

## Deuxième tour de la Conférence du stage des avocats aux Conseils 2015-2016

*« Les mises en garde formulées par l'AMF à l'égard de certains produits financiers peuvent-elles faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ? »*

**Nicolas Guérin**  
(Ministère public)

C'était un Huron<sup>1</sup>... mais un Huron juriste, qui enseignait le droit public aux indiens de sa tribu.

Il rêvait de venir à Paris là où, professait-il, brillait le flambeau du contentieux administratif.

Une bourse d'études le lui permit.

Sitôt atterri à Orly, paré de ses plus belles plumes, le Huron se précipita au siège de votre Conseil.

Là, d'une colonne il fit un totem et, s'aplatissant face contre terre, dit :

*« Je baise le sol sacré où s'enracine l'arbre du recours pour excès de pouvoir, la plus merveilleuse création, l'arme la plus efficace, la plus pratique et la plus économique pour défendre les libertés ».*

Pourtant du Palais Royal, l'indien ressortit visage pâle.

Rivero, son guide, avait décoché la flèche du Parthes, en dénonçant l'inefficacité de l'outil pour contrer l'action de l'administration.

Madame la Présidente, Madame, Messieurs les Secrétaires, Mesdames, Messieurs, un demi-siècle s'est écoulé depuis la venue du Huron en votre maison.

Outre-Atlantique, son cœur a bondi à chaque avancée du recours pour excès de pouvoir :

Quand l'annulation a pu se doubler d'une injonction,  
Quand le contrôle sur certaines décisions s'est renforcé,  
Quand sont devenues justiciables de nouvelles catégories d'actes.

Outre-Atlantique, son cœur aussi s'est arrêté chaque fois que, concurrencée par l'astre du plein contentieux, l'étoile du recours pour excès de pouvoir s'est mise à pâlir.

---

<sup>1</sup> Exorde inspiré des articles de J. Rivero « Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », publié au recueil Dalloz de 1962 p. 37 et « Nouveaux propos naïfs d'un Huron sur le contentieux administratif », Études et documents du Conseil d'État 1979/1980 n° 31.

Alors, lorsque la nouvelle est parvenue à sa tribu, le visage du vieil indien aurait dû s'éclairer :

Bientôt, le Conseil d'État aurait à dire si une mise en garde de l'AMF à l'égard de certains produits financiers, peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Mais le front du Huron se plissa en envisageant la possible ouverture du prétoire à ces actes d'un nouveau genre.

Expulsé de son tipi à cause de la crise des *subprimes*, il eût d'emblée cette réserve : « *Il faut bien lutter contre les excès des milieux financiers... Libre à l'AMF d'agir pour ce faire !* ».

Fier juriste, il voulut asseoir sa position :

« *Point de décision à l'horizon, mais une mise en garde. Or le juge de l'excès de pouvoir ne connaît que d'actes décisives...* ».

Mais le chantre de l'État de droit qui sommeillait en lui n'était pas mort.

Et, en bon Œil de Faucon – c'est son nom –, il vit dans la mesure de l'AMF une nouvelle modalité d'action de l'administration.

Rassemblant ses esprits, il comprit que pour savoir si cet acte pouvait être soumis au juge de l'excès de pouvoir, il fallait emprunter deux pistes, que nous vous proposons de suivre aujourd'hui.

La première interroge sur la nature des actes pouvant faire l'objet d'un tel recours.

Elle implique de présenter l'économie générale du contrôle exercé sur ce critère de recevabilité du recours.

La seconde questionne sur l'office du juge de l'excès de pouvoir et la pertinence de son intervention sur cette mesure de l'autorité des marchés financiers.  
C'est le contrôle de l'économie qui entre dans le débat.

L'économie du contrôle d'abord,  
Le contrôle de l'économie ensuite.

## **I - L'économie du contrôle**

Pour apprécier la recevabilité du recours, il convient de s'intéresser au critère classique qui la conditionne, relatif à la juridicité de l'acte.  
C'est l'obligation.

Puis il faut s'interroger sur un possible assouplissement de cette exigence,  
En particulier lorsqu'est en cause une nouvelle forme d'action de l'administration.

L'obligation, d'une part,  
L'action, d'autre part.

### **A - L'obligation**

Carmen n'aurait-elle plus le monopole de la mise en garde ?  
Après l'AMF, à vous d'entonner la ritournelle :

*« Prends garde à toi »...*

Toi, l'audacieux, qui oublierais que le recours pour excès de pouvoir fait écho au pouvoir exorbitant de l'administration sur les situations de droit.

Des règles gouvernant sa recevabilité, il se dégage un commandement :

*« Tu n'encombreras point le prétoire d'un acte qui ne fait pas juridiquement grief ».*

Pour être attaquant, un acte doit donc accorder, décider, prescrire ou sanctionner...  
Modifier l'ordonnement juridique.

Vous acceptez également d'examiner les mesures qui, sans créer aucune règle, sont rédigées de façon impérative.

En aucun cas, vous ne vous embarrassez des noms de baptême et connaissez donc :

Des recommandations, avis et communiqués dès lors qu'ils font grief en droit.

Les mises en garde n'échappent pas à la règle.

Simple avertissements délivrés sur un ton amiable, elles restent inattaquables.  
Mais quand elles se font, mises en demeure, et qu'il faut s'exécuter, elles deviennent justiciables.

Ainsi, vous avez pu être saisi d'une mise en garde de la commission bancaire ordonnant le respect de règles de bonne conduite.

En revanche, la mise en garde de l'AMF qui attire l'attention du public sur certains produits financiers succombe au test de la juridicité.

Si le bonheur est dans le prêt, il n'est pas toujours dans l'investissement.

En dénonçant les pratiques de certaines sociétés, l'AMF a seulement voulu rappeler cet adage, et inviter à la prudence.  
Sans imposer ni prescrire.  
Sans créer droit, ni obligation.

Qu'importent dans ces conditions les incidences de fait pour la société stigmatisée.

Non qu'elles soient ignorées du juge,  
Mais parce qu'il les prendra en compte dans un second temps, pour apprécier l'intérêt à agir du requérant.

À Luxembourg, le vademécum est le même.

En 2000, le juge communautaire a refusé de connaître d'un acte se bornant à constater une situation de position dominante, et ce nonobstant ses effets financiers.

Au vu de ces éléments, la mesure de l'AMF, qui ne fait pas grief en droit, paraît insusceptible de recours pour excès de pouvoir.

Mais ce critère ne devrait-il pas être reconsidéré au vu des nouvelles modalités d'action administrative ?

## **B – L'action**

Le droit n'échappe pas aux lois de la physique.  
À l'image de l'eau, tantôt solide, liquide ou vapeuruse, il connaît plusieurs états :  
Le dur et le souple.  
Le second se veut l'oxygène du premier.

Les instruments de droit souple entendent guider les comportements.  
Mais – c'est leur spécificité – sans créer de droit ni d'obligation.

Ils sont les outils de prédilection des autorités de régulation.  
En figure de proue, la technique du « *Name and Shame* », utilisée ici par l'AMF.

Elle consiste à dénoncer publiquement les agissements d'une société.  
En misant sur la réaction de méfiance des clients potentiels, elle contraint à modifier le comportement douteux.

Sans support juridique, par le seul jeu de la réputation, une nouvelle forme de pouvoir s'instaure.

Et chaque intervention peut être lourde de conséquences économiques.

Car s'il est un domaine qui se nourrit du crédit, sous toutes ses formes, c'est bien l'économie.

Comme l'explique Henry Ford, les principaux actifs de l'entreprise ne figurent pas à son bilan.

Ce sont ses hommes et sa réputation.

Rappelez-vous les désastres d'une dénonciation pour un industriel peu à cheval sur l'origine de sa viande.

Les mises en garde de l'AMF contre certains produits financiers peuvent avoir de telles conséquences.

On pourrait vouloir en juger.

Mais elles restent du droit souple dont la justiciabilité fait hésiter.

Certes, par une décision *Formindep*, vous avez examiné une mesure de *soft law*.

Mais c'était en raison de ses effets juridiques indirects.

Il s'agissait d'une recommandation de bonne pratique de la Haute autorité de santé, dont le contenu s'avérait en réalité capital pour apprécier les obligations déontologiques des médecins.

À peine embusquée, l'ombre de la sanction ...

De tels effets font ici défaut.

Aucune règle de bonne conduite à l'horizon.

Seulement des incidences financières.

Est-ce que cela ne serait pas suffisant pour ouvrir les portes de votre prétoire ?

Apprécier la recevabilité du recours en considération d'un critère extra-juridique n'est pas inenvisageable.

Vous l'avez déjà fait.

Ainsi, bien que dotées d'une portée en droit, les mesures d'ordre intérieur sont injusticiables en raison de la modestie de leurs effets concrets.

À l'inverse, vous avez connu d'une publication – acte non juridique –, au seul motif qu'elle mettait à mal la réputation du requérant.

En l'occurrence, l'Église de scientologie s'était sentie conspuée par la diffusion d'un rapport consignant ses agissements peu catholiques.

Allez plus loin,

Ouvrez le recours pour excès de pouvoir contre les mises en garde qui nous occupent :

Celles qui, à l'instar du droit dur, influencent les comportements ;

Ou qui sont de nature à produire des effets économiques.

Mais, suivant le principe *de minimis non curat praetor*, vous vous limiterez aux influences et effets économiques les plus importants.

L'obstacle de la recevabilité levé, il faut rechercher si le juge de l'excès de pouvoir est le plus à même de connaître de ces actes de l'AMF, centrés sur l'économie.

## **II. Le contrôle de l'économie**

Avec Waline, distinguons les recours selon la nature de la question posée.

D'un côté, le contentieux objectif, où est en litige la légalité d'un acte.

De l'autre, le contentieux subjectif, centré sur les personnes et leurs droits.

La nature des mises en garde de l'AMF met le juge de l'excès de pouvoir en concurrence avec le juge de la subjectivité.

Mais ces actes incarnent une façon nouvelle d'administrer.

Il faut dès lors se demander si le juge de l'excès de pouvoir, juge naturel de l'action administrative, n'est pas le seul à pouvoir utilement en connaître.

La concurrence d'abord,  
Le monopole ensuite.

### **A. La concurrence**

Le recours pour excès de pouvoir a sa signature.

C'est un procès fait à un acte.

Un contentieux objectif de pure légalité.

Soumettez-le aux délices de la subjectivité, il en perdra son âme.

Les mises en garde litigieuses, qui mettent en cause certains produits financiers, laissent bien peu de place pour l'objectivité.

Millions, taux, annuités : les chiffres s'entremêlent.

Suspensions de manœuvres commerciales : les accusations sont à peine voilées.

Atteinte à la réputation et pertes monétaires : les préjudices se dessinent.

Somme toute, le débat se noue autour d'une situation plus que d'un acte.

Pour cela, il semble devoir échapper au juge de l'excès de pouvoir.

Même l'annulation, son arme de prédilection, paraît incongrue.

Est-ce ce résultat abstrait qui intéresse la société ?

Ou bien les fruits qu'elle en attend ?

Des accusations infondées, des propos calomnieux ...

Ça ne s'annule pas.

Ça se répare.

C'est là tout l'office du juge de la responsabilité.

Par son intermédiaire, l'AMF est contrôlée,  
Les condamnations lui indiquent ce qu'elle peut et ne peut pas faire.

L'intérêt général n'exige peut-être pas plus.

Quant au requérant, il verra le coupable condamné.  
Au tour du gendarme des marchés financiers de payer son amende.

Comme vous l'admettez depuis 2015, le requérant pourra même demander au juge d'enjoindre à l'administration de mettre fin au préjudice.

En un geste : par la suppression du communiqué.  
En quelques mots : par la publication d'un démenti.

Que les impatients qui craignent un péril économique imminent se rassurent.

Ils trouveront dans le référé « mesures utiles » le moyen de mettre fin, au moins pour un temps, à la publicité de l'acte.

Rien ne s'y oppose.  
Le texte interdit seulement de faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative.  
Or, c'est certain, la mise en garde n'en est pas une.

Le recours pour excès de pouvoir semble donc à la fois inutile et peu approprié pour en connaître.

Mais ce serait oublier son pouvoir d'adaptation et tout ce que lui seul semble pouvoir offrir.

## **B. Le monopole**

« *Ce qui n'évolue pas est voué à disparaître* ».  
Le recours pour excès de pouvoir s'est plusieurs fois nourri du précepte de Darwin.

Le droit souple, en provenance des autorités de régulation est son nouveau défi.

On vient de vous dire qu'un recours indemnitaire pouvait offrir une réparation satisfaisante à l'entreprise visée par un communiqué de l'AMF.

Mais prenons un peu de hauteur.  
Envisageons l'acte non plus isolément, ou ponctuellement, mais comme un maillon dans la mission de régulation confiée à l'AMF.

Par ces mises en garde, l'autorité administrative adopte une manière de procéder résolument moderne, débarrassée des techniques juridiques classiques.

Cependant, elle entend toujours organiser, orienter ou contrôler un secteur d'activité.  
En un mot réguler.

Or réguler, sous quelque forme que ce soit, c'est toujours administrer.

Ce constat doit faire tomber ce contentieux dans le giron du juge de l'excès de pouvoir,  
Le juge de la légalité de l'action administrative par excellence.

Sa palette de pouvoirs garantit une intervention rapide,  
Grace au référé suspension.

Une intervention efficace,  
Grace aux annulations et injonctions, qui offrent aussi une victoire symbolique importante.

Mais surtout, une intervention opportune, puisque la diversité des moyens d'annulation assure un contrôle complet :

Erreur de fait,  
Erreur de droit,  
Ou encore détournement de pouvoir...

Mieux, le juge imposera à l'AMF sa culture procédurale privilégiant le contradictoire et les droits de la défense.

Autant de garanties fondamentales que le droit souple ne peut plus ignorer.

Certes, vous pourriez hésiter avec un autre juge de la légalité, celui du plein contentieux objectif.  
Mais son office n'est pas adapté.

Ce juge substitue sa décision à celle de l'administration.  
Or il ne faudrait pas instituer un juge régulateur.

Un contrôle trop poussé des appréciations conduirait à écorner l'indépendance et la crédibilité des autorités de régulation.

Au demeurant le juge – plus habitué à la pyramide de Kelsen qu'à celle de Ponzzi – n'a ni les outils ni les compétences techniques de ces autorités.

En définitive, préférez le juge de l'excès de pouvoir.  
Il pourra limiter son examen à l'erreur manifeste d'appréciation.  
Il offrira alors le contrôle le plus adapté à la régulation.

\*  
\*\*\*

*« On raille, dans nos fables indiennes, le raton laveur qui prétend s'enfler jusqu'à la grosseur du bison.*

*Mais il faut aussi blâmer le bison qui, par excès d'humilité, refuse d'être plus puissant que le raton laveur »<sup>2</sup>.*

Que ces naïves mais sages paroles du Huron trouvent place dans votre recueil.

Permettez au recours pour excès de pouvoir de déployer tous ses effets.

Rejetez la fin de non-recevoir<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Conclusion inspirée de l'article de J. Rivero « Nouveaux propos naïfs d'un Huron sur le contentieux administratif », Études et documents du Conseil d'État 1979/1980 n° 31.

<sup>3</sup> 11 863 signes