des autorités de régulation et l'information sont bien connus. L'information est l'action de donner la connaissance d'un fait ou de la rechercher. Une information est une nouvelle, un renseignement, une documentation sur quelque chose ou sur quelqu'un, portés à la connaissance de quelqu'un. L'information ici visée renvoie à la transparence, transparence des opérateurs mais aussi celle du régulateur.

Dans ce cadre, l'information est toujours un préalable à la sanction administrative, dont le déclenchement nécessite une mise en demeure. En outre, l'information du régulateur aux opérateurs est exigée par le droit au procès équitable. Les droits de la défense impliquent tout à la

¹ M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger*, Economica, 1992; Conseil d'Etat, Le pouvoir de l'administration dans le domaine des sanctions, La documentation française, 1995, p. 3 ; M. Degoffe, *Droit de la sanction non pénale*, Economica, 2000.

² Conseil constitutionnel, décision n°88-248 DC du 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi relative à la liberté de communication, Rec. p. 18.

³ Art. 42 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986.

⁴ Art. L. 464-2 C. Com

⁵ Art. L. 621-15 C. mon. fin.

⁶ Art. L. 36-11 CPCE.

⁷ Art. L. 135-25 C. énergie.

⁸ Art. 41 de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010.

⁹ Art. L. 612-38 C. mon. fin.

¹⁰ Art. L. 2135-7 C. transports.

¹¹ Art. L. 331-32 C. propriété intellectuelle.

¹² M. Guyomar, « La sanction administrative », LPA, 12 janvier 2006, p.8. V. aussi, du même auteur, *Les sanctions administratives*, Paris, LGDJ Lextenso éditions, 2014.

¹³ M. Guyomar, A. Sée, V° « Pouvoir de sanction », in *Dictionnaire des régulations*, LexisNexis, 2015, p. 458.

¹⁴ Conseil constitutionnel, décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, Rec. p. 71.

¹⁵ M. Guyomar, A. Sée, V° « Pouvoir de sanction », préc.

fois l'information du déclenchement de la procédure¹⁶, la notification des griefs et le respect du principe du contradictoire¹⁷.

Plus encore, l'information est souvent nécessaire à la sanction. L'information, entendue comme une enquête, permet d'établir les faits susceptibles de donner lieu à une sanction. D'ailleurs, la sanction peut être prononcée en cas d'information irrégulière donnée ou communiquée par les opérateurs. Les opérateurs des marchés régulés sont souvent astreints à des obligations d'information, afin de garantir la transparence du marché. La violation de ces obligations peut conduire à une sanction. Parfois même, la communication de fausses informations peut avoir des conséquences sur le fonctionnement des marchés, comme en matière financière, matière dans laquelle est sanctionné le manquement à la bonne information du public¹⁸.

Dans certains cas, l'information, communiquée par le régulateur, peut constituer un obstacle à la sanction. Le juge tient compte des prises de position de l'administration, et donc des informations qu'elle communique aux opérateurs, pour apprécier la légalité d'une décision sanction. Il n'admet pas qu'un opérateur soit sanctionné alors même qu'il avait respecté les informations demandées à l'administration¹⁹. Cette solution résulte de l'application du principe de légalité des délits et des peines, applicable aux sanctions administratives, qui empêche le prononcé de sanctions imprévisibles et implique que les éléments constitutifs du manquement soient définis avec précision et clarté²⁰. Il semble en résulter qu'une prise de position, respectée par la personne sanctionnée, mais par la suite abandonnée par l'administration sans information des opérateurs ne permette pas le prononcé d'une sanction administrative.

Problématique. Mais la question qui se pose aujourd'hui n'est pas celle-là. Il convient de se demander si l'information communiquée par l'autorité de régulation, le portant à connaissance d'un fait par le régulateur, peut permettre l'exercice du pouvoir de sanction administrative.

Les sanctions administratives « dures » ne présentent en effet pas que des avantages. Elles sont parfois ineffectives, du fait de leur trop faible montant ou de leur intégration en comptabilité comme un coût par les opérateurs du marché. C'est pour cette raison que les autorités de régulation l'utilisent souvent comme un ultime recours. Il n'est pas anodin de remarquer, à ce titre, que la CRE n'a pour l'heure jamais fait usage de ce pouvoir de sanction. Le régulateur lui préfère en effet souvent une réponse plus nuancée, passant par la dissuasion, moins contraignante et paradoxalement plus efficace.

¹⁶ CE, Sect., 26 juillet 1978, Auguste, Rec. p. 336.

¹⁷ Conseil constitutionnel, décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, préc.

¹⁸ Ainsi, l'AMF veille à ce que les sociétés cotées en bourse communiquent le plus tôt possible au public, par un communiqué de presse, toute information significative susceptible d'avoir un impact sur les cours de bourse : c'est le suivi de l'information permanente. Elle contrôle, par ailleurs, le respect de l'obligation de publication dans les délais réglementaires, des rapports financiers et du chiffre d'affaires trimestriel : c'est le suivi de l'information périodique. En cas de défaut de publication, elle publie sur son site internet la liste des sociétés retardataires et, en cas de retard avéré, saisit le président du tribunal de grande instance aux fins d'injonction de publier assortie d'une astreinte.

¹⁹ CE, 16 décembre 2016, Groupement d'employeurs Plusagri, n°390234, AJDA 2017. 268, note L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet.

²⁰ v. CE, 30 mai 2012, B., n° 357694 ; CE, 18 février 2011, Banque d'Orsay et autres, n° 322786, Rec Tables p. 788. Ainsi, pour le Conseil d'Etat, « le principe de légalité des délits et des peines, qui s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition, fait obstacle à ce que l'administration inflige une sanction si, à la date des faits litigieux, la règle en cause n'est pas suffisamment claire, de sorte qu'il n'apparaît pas de façon raisonnablement prévisible par les professionnels concernés que le comportement litigieux est susceptible d'être sanctionné » (CE, 16 décembre 2016, Groupement d'employeurs Plusagri, n°390234)

L'information permet en effet aux AAI d'exercer leur « magistrature d'influence », par le biais d'un « pouvoir de stigmatiser »²¹. Le régulateur peut par ce biais « stigmatiser publiquement le comportement d'une administration ou d'une personne mise en cause en raison d'un comportement non conforme aux dispositions en vigueur ou jugé incompatible avec les valeurs promues par l'autorité. »²². Cela revient à porter atteinte à la réputation, par la technique du « naming and sharing », ce « système de blâme »²³ consistant en une « mise au pilori »²⁴. Cette technique rejoint ce qu'un auteur dénomme la « publicité-exemplarité », qui « sert à la fois à prévenir, à porter à la connaissance de tiers une information qui ne leur est pas nommément destinée, et à servir de leçon par la menace, explicite ou non, de sanction »²⁵. Pour J.-F. Kerléo, la publicité-exemplarité « consiste à diffuser un modèle de comportement dans une optique bien particulière, qui relève du registre de la crainte, de l'avertissement, de la sévérité ». L'objectif est évidemment de dissuader toute personnes de reproduire le comportement réprimé²⁶.

Son intérêt est en tout état de cause certain. Comme le relevait déjà Jacques Mourgeon il y a plusieurs décennies, la stigmatisation produit des « effets plus redoutables que l'éventuelle amende prononcée par le juge pénal à l'issue d'un processus nécessairement long »²⁷. Ceci s'explique certainement par le fondement moral d'une telle mesure, censée susciter la honte, la culpabilité ou l'embarras de la personne visée²⁸. Il est constaté encore aujourd'hui que « l'action sur la réputation est parfois plus efficace que l'action par le droit pour lutter contre certains phénomènes difficiles à appréhender au travers d'actes juridiques précis. »²⁹. L'information peut alors constituer le complément d'une sanction administrative (I). Elle peut en outre se présenter comme une alternative à la sanction administrative (II).

²¹ J. Mouchette, *La magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes*, Thèse Strasbourg, 2016.

²² J. Mouchette, *op. cit.*, p. 273.

²³ M. Foucault, « La redéfinition du judiciaire », intervention au séminaire du Syndicat de la Magistrature, 1977, Vacarme, 2004/4, p. 57.

²⁴ S. Slama, « Premier rapport spécial de la HALDE : une mise au pilori bien inoffensive », www.blogdedroitadministratif.net, 15 novembre 2006.

²⁵ J.-F. Kerléo, « La publicité-exemplarité. Le nouveau droit de la publication des sanctions administratives et juridictionnelles », RFDA 2015, p. 751.

²⁶ M. van de Kerchove, *Sens et non-sens de la peine, entre mythe et mystification*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2009.

²⁷ J. Mourgeon, *La répression administrative*, LGDJ, 1967, p.129.

²⁸ A. Flückiger, « Pourquoi respectons-nous la soft law ? Le rôle des émotions et des techniques de manipulation », RESS, 1 mai 2009, noXLVII-144, p. 73- 103.

²⁹ J. Mouchette, *op. cit.*, p. 274.

I – L’INFORMATION COMME COMPLEMENT A LA SANCTION

Les sanctions administratives prononcées par certaines autorités de régulation peuvent être accompagnées d’une obligation de diffuser la décision de sanction, aux frais de la personne sanctionnée. Il s’agit d’une sanction originale, qui n’a plus depuis longtemps son équivalent en droit américain³⁰. L’obligation de publication est une sanction complémentaire, accessoire à la sanction principale³¹. A ce titre, la décision de publication n’a pas à faire l’objet d’une motivation distincte de la motivation de la sanction principale³².

La décision de publication de la sanction vise d’ailleurs une pluralité d’objectifs. Elle tend tout évidemment à renforcer le caractère dissuasif des sanctions administratives pécuniaires, en portant une atteinte à la réputation des opérateurs. Elle permet ensuite de garantir la transparence des marchés, en rendant accessible au public mais aussi aux autres opérateurs les sanctions. Pour le juge administratif, la publication des décisions de sanction en matière boursière satisfait les « exigences d’intérêt général relatives au bon fonctionnement du marché, à la transparence des opérations et à la protection des épargnants »³³. Elle permet enfin de garantir la sécurité juridique, en rendant accessibles aux autres opérateurs la pratique décisionnelle en matière de sanctions administratives du régulateur, et donc l’interprétation des règles que doivent observer les opérateurs³⁴. La publication des décisions de sanction permet ainsi de garantir la « sécurité juridique de l’ensemble des opérateurs à ce que ceux-ci pussent, en ayant accès à ses décisions, connaître son interprétation des règles qu’ils doivent observer »³⁵.

Reste que la publication des décisions de sanction est d’une mise en œuvre délicate (A) et fait pour l’heure l’objet d’un contrôle juridictionnel inadapté.

A – La mise en oeuvre délicate des décisions de publication des sanctions

La publication de la décision de sanction est souvent prévue dans les domaines économiques de la régulation. L’AMF ordonne systématiquement la publication de ses décisions de sanctions dans les journaux ou supports qu’elle détermine³⁶. La publication des décisions de sanctions de l’AMF était pendant longtemps facultative et quand elle était ordonnée, la décision était diffusée uniquement sur le site internet de l’Autorité et dans le recueil des décisions de la Commission des sanctions. La publication de la sanction est depuis 2010 obligatoire et s’effectue aux frais de la personne sanctionnée. L’Autorité de la concurrence peut elle aussi ordonner la publication, la diffusion ou l’affichage de sa décision ou d’un extrait³⁷. L’Autorité peut aussi demander l’insertion de la décision dans le rapport établi sur les opérations de l’exercice par les organes d’administration et de direction, et ce toujours aux frais de la personne intéressée. La publication des décisions de sanction est d’ailleurs conférée, au-delà du domaine économique, à d’autres autorités indépendantes. Ainsi, le CSA peut rendre publiques les mises en demeure adressées aux opérateurs du secteur³⁸. La Commission des sondages peut « à tout moment » ordonner à une personne ayant violé la loi « de publier ou de diffuser une mise au point », présentée comme

³⁰ C. Faure-Mossmann, « Les peines complémentaires de publicité, publication-sanction, en droit boursier et en droit de la concurrence : une approche comparée en droit américain, français et européen », Petites affiches - 23/04/2012 - n° 81 – page 5.

³¹ CE, 9 novembre 2007, n° 298911, SA Bourse direct ; CE, 12 mars 2014, n° 354829.

³² CE, 17 novembre 2006, Société CNP Assurances, Rec. p. 473 ; CE, 14 décembre 2006, SA Bourse Direct, n°298912.

³³ CE, 17 décembre 2008 ; Société Oddo et Cie, n°316000.

³⁴ Rapport annuel AMF 2010, La documentation Française, 2011.

³⁵ Commission de sanctions de l’AMF, 19 janvier 20107, Dexia Securities France.

³⁶ Art. L. 621-15 Code mon. fin.

³⁷ Art. L. 442-2 C. commerce.

³⁸ Art. 42 de la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

émanant de la commission, et mentionnant les informations non publiées ou diffusées³⁹. L'article 18 de la loi du 17 juillet 1978, modifié par l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005, permet à la Commission d'accès aux documents administratifs de publier ses décisions de sanction en cas de réutilisation illégale des données publiques.

Si la constitutionnalité du pouvoir de décider de la publication de la sanction administrative a été très tôt admise dans son principe⁴⁰, c'est dans un premier temps à condition qu'une telle publication ne soit pas automatique, car « une telle automaticité pourrait conduire, dans certaines hypothèses, à infliger une sanction non proportionnée aux faits reprochés »⁴¹. Mais le juge constitutionnel semble avoir assoupli sa position et considère désormais « « qu'en instituant une peine obligatoire de publication et d'affichage des sanctions (...), les dispositions contestées visent à renforcer la répression de ces infractions en assurant à ces sanctions une publicité tant à l'égard du public qu'à celui du personnel de l'entreprise »⁴². Dans ces conditions, « la possibilité offerte au juge de moduler la durée de la publication et de choisir les supports appropriés permettent d'adapter la publicité-exemplarité en fonction des circonstances propres à chaque cas »⁴³. Est ainsi respecté le principe d'individualisation des peines, qui « implique que la mesure de publication de la sanction administrative ne puisse être appliquée que si l'administration, sous le contrôle du juge, l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce », car ce principe « ne saurait toutefois interdire au législateur de fixer des règles assurant une répression effective des infractions ».

Comme toute sanction, la décision de publication doit respecter les principes constitutionnels encadrant le pouvoir répressif : la légalité des délits et des peines, et l'individualisation de ces dernières. Ainsi, « le principe de responsabilité personnel fait obstacle à ce que l'autorité disciplinaire ordonne la publication de la sanction infligée à une société en raison des manquements commis par une autre société qu'elle a entre-temps absorbée »⁴⁴. Comme toute sanction, elle la décision de publication être proportionnée, même si la loi ne le prévoit pas expressément⁴⁵. La proportionnalité s'apprécie au regard du support de diffusion retenu, et le cas échéant de la durée pendant laquelle la publication est accessible de façon libre et continue. Une sanction de publication qui ne prévoirait pas de durée maximale de consultation est ainsi considérée comme excessive.

Se posent alors plusieurs difficultés. La première est celle du suivi de l'exécution de la sanction, délicate notamment pour l'AMF. L'ADLC contrôle plus étroitement l'exécution de l'injonction de publication. Elle a déterminé le format à respecter (taille, couleur des caractères), et impose l'insertion le résumé des décisions de l'autorité. Les personnes condamnées doivent transmettre à l'Autorité une copie de la publication⁴⁶.

La seconde difficulté tient à la protection de l'anonymat. Les textes prévoient souvent que la décision peut être anonymisée si le préjudice qui en résulte pour la personne condamnée risque d'être disproportionné. L'anonymisation est de droit pour les personnes physiques mises hors de

³⁹ Art. 9 de la loi n° 77-808 du 19 juillet 1977 relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion.

⁴⁰ Conseil constitutionnel, décision no 88-248 DC, 17 janvier 1989, loi modifiant la loi no 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, précitée.

⁴¹ Conseil constitutionnel, décision no 2000-433 DC du 27 juillet 2000, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, cons. 48-52

⁴² Conseil constitutionnel, 28 juin 2013, n° 2013-329 QPC, Société Garage Dupasquier.

⁴³ J.-F. Kerezo, *op. cit.*

⁴⁴ CE, 17 décembre 2008 ; Société Oddo et Cie, préc.

⁴⁵ CE, 28 septembre 2016, Théâtre National de Bretagne, n°389448.

⁴⁶ Autorité de la concurrence, Rapport annuel 2010.

cause, et est possible pour les personnes morales mises hors de cause. L'anonymisation est obligatoire pour les personnes physiques ayant la qualité de tiers. En outre, la publication peut être anonymisée, voire même écartée par l'AMF, « Lorsque la publication serait de nature à perturber gravement la stabilité du système financier, de même que le déroulement d'une enquête ou d'un contrôle en cours. ». Mais la publicité des séances de la Commission de sanctions de l'AMF atténue évidemment la portée pratique de cette anonymisation.

Au demeurant, la mise en œuvre de ce pouvoir n'est pas la seule source d'insatisfaction. Le contentieux des décisions de publication présente lui aussi des faiblesses.

B – Le contentieux insatisfaisant des décisions de publication des sanctions

En tant que sanction complémentaire, la décision de publication est en-elle-même un acte administratif de sanction susceptible d'un recours de pleine juridiction. Une décision de publication illégale pourrait encourir l'annulation, mais aussi engager la responsabilité de la puissance publique⁴⁷.

Ces recours contentieux ouverts à l'encontre des décisions de publication ne sont pas satisfaisants. La publication de la sanction peut porter une atteinte à la réputation de l'opérateur. Or, si la publication est immédiate, le recours juridictionnel n'intervient que bien plus tard. Plus encore, et surtout, les procédures de référé ne semblent pas adaptées pour permettre une contestation effective de la décision de publication. L'affaire Google est révélatrice de cette difficulté⁴⁸.

Cette affaire faite suite à la fusion par Google en 2012 de ses politiques de protection des données personnelles à l'ensemble de ses services, jusqu'alors régis par des régimes disparates. Les enquêtes diligentées par la CNIL ont conclu que l'entreprise ne fournissait pas assez d'informations aux utilisateurs sur l'utilisation qui était faite de leurs données, que ces derniers n'avaient pas un contrôle suffisant sur cet usage et que la rétention des données collectées manquait d'être limitée dans le temps⁴⁹. Suite à une mise en demeure restée sans effet⁵⁰ la formation restreinte de la CNIL a sanctionné la CNIL par une délibération du 3 janvier 2014⁵¹. La sanction prononcée est triple : paiement d'une amende de 150 000 euros, publication de la décision de la CNIL sur son site et insertion d'un communiqué sur la page Google.fr pendant 48h. Cette triple sanction « maximale »⁵². Si la sanction financière, maximale, est certes sans effet sur Google, la décision de publication n'a pas les mêmes conséquences. C'est d'ailleurs la première application de l'article 46 de la loi du 6 janvier 1978 aux termes duquel « *la formation restreinte peut rendre publiques les sanctions qu'elle prononce. Elle peut également ordonner leur insertion dans des publications, journaux et supports qu'elle désigne aux frais des personnes sanctionnées* ». Cette affaire manifeste un durcissement de la CNIL à l'égard de Google, de par le renforcement de la publication de la sanction sur le site internet de l'opérateur, « compte tenu du caractère massif des données collectées par la société, du nombre important et indéterminé des personnes concernées, qui pour nombre d'entre elles ne sont pas en mesure de s'y opposer ni même d'en être informées ».

⁴⁷ CE, 13 juillet 2011, Société Edelweiss gestion, n°327980.

⁴⁸ CE, réf., 7 février 2014, Google, n°374595.

⁴⁹ CNIL, « Google's new privacy policy : incomplete information and uncontrolled combination of data across services » : www.ec.europa.eu, 16 octobre 2012.

⁵⁰ CNIL, décision n° 2013-025 du 10 juin 2013 mettant en demeure la société Google Inc.

⁵¹ CNIL, délibération n° 2013-340 du 3 janvier 2014 de la formation restreinte prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société Google Inc.

⁵² J. Cattan, « La triple sanction de Google », Droit administratif, 2014, chron. 5.

Considérant que la publication portait une atteinte « irréversible » sa réputation, la requérante avait demandé sa suspension en référé. Elle estimait que même si le juge du fond faisait ultérieurement droit à sa demande d'annulation, le préjudice subi ne pourrait être réparé. Mais le juge du référé-suspension est resté insensible à cet argument. Il refuse de voir la condition d'urgence remplie, en raison de l'absence d'atteinte démontrée aux intérêts de la société, « à la poursuite des activités de *Google* ou à ses intérêts financiers ».

Le CE semble même inviter la société à réagir à la publication de la sanction et à provoquer une sorte de bataille de communication : pour le CE, *Google* peut « faire connaître aux utilisateurs de ses services, à l'occasion de la publication prescrite par la Commission, son désaccord avec les griefs retenus » ainsi que la saisine du Conseil d'Etat. En outre le juge des référés rappelle à *Google* qu'ultérieurement, si le juge venait à annuler la sanction au fond, *Google* sera en mesure d'informer les utilisateurs : il pourra ainsi le cas échéant redorer son blason

L'information permet ainsi de compléter la sanction. Elle permet parfois de l'éviter.

II - L'INFORMATION COMME ALTERNATIVE A LA SANCTION

L'information du régulateur aux acteurs du marché peut parfois se révéler être une alternative à la sanction juridique. Elle est alors contenue dans une norme de droit souple. Le droit souple « correspond à une normativité non prescriptive qui oriente le comportement de ses destinataires sans pour autant les contraindre »⁵³. Il s'agit d'actes qui se situent « aux confins du droit »⁵⁴ et qui « ne cré[ent] de droit ou d'obligation juridiques pour quiconque », de normes « qui n'ont aucun effet juridique » : les administrés, et plus particulièrement les acteurs du marché dans le cadre de la régulation économique, « ne sont nullement tenus de suivre la position de ces autorités d'un point de vue juridique »⁵⁵. Le droit souple est certes une norme, un modèle de comportement ; mais cette norme ne produit aucun effet juridique.

Le droit souple peut être utilisé comme une alternative à la punition, pour éviter de mettre en oeuvre une procédure de sanction contraignante tout en atteignant l'objectif économique visé par l'autorité. L'autorité de régulation peut préférer édicter une norme de droit souple, comme une mise en garde, ou une recommandation. Dans ce cas, elle n'est pas une sanction au sens juridique du terme, n'étant pas une « punition ». Mais il s'agit d'une sanction déguisée, qui produit des effets sur le marché. Le droit souple permet alors d'éviter la sanction juridique, en édictant une sanction qui ne sera pas juridique mais économique (A). Or, si cette « sanction souple » peut désormais faire l'objet d'un recours contentieux, ce dernier est encore largement insatisfaisant en raison de son inadaptation au temps de l'information (B)

A – L'évitement de la sanction par l'information

L'information permettant le bon fonctionnement du marché. Pour rétablir un comportement conforme au droit du marché ou du secteur, le régulateur peut préférer édicter une norme de droit souple à la sanction dure. Il s'agit alors de modifier un comportement par l'incitation, sans passer par la sanction, et ce dans l'intérêt du bon fonctionnement du marché et donc de la garantie de l'ordre public économique. Dans ce sens, et par exemple, le CSA a décidé, le 25 juin 2014, d'envoyer aux responsables des services de télévision un courrier les « invitant » à mieux veiller à

⁵³ B. Lavergne, V° *Droit souple*, in *Dictionnaire des régulations*, M. Bazex, G. Eckert, R. Lanneau, C. Le Berre, B. du Marais, A. Sée (dir.), LexisNexis, 2015, p. 598

⁵⁴ G. J. Guglielmi, « Le droit s'écrit-il dans les communiqués de presse ? », *Mél. A. Fenet, Litec*, 2008, p. 675

⁵⁵ Communiqué de presse du CE sous l'affaire « Fairvesta ».

l'avenir à ne plus diffuser certains messages ambigus au sein d'écran publicitaires – il s'agissait en l'espèce d'un spot qui « présentait un point de vue positif sur la vie des jeunes atteints de trisomie et encourageait la société à œuvrer à leur insertion et à leur épanouissement ». Certes, un recours a été formé ; mais, dans l'intervalle, les opérateurs se sont pliés à la demande du régulateur.

Il serait presque possible, dans ces conditions de parler de « nudge »⁵⁶ administratif : Les nudges permettent alors d'inciter leurs destinataires à prendre une « bonne », sinon une meilleure décision que celle qu'ils auraient prise sans. L'absence de contrainte est d'ailleurs une condition de réussite de ces normes souples. Les travaux de la psychologie comportementale nous montrent que c'est précisément parce que le droit souple préserve la liberté des individus, qui restent libres de faire ce qu'ils veulent, que ces normes sont respectées en pratique.

Une telle démarché présente l'avantage de la rapidité. L'édition d'une norme de droit souple est immédiate et permet au régulateur d'éviter de passer par une procédure de sanction lourde et contraignante. Elle permet surtout d'obtenir rapidement une modification du comportement de son destinataire. Le droit souple présente en outre l'avantage de l'effectivité. De tels actes « influencent fortement, dans les faits, les acteurs du marché », en raison « de leur publicité et la qualité de leur auteur »⁵⁷. En réalité, comme le relève G. Guglielmi, « le but de la communication (...) n'est pas de produire des effets de droit, au sens formel du terme, mais d'obtenir le même résultat qu'une norme : influencer les comportements »⁵⁸. Le respect du droit souple par les opérateurs économiques - et donc l'effectivité de ces normes - s'explique par la théorie des actes de langage⁵⁹. Cette analyse sociologique tend à montrer que ce n'est pas le contenu de la norme qui confère à l'acte son caractère obligatoire, mais le statut de la personne qui a édicté l'acte. Ainsi, alors même qu'elles ne sont pas intrinsèquement obligatoires, les propositions formulées au travers des divers instruments sont suivies à la lettre par des opérateurs soucieux de ne pas voir leurs opérations remises en cause. La doctrine s'accorde à voir dans ces normes non impératives une forme de contrainte morale qui se substitue à la contrainte juridique.

L'information permet ainsi de garantir le bon fonctionnement du marché, en assurant la transparence de ce dernier. Mais elle permet aussi de stigmatiser un opérateur du marché, quand elle est nominative et vise à blâmer cet opérateur⁶⁰.

L'information comme sanction non juridique (réputationnelle, économique). Le droit souple permet d'éviter la sanction. Il permet aussi de prononcer des sanctions non juridiques, mais simplement réputationnelles ou économiques. Les normes de droit souple produisent des effets concrets, et non juridiques : elles produisent « des effets notables, notamment de nature économique », du fait de leur respect par leurs destinataires. Les normes de droit souple peuvent ainsi parfois s'apparenter à des sanctions économiques. Il en va ainsi quand l'AMF émet un communiqué qui met en garde les investisseurs sur tel ou tel produit financier : « la publication (...) a eu pour conséquence une diminution brutale des souscriptions des produits de placement qu'elle commercialisait en France ». Il en va ainsi quand l'ADLC prend une position qui précise une injonction déjà prononcée : cette dernière a « pour objet de modifier le comportement des opérateurs sur le marché de l'acquisition de droits de distribution de chaînes de télévision ». Un tel

⁵⁶ R. Thaler, C. Sunstein, *Nudge : la méthode douce pour inspirer la bonne décision*, Vuibert, 2010 ; A. Sée, « Le droit administratif à l'épreuve des nudges », Le Havre, 16 novembre 2017, à paraître.

⁵⁷ Communiqué de presse du CE sous l'affaire « Fairvesta ».

⁵⁸ G. J. Guglielmi, *op. cit.*

⁵⁹ J. Langshaw Austin, *Quand dire, c'est faire*, Seuil, 1970 ; A. Searle, *Les actes de langage*, Hermann, 1972 ; P. Amselk, (dir), *Théorie des actes de langage, Ethique et droit*, PUF, 1986.

⁶⁰ J. Mouchette, *op. cit.*, p. 276.

pouvoir est d'ailleurs parfois explicitement conféré par la loi à l'autorité indépendante. Ainsi, en cas de non-respect de ses injonctions, le Défenseur des droits peut établir et rendre public un rapport spécial, préalablement communiqué à la personne⁶¹. Dans le même sens, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté peut publier un rapport spécial lorsqu'il constate une violation grave des droits fondamentaux des personnes privées de liberté⁶².

Dans ces conditions, l'information n'a plus une portée seulement informative. Comme le relève Julien Mouchette, « il n'est plus seulement question d'encourager à adopter un comportement plus conforme à des objectifs que l'institution est chargée de poursuivre, mais bien de stigmatiser un comportement considéré comme non conforme aux normes juridiques en vigueur ou aux normes éthiques dont l'institution est chargée d'assurer l'application »⁶³. L'information véhiculée par le droit souple est alors un « moyen de pression »⁶⁴ susceptible de porter atteinte à la réputation des acteurs du secteur.

Et si le droit souple est respecté spontanément par ses destinataires, malgré son absence de juridicité, le juge va considérer qu'il fait grief.

B – Le contentieux inadapté de l'information

L'information comme alternative à la sanction présente certes l'avantage de la commodité pour le régulateur. Ce dernier dispose d'une compétence générale pour édicter des normes de droit souple, compétence fondée directement sur sa mission de police spéciale⁶⁵. En outre, n'étant pas qualifiée de sanction administrative, car n'étant pas considérée comme une « punition » au sens de la jurisprudence constitutionnelle⁶⁶, les « sanctions souples » ne sont pas encadrées par les droits de la défense applicables aux sanctions administratives. Aucune procédure contraignante – et même pas le respect du contradictoire – ne s'imposent à l'autorité.

L'absence de garanties juridictionnelles encadrant l'édiction de « sanctions souples » rendait particulièrement nécessaire l'exigence d'un contrôle juridictionnel rigoureux. Or, le principal écueil du droit souple tenait pendant à son absence de justiciabilité : il pouvait être illégal sans subir d'annulation juridictionnel. Cet état du droit, on le sait, à largement évolué. Le CE a d'abord admis l'engagement de la responsabilité de la puissance publique du fait d'une norme de droit souple irrégulière⁶⁷. Il a ensuite admis la recevabilité d'un recours dirigé contre la décision de publier une norme de droit souple, alors même que cette dernière norme demeurait exclue du

⁶¹ Art. 25 al. 4 de la loi organique no 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

⁶² Art. 9 de la loi du 30 octobre 2007. Il est à noter que la loi prévoit dans ce cas le respect d'une procédure contradictoire. Le Contrôleur doit saisir les autorités responsables afin qu'elles présentent leurs observations. Le Contrôleur peut rendre public ses observations ainsi que les réponses obtenues s'il constate qu'il n'a pas été mis fin à la violation.

⁶³ J. Mouchette, *op. cit.*, p. 354.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Ainsi, en vertu de sa mission de protection de l'épargne évoquée à l'art. L. 621-1 Code mon. Fin., « il appartient à l'Autorité des marchés financiers de publier des communiqués invitant les épargnants ou investisseurs à faire preuve de vigilance vis-à-vis de certains types de placements ou de pratiques financières risqués » (arrêt Fairvesta). Concernant l'ADLC, sa compétence pour édicter une prise de position est fondée sur la mission de l'autorité en matière de contrôle des concentrations (L. 430-7 du code de commerce), aux termes de laquelle « il appartient à l'Autorité de la concurrence de veiller à la bonne exécution des engagements pris par les parties (...) des injonctions dont elle a assorti aux mêmes fins l'autorisation de l'opération, ou des prescriptions ». Ces dispositions permettent à l'autorité de modifier ou supprimer les engagements, injonctions ou prescriptions. Le juge en déduit que l'autorité « peut également, dans les mêmes conditions, modifier la portée pratique de ces engagements, injonctions ou prescriptions » par le biais d'une prise de position.

⁶⁶ TA de Paris (7^e Section – 2^e Chambre), 28 janvier 2010, Société anonyme d'habitations à loyer modéré le logement Alpes-Rhône, no 0715942. la publication de la recommandation par l'autorité, même au Journal officiel, « ne constitue pas une sanction mais un moyen de pression afin d'obtenir que soit mis fin à une discrimination potentielle » (cité par J. Mouchette ; *op. cit.*, p. 275)

⁶⁷ CE, Sect., 31 mars 2003, Laboratoires Bergaderm, n°188833.

recours contentieux⁶⁸. Cette solution s'expliquait par le fait que la publicité donnée à une mesure de sanction était assimilée à une sanction complémentaire, l'acte de publication aggravant les effets de l'acte de droit souple. Le juge a finalement accepté de contrôler certains actes de droit souples, ceux précisément des autorités de régulation, dès lors qu'ils produisent des effets notables « notamment de nature économique », ou quand ils « ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent »⁶⁹. En d'autres termes, si le droit souple est respecté spontanément par ses destinataires, malgré son absence de juridicité, le juge va considérer qu'il fait grief. D'ailleurs, le recours en excès de pouvoir contre les actes de droit souple est largement ouvert. Le juge apprécie souplement les conditions de recevabilité du recours, concernant tant l'acte attaqué⁷⁰, que le requérant ou encore le délai de recours⁷¹.

Pour autant, la nature même du recours révèle ses limites, et le recours en annulation contre les actes de droit souple présente plusieurs difficultés rédhibitoires.

Les difficultés liées à l'office du juge de l'excès de pouvoir. La première tient à la limitation du contrôle au fond opéré par le juge de l'excès de pouvoir. L'opportunité d'édicter un acte de droit souple relève en effet de la détermination de sa politique par le régulateur. Dans ces conditions, la souplesse du procédé induit nécessairement une souplesse du contrôle au fond du juge de l'annulation. C'est ce qui résulte des arrêts Fairvesta Numeicable, et de leurs premières mises en œuvre. Le recours en excès de pouvoir contre les actes de droit souple est adapté pour tenir compte « *du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation* ». Il semble en effet que la souplesse de la norme induise une souplesse du contrôle au fond ; en d'autres termes, moins l'acte est rigide, moins le contrôle est rigoureux⁷². Tout laisse à penser que le Conseil, par son contrôle, veille à ne pas brouiller la communication des autorités. La souplesse du contrôle au fond permet au juge de contrôler le régulateur sans pour autant lui dicter sa conduite. D'ailleurs, à ce jour, un seul acte de droit souple a fait l'objet d'une censure contentieuse sur six recours⁷³. Une telle approche est compréhensible au regard de l'analyse économique. Comme le relève R. Lanneau, « un contrôle poussé engendrerait des coûts supplémentaires pour les autorités de régulations qui verraient leur pouvoir d'incitation et d'orientation réduit là où une régulation moderne prêche davantage l'incitation sur l'obligation, le droit souple sur le droit dur. Le contraire reviendrait à les forcer à n'agir que de façon « dure » et donc bien plus coûteuse alors que les effets pourraient être atteints de façon plus efficiente »⁷⁴.

⁶⁸ CE, 16 janvier 2006, Fédération du Crédit mutuel Centre Est Europe, n° 274721 ; v. déjà CE, Sect., 21 octobre 1988, Eglise de scientologie de Paris, n°68638.

⁶⁹ CE, Ass., 21 mars 2016, Fairvesta et Numericable (deux espèces).

⁷⁰ Le juge semble apprécier largement le critère tiré de effets de l'acte dans ses premières décisions, et alors même que les rapporteurs publics avaient invité la juridiction à apprécier strictement ces critères. Ces effets sont reconnus presque systématiquement. Sur six contentieux, le juge n'a dénié qu'une seule fois les effets concrets d'une délibération pour déclarer le recours irrecevable (CE, 22 juillet 2016, Syndicat Alliance française des industries du numérique (AFNUM), n°297015).

⁷¹ CE, 13 juillet 2016, Société GDF-Suez, n°388150. Le délai de recours de deux mois court à compter de la publication de l'acte, sur le site internet de l'autorité, concernant un recours du destinataire de l'acte. Mais ce délai n'est pas vraiment contraignant. En effet, « *lorsque le justiciable n'a pas contesté cet acte dans ce délai, il lui reste loisible, s'il s'y croit fondé, de demander son abrogation à l'autorité qui l'a adopté et, le cas échéant, de contester devant le juge de l'excès de pouvoir le refus que l'autorité oppose à cette demande* ».

⁷² V. notre note, avec R. Lanneau, sous CE, 10 novembre 2016, n°384691, « souplesse du droit, souplesse du juge », Droit administratif, 2017, comm. 9.

⁷³ CE, Sect., 13 juillet 2016, GDF-Suez, n°388150.

⁷⁴ R. Lanneau, note préc.

Les difficultés liées au moment de l'intervention du juge de l'excès de pouvoir. Mais la véritable difficulté liée à l'office du juge de l'excès de pouvoir concerne le moment de son intervention : le juge de l'annulation intervient trop tard, à un moment où les effets de l'information se sont déjà produits. La publication de l'information peut porter une atteinte à la réputation de l'opérateur. Et, si la publication est immédiate, le recours juridictionnel n'intervient que plus tard. Le temps du juge n'est pas celui de la communication, de l'information. En outre, et toujours d'un point de vue temporel, le juge de l'excès de pouvoir examine l'acte attaqué au jour de son édiction, et non au jour où il statue, ce qui l'empêche de prendre en compte une éventuelle évolution de la situation de fait.

Les procédures de référés d'urgence ne sont pas d'un grand secours pour le requérant. Il n'est pas possible de faire suspendre en référé la décision de publication dans le cadre d'un référé suspension ou d'un référé-liberté. La plupart du temps, le juge considérera que la condition d'urgence n'est pas remplie, en raison de l'absence d'atteinte suffisamment grave et immédiate aux intérêts du requérant⁷⁵.

En outre, le juge de l'excès de pouvoir ne peut pas compenser l'éventuelle atteinte réputationnelle causée par l'information, éventuellement erronée ou irrégulière. Le juge de l'annulation ne dispose pas d'un pouvoir de réformation, et ne pourra donc pas substituer sa propre norme souple - sa propre information - à celle du régulateur. Le pouvoir d'injonction ne lui est pas non plus d'un grand secours. Il ne lui permet d'ordinaire pas d'ordonner à une personne publique de communiquer par voie de presse. Le juge administratif considère que son pouvoir d'injonction ne l'autorise pas à ordonner la publication de sa décision de suspension ou d'annulation aux frais de la personne publique⁷⁶. L'injonction de prendre un communiqué de presse « n'entre pas dans les prévisions de l'article L. 911-1 CJA »⁷⁷. Peut-être que les décisions d'assemblée de 2016 feront évoluer cet état du droit. En cas d'annulation de la norme de droit souple, le juge pourrait faire usage de ses pouvoirs d'injonction pour enjoindre à la personne publique de la modifier ou la retirer. V. Daumas, dans ses conclusions sur l'affaire Numéricable, proposait à l'assemblée du

⁷⁵ Dans l'affaire Fédération chrétienne des témoins de Jéovah, la requérante demandait au juge de suspendre l'exécution de la décision de la mission interministérielle de vigilance et de lutte contre les dérives sectaires (Miviludes) de mettre en ligne sur son site Internet un extrait de la 4^{ème} couverture du livre de M. Nicolas A intitulé « Nicolas, 25 ans, rescapé des témoins de Jéhovah ». Le juge considère que la condition d'urgence du référé suspension n'est pas remplie, car la décision ne porte pas d'atteinte suffisamment grave et immédiate aux intérêts de la requérante, « eu égard à la publicité qui a été faite par ailleurs de cet ouvrage, qui est notamment mentionné sur plusieurs autres sites Internet, aux modalités indirectes d'accès à l'information contestée sur le site de la mission et au caractère limité de l'audience de ce site » (CE, réf., 22 novembre 2007, Fédération chrétienne des témoins de Jeovah, n°310221. L'affaire « Google » en est tout autant révélatrice de cette tendance (CE, réf., 7 février 2014, Google, n°374595). Dans cette affaire, la CNIL avait prononcé, à titre de sanction complémentaire, l'obligation de publier la sanction sur le site internet « google.fr » pendant 48h. Souhaitant réagir rapidement, la société Google a entamé une procédure de référé suspension, considérant que la décision de publication portait une atteinte irréversible à sa réputation. Mais le juge est resté insensible à cet argument. Il a rejeté la demande de suspension pour défaut d'urgence, en raison de l'absence d'atteinte aux intérêts de la société.

⁷⁶ CE, réf., 19 mars 2005, M. B. Gollnisch, n°278435. Le requérant se plaignait de violation de sa présomption d'innocence par le président d'université, qui avait pris position publiquement sur une affaire disciplinaire en cours le concernant. Le requérant demandait au juge du référé liberté qu'il enjoigne à la personne publique de publier par voie de presse. Si le CE relève effectivement une atteinte à la présomption d'innocence du requérant, qualifiée d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, il n'ordonne pas les insertions par voie de presse sollicitées. Il se contente d'enjoindre aux autorités compétentes en matière disciplinaire « de s'abstenir de prendre des positions publiques, au sujet tant de la procédure disciplinaire que des poursuites pénales consécutives aux propos tenus le 11 octobre 2004 par l'intéressé, dans des conditions qui seraient contraires au principe de la présomption d'innocence »

⁷⁷ CE, réf., 11 février 2005, M. Olivier X., n°276376. Dans le cadre d'une demande suspension d'une décision de sanction en référé, le requérant demandait au juge qu'il enjoigne à l'AMF de retirer la décision de son site internet et de publier un communiqué de presse faisant état de la suspension prononcée. Si le juge enjoint bien à l'API d'insérer sur son site internet la mention indiquant que la décision de la commission des sanctions a été suspendue, « en revanche, une injonction faite à l'AMF de publier un communiqué de presse faisant état de la suspension ordonnée par la présente ordonnance n'entre pas dans les prévisions de l'article L. 911-1 du code de justice administrative ».

contentieux de « faire preuve de créativité » pour éventuellement enjoindre à l'autorité de publier sur son site la décision juridictionnelle d'annulation. Reste qu'une telle solution, si elle permettrait effectivement de supprimer les effets que l'acte de droit souple aurait pu produire, n'a jamais été mise en oeuvre pour l'instant.

Dans ces conditions, la seule issue contentieuse est celle de l'action en responsabilité. Le caractère non décisoire de l'acte n'est pas un obstacle à l'engagement de la responsabilité administrative si celui-ci est à l'origine d'un préjudice⁷⁸. Le juge a depuis longtemps admis qu'une norme de droit souple fautive – c'est-à-dire essentiellement illégale – puisse conduire à l'engagement de la responsabilité de la puissance publique dans le cadre d'un recours de plein contentieux⁷⁹. Le juge retient un régime de responsabilité pour faute simple quand le préjudice trouve sa source dans une norme non impérative, comme une recommandation⁸⁰. Mais une telle procédure est nécessairement insuffisante, et il y a lieu de souhaiter que le juge fasse rapidement évoluer le contentieux du droit souple.

⁷⁸ D. Chavaux, concl. sous CE, 31 mars 2003, SA Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm, RFDA, 2003, p. 1189. Comme le relevait le commissaire du gouvernement Chavaux, « *lorsque le pouvoir de recommandation a de telles répercussions, il n'est sans doute pas souhaitable qu'il s'exerce à l'abri d'une immunité, même partielle, à l'égard des actions en responsabilité* »

⁷⁹ CE, Sect., 31 mars 2003, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Laboratoires Bergaderm, n° 188833, à propos d'une recommandation de la Commission de sécurité des consommateurs ; v. déjà CE, 30 juillet 1997, Boudin, n° 118521, à propos d'un communiqué du ministre de la santé ; CE, Ass., 21 mars 2016 ; préc.

⁸⁰ CE, Sect., 1^{er} février 1952, Martin, Rec. p. 237 (action responsabilité fondée dans avis d'un conseil municipal) ; CE, Sect., 9 juin 1978, Spire, Rec. p. 80 (action responsabilité fondée dans une mesure d'ordre intérieur concernant un fonctionnaire) ; CE, Sect., 31 mars 2003, Ministre de l'économie c. SA Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm, RFDA, 2003, p. 629.