

LA REVUE DES JURISTES

DE SCIENCES PO

REVUE DE L'ASSOCIATION DES ÉLÈVES ET DIPLÔMÉS JURISTES DE SCIENCES PO • SEMESTRIEL • N°9 • PRINTEMPS 2014

« Contemplez l'accord admirable qui règne entre les commerces et la bonne foi. Les obscurités qui couvraient ce spectacle ont disparu. Tout se voit à découvert. Que les choses ont changé de face ! »

Bernard Mandeville, *La Fable des Abeilles*, 1714.

CHERS AMIS,

Les récents déboires fiscaux d'un ministre du Budget ont mis au centre de la vie politique et médiatique française la notion de « transparence » jusqu'à conduire à l'adoption de la loi relative à la transparence de la vie publique le 11 octobre 2013. Au-delà du patrimoine de nos élus, ce concept semble désormais s'imposer comme un des principes cardinaux de nos sociétés démocratiques jusqu'à, pour certains, en devenir le principal attribut.

Le droit a particulièrement été marqué par la recherche de cet idéal de transparence. Cette exigence louable dans le principe est cependant à même d'entrer en conflit avec certaines de ses libertés et principes fondamentaux, tels que le respect de la vie privée, le secret des affaires, ou encore l'efficacité de la justice. Ces tensions se retrouvent aujourd'hui dans le droit privé, le droit public, national comme international.

C'est cette transversalité qui a poussé le Comité de Rédaction de la *Revue des Juristes de Sciences Po* à lancer en novembre dernier un Appel à contributions sur le thème de : « L'exigence de transparence ». Après plusieurs numéros axés sur un champ précis et limité du droit, a été émis le souhait de privilégier un sujet plus large permettant de réunir des contributions de personnalités aux visions juridiques variées.

Force est de constater que ce numéro remplit cet objectif en réunissant des articles traitant de l'influence de la transparence dans des domaines du droit tels que les marchés publics, l'arbitrage international, la procédure pénale, la fiscalité ou les enquêtes internationales. Cette diversité des thématiques se reflète à l'échelle des contributeurs : avocats bien évidemment, mais aussi magistrats, professeurs, consultants, commissaires aux comptes, responsables d'ONG et, ce qui fait la marque de fabrique de la *Revue*, étudiants en droit.

Semestriel à dimension « pratique » et « concrète », la *Revue des Juristes* n'en oublie pas moins ses objectifs scientifiques. La qualité du contenu des articles en témoigne. Afin de renforcer davantage sa richesse, nous avons en outre décidé d'innover, en ajoutant une section intitulée « Points de vue ». Celle-ci nous a permis d'inclure, pour la première fois, un article à teneur bien plus académique que praticienne : *Réflexions sur le dysfonctionnement des marchés* de Calixto Salomão Filho, Professeur à la *Law School* de l'Université de Sao Paulo et à Sciences Po Paris. Cela a aussi permis à deux membres du Comité de Rédaction d'aborder deux sujets émergents encore relativement peu ou mal appréhendés par le droit : la monnaie digitale *Bitcoin* et le financement des sociétés par le biais de l'« *equity crowdfunding* ». *De lege feranda...*

Nous tenons à remercier tous nos contributeurs, acteurs de la réussite de la *Revue des Juristes de Sciences Po*. Nous nous attachons en outre à souligner l'apport précieux de notre Directeur scientifique Jacques Terray, ancien avocat et aujourd'hui Vice-président de Transparency International France. La pertinence et la justesse de ses nombreux conseils et commentaires nous ont été d'une grande utilité tout au long de la construction de ce numéro.

Enfin, alors que ces numéros semestriels constituent la « matière première » de notre travail, la pérennité de notre démarche passe aussi par des projets de plus long-terme. A cet effet, nous sommes heureux et honorés de pouvoir annoncer le prochain lancement d'un partenariat avec l'éditeur LexisNexis. Nous serons ainsi la première revue juridique étudiante à être référencée sur leur base de données en ligne. Ceci permettra d'accroître la visibilité de notre travail et de celui de nos contributeurs présents et futurs.

Dans une perspective toujours transversale, notre prochain numéro d'automne 2014 portera sur l'appréhension des nouvelles technologies par le droit. Un Appel à contributions sur cette thématique se trouve en fin du présent numéro.

En attendant nous vous souhaitons, chers amis de la *RJSP*, juristes ou non, une excellente lecture.

Le Comité de Rédaction



Matthew
MORANTZ



Pierre-Axel
ABERG



Baptiste
GACHET



Gwennhaëlle
BARRAL



Thomas
CHANZY



Victor
CHARPIAT



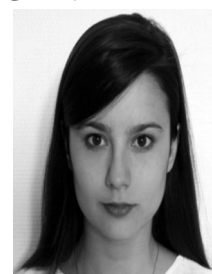
Alexandra
HUSSON



Flore
MÉVEL



Vincent
REYBET-DEGAS



Lora
VLAEVA

SOMMAIRE

ÉDITORIAL

ENTRETIENS

Entretien au sujet de l'ouvrage <i>Deals de justice</i>	
Antoine Garapon.....	7
Les fonctions du juge d'instruction et la transparence de la procédure pénale	
Pascal Gastineau.....	14
UNCITRAL and the Rules on Transparency	
Renaud Sorieul.....	19

POINTS DE VUE

Réflexions sur le dysfonctionnement des marchés	
Calixto Salomão Filho.....	25
Le Bitcoin devient monnaie courante : les monnaies digitales entre transparence, régulation et innovation	
Victor Charpiat.....	41
La France « paradis » du <i>crowdfunding equity</i> ? Les promesses d'une réforme attendue	
Baptiste Gachet & Benjamin Le Pendeven.....	63

DOSSIER THÉMATIQUE : L'EXIGENCE DE TRANSPARENCE

Introduction du Directeur scientifique	
Jacques Terray.....	77
Comment améliorer la lutte contre la corruption dans les marchés publics ?	
Thierry Beaugé.....	80
La situation juridique des entreprises françaises, face aux enquêtes de régulateurs étrangers	
Kami Haeri & Thomas Chanzy.....	97
<i>Procedural approaches to corruption in international investment arbitration : business as usual ?</i>	
Thomas Kendra & Anna Bonini.....	108

La transparence et les marchés financiers - tendances actuelles	
Didier Kling.....	120
La transparence fiscale : l'exemple de la régularisation des avoirs étrangers	
Matias Labé, Nicolas Vergnet & Bob Zeller.....	138
La transparence : vertu démocratique ou vie privée en péril ?	
Flore Mével & Joëlle Jeanjean-Lemoine.....	150
Alerte éthique et fonction publique : la fin d'un malentendu français ?	
Nicole Marie Meyer.....	158

ÉCOLE DE DROIT

Compte rendu de la conférence organisée par l'AJSP sur la déontologie de l'avocat face aux nouvelles technologies	
Lora Vlaeva.....	167
Compte rendu de la conférence organisée par l'AJSP sur le <i>Bring your own device</i>	
Flore Mével.....	171
Actualités de l'École de Droit.....	173

APPEL À CONTRIBUTIONS

ENTRETIENS

ENTRETIEN AVEC ANTOINE GARAPON

Deals de justice

Antoine GARAPON

Magistrat
Docteur en Droit
Secrétaire général de l'Institut des
Hautes Etudes sur la Justice (IHEJ)

Antoine Garapon est magistrat, Docteur en droit, et Secrétaire général de l'Institut des Hautes Etudes sur la Justice. Membre du comité de rédaction de la revue Esprit, il a également publié de nombreux écrits, au rang desquels on trouve Le gardien des promesses, justice et démocratie, Bien juger : essai sur le rituel judiciaire ou encore La raison du moindre État : le néolibéralisme et la justice. Il nous parle ici de Deals de justice, le marché américain de l'obéissance mondialisée, ouvrage qu'il a codirigé avec Pierre Servan-Schreiber. Cet ouvrage décrypte un nouveau mode de régulation par lequel les autorités américaines utilisent la menace du procès pénal, long et à l'issue incertaine, pour contraindre des multinationales à se mettre en conformité avec leurs lois et à payer des amendes très importantes.

Tout d'abord, pourriez-vous présenter votre parcours et les raisons pour lesquelles vous avez choisi de vous détacher de la magistrature pour l'Institut des Hautes Etudes sur la Justice (IHEJ) et l'écriture ?

J'ai suivi une formation de magistrat, mais j'ai également fait une thèse en sociologie du droit avec Jean Carbonnier sur le « rituel judiciaire ». J'ai été juge des enfants pendant un peu moins de douze ans, et en même temps, j'ai enseigné la sociologie du droit à Paris II. Ainsi, j'ai une double formation de sciences humaines et de droit.

Quand le premier ministre de l'époque Michel Rocard a créé l'IHEJ, c'était l'occasion pour moi de rentrer dans cet institut qui cherche à combler le « trou » entre les universités, la recherche et la pratique judiciaire. L'objectif de l'IHEJ est de réfléchir sur toutes les questions nouvelles qui traversent le droit, et qui sont tellement nouvelles qu'elles ne sont pas encore pensées par l'université. Ce sont des questions qui portent sur l'éthique des juges, les médias, la corruption, l'économie bien sûr, la comparaison des cultures judiciaires, le droit financier, et surtout la mondialisation. Le champ des études juridiques est trop enclavé en France, dans un droit qui est trop positif et trop coupé des sciences humaines. Cela m'a amené à travailler sur des champs très divers, à publier et, de fil en aiguille, à faire des émissions de radio. Donc je suis un juge perdu pour la pratique du droit !

Parmi tous les sujets qui pourraient faire l'objet de recherches approfondies, pourquoi *Deal de justice* ? D'où l'idée est-elle venue ?

Il y a une unité dans la vie et une unité dans le droit que ne voient pas les juristes. Le mécanisme de transaction dont il est question dans *Deals de justice*, on le retrouve aussi bien dans des domaines comme la justice pénale ordinaire ou le divorce que le grand business. Il ne faut pas se laisser impressionner par la technicité du droit. La technique fonctionne beaucoup comme une illusion pour détourner les regards. Là ce qui est intéressant c'est qu'on voit des sommes considérables, mobilisant des moyens considérables, pour en réalité une négociation assez simple. Donc ne pas se laisser abuser par la technicité, et ne pas trop sectoriser les questions.

La globalisation a deux sens. Elle a un sens matériel, c'est le fait qu'il y ait une mise en présence des hommes, des cultures, des systèmes économiques. Mais elle a aussi un sens épistémologique, c'est à dire que tous les domaines qui étaient autrefois séparés font masse : la géopolitique se croise avec l'économie, qui se croise avec le droit, la procédure civile, les questions d'influence. Tout fait masse. Et dans les *deals* de justice, ce qui est intéressant, c'est qu'on mélange des questions de corruption avec des questions de sanctions économiques contre l'Iran ou contre Cuba. Donc c'est de la géopolitique, cela n'a rien d'universel. La corruption, en revanche, est universelle et si on veut percer cette évolution, il faut donc à la fois faire de la géopolitique, de la procédure civile, etc.

Pourquoi les autorités américaines ont-elles commencé à développer ces nouveaux types de règlements ?

Les autorités américaines ont une supériorité sur les autres : elles se sont mises à l'échelle du monde, ce qui n'est pas le cas des autorités françaises. Aujourd'hui les entreprises sont mondialisées alors que les pouvoirs politiques sont locaux. Plus les entreprises sont globales, plus elles « ringardisent » les autorités étatiques, c'est-à-dire que les autorités étatiques ne sont plus à l'échelle.

Dans une affaire de corruption internationale qui concerne une entreprise opérant dans de nombreux pays, que peut faire un juge français ? Va-t-il envoyer une commission rogatoire pour saisir des gouvernements étrangers ? Il n'y arrivera jamais ! Premièrement, c'est très long. Ensuite, il va tomber sur une police très diligente, une autre très corrompue, ce n'est pas non plus le même droit partout, etc. Bref, cela ne marche pas.

Il y a donc un décalage entre un marché global, sans frontière, et des États qui ne sont pas à la hauteur. Or les Américains le sont pour de nombreuses raisons : ils sont la première économie du monde, il existe une hégémonie américaine, etc. Ils y arrivent, et ils ont donc proposé des réponses très concrètes.

On a pu dire que des entreprises qui utilisaient le dollar et qui étaient impliquées dans un scandale de corruption pouvaient être poursuivies par les autorités américaines pour la simple raison qu'elles utilisaient le dollar. Jusqu'où cela peut-il aller en matière d'extranéité des lois sur lesquelles se fondent ces transactions ?

Ces actions de la part des autorités américaines sont impures dans la mesure où elles ne répondent pas exclusivement au souci de faire respecter le droit, ni exclusivement au désir de taxer les entreprises, ni même à des préoccupations simplement géopolitiques. C'est un peu

tout cela, et c'est la raison pour laquelle elles sont à la fois passionnantes et très compliquées. Dans ces transactions, il y a une dimension d'impôt sauvage pris par les États-Unis sur les entreprises étrangères. Il existe des situations complètement ubuesques. On peut prendre l'exemple de la célèbre image de Che Guevara prise par un photographe cubain. Ce photographe est décédé, mais sa fille protège les droits de la photographie. Elle trace les usages par internet et quand une photo est prise, le preneur doit lui payer des droits. Un jour, un avocat français, devant lui notifier une assignation, passe par une entreprise de type UPS. Cela déclenche des poursuites des autorités américaines [du fait de l'embargo économique américain sur Cuba]. Dans ce cas, c'est quasiment du racket ! Toutes les occasions sont bonnes pour faire de l'argent et contrôler des affaires qui n'ont absolument rien à voir avec les États-Unis. Ces transactions sont donc une manière pour les États-Unis d'exercer leur domination, mais on ne peut pour autant réduire ces *deals* de justice à cela.

Il n'y a donc pas d'entreprises qui seraient immunisées ?

Toute multinationale qui ferait des affaires aux États-Unis pourrait être concernée. La clé de tout cela c'est de dire « si vous voulez faire du *business* aux États-Unis, vous devez respecter les lois américaines ». Mais comme aujourd'hui pratiquement toutes les entreprises font du business aux États-Unis c'est rarissime d'y échapper, surtout qu'on opère avec des critères matériels et pas économiques. En effet, le paiement en dollar est un critère matériel.

On est ici face à un dispositif, c'est à dire un mécanisme cohérent qui a vocation à être transposé dans d'autres domaines. Celui qu'on a identifié dans *Deals de justice* était initialement appliqué en matière de corruption. Aujourd'hui, il s'étend aux droits de l'homme et à l'évasion fiscale. Où pourrait être ses limites ?

Les entreprises multinationales ont-elles le choix d'accepter ou de coopérer avec les autorités américaines ? Quelle est leur marge de manœuvre ?

La marge de manœuvre des entreprises est très faible, puisque celles qui refuseraient les *deals* de justice n'auraient alors plus accès au marché américain. Elles n'ont de fait plus d'autre choix que de négocier dans le but de limiter les dommages. Ces négociations peuvent porter sur de nombreuses données : quelles branches d'activité seront concernées par l'enquête ? Avec quelles autorités américaines et sur quelle durée ? Ce sont autant d'éléments que l'entreprise peut négocier.

La multinationale ne peut-elle pas refuser le *deal* et assumer le risque d'un procès ?

L'entreprise se suiciderait alors économiquement. C'est ce qui s'est passé dans un contentieux opposant le Congrès juif mondial à UBS et Crédit Suisse en 1998. En effet, les Américains ont ordonné aux banques suisses de restituer les avoirs qu'elles détenaient abusivement pendant la Seconde Guerre mondiale. Or les banques ayant refusé le *deal* au profit d'un procès, se sont alors vues refuser leurs licences bancaires aux États-Unis. Cela a donc forcé les banques à coopérer, puisqu'elles ne peuvent pas se passer de l'accès au marché américain. Les autorités américaines obligent de fait les entreprises voulant faire des affaires aux États-Unis à payer. Il existe ainsi une sorte de symétrie surprenante entre la corruption et le *deal* de justice.

Cette pratique de la transaction contraste avec l'idée que l'on se fait généralement du procès pénal américain. Vous parlez d'ailleurs avec Pierre Servan-Schreiber d'un « changement de paradigme ». Est-ce dire que l'on se dirige vers une « justice sans justice » ?

C'est de plus en plus le cas, si vous regardez l'anti-concurrence européenne ou française (avec l'AMF) par exemple. Même la réforme actuelle de Mme Taubira va dans ce sens. La justification en est simple : nous n'osons pas nous l'avouer mais les États n'ont plus la force de découvrir la vérité, ni les moyens humains pour y arriver. Schématiquement, lorsqu'une entreprise veut faire un montage (on appelle cela pudiquement « l'optimisation fiscale »), elle convoque ses avocats et ses comptables, et construit une opération complexe. Un juge formé à l'ENM et sa greffière auront du mal à démonter ce travail. Or le pragmatisme américain fait qu'ils ont trouvé une parade fondamentalement intéressante : un *deal* crédible.

Dans un *deal* de justice, les entreprises concernées ne deviennent-elles pas de fait leur propre procureur ?

Totalement ! Cela est un phénomène très ancré dans la pratique : la réponse devant la faiblesse des États est d'internaliser la fonction régaliennne dans les entreprises. C'est bien là la logique du commissaire aux comptes, mis en place antérieurement aux *deals* de justice. Pour ces derniers, les « gendarmes » payés par l'entreprise exercent une fonction de contrôle, qui est aussi une fonction régaliennne. C'est en réalité toute la culture de l'entreprise qui change par l'internalisation de l'enquête, et la tendance est à l'amplification du phénomène.

Qu'en est-il des grands principes directeurs de la justice pénale, et notamment l'interdiction de l'auto-incrimination prévue au cinquième amendement de la Constitution américaine ?

Les entreprises s'auto-incriminent, les droits de la défense sont de fait quasi-inexistants. Il faut aussi souligner un phénomène sous-jacent : une entreprise suspectée de corruption par le département de justice américain (*United States Department of Justice* « DoJ ») va vouloir être crédible. Elle va de fait prendre des avocats américains, qui eux-mêmes bénéficient souvent d'une certaine crédibilité auprès des autorités américaines – la moitié d'entre eux venant du DoJ ou de la *Securities and Exchange Commission*. Bien que nous soyons loin de payer nos propres tortionnaires, la question de l'allégeance de ces avocats aux autorités américaines se pose.

Pourtant ces avocats, ainsi que les autres intervenants du *deal*, sont engagés et payés par l'entreprise. Peut-on donc supposer une partialité qui pencherait en faveur de l'entreprise ?

Sauf qu'il s'agit ici d'avocats américains. Sont-ils plus proches de leurs anciens collègues du DoJ ou du polytechnicien français ? La réponse semble quelque peu évidente.

Le développement des procédures de transactions entre les autorités américaines et les entreprises multinationales ne doit-il pas être appréhendé comme l'illustration d'une nouvelle forme de régulation économique et politique. Ne peut-on pas parler d'impérialisme juridique en la matière ?

Ce n'est pas de l'impérialisme juridique mais une question de rapports de force. Il y a une hégémonie américaine évidente. Mais c'est un phénomène ambigu, car aux États-Unis il y a une authentique recherche de rendre le monde un peu meilleur. Ce n'est pas du racket pur et simple. Il y a beaucoup d'interrogations - sur les droits de la défense par exemple -, mais c'est fait avec sérieux, les sommes sont calculées sérieusement.

Quid de la règle du *non bis in idem* ? Dans l'affaire Siemens, par exemple, quelle a été l'articulation avec le travail des procureurs allemands qui, les premiers, ont relevé les anormalités ? N'y a-t-il pas des contradictions entre les agissements des autorités américaines et les législations étrangères ?

Ils ne se sont pas dessaisis. Les Américains ont argué que cela traînait trop, mais il y a bien eu une condamnation allemande. En définitive, Siemens a beaucoup payé et en plus avec une amende fixée par la personne qui transige aux États-Unis ! C'est cela qui pose problème. Si la transaction avait été fixée par une référence externe, il y aurait eu un barème, une véritable peine. Mais là, il n'y a jamais eu de peine du côté américain.

A aucun moment, Siemens ne s'est-elle jamais prévalu de la règle de *non bis in idem* pour éviter l'amende ?

Elle n'a pas pu car il ne s'agit pas d'un système organisé par un texte, comme la Convention de la Haye de 1970 ou comme la Convention européenne d'extradition. Là, il s'agit d'un rapport de force. Et officiellement, elle n'a pas été jugée par les États-Unis.

S'agissant de l'adaptation des entreprises et leur « *self defense* » dont parle Astrid Mignon-Colombet dans le livre, quels ont été les changements dans leur comportement ?

Nous avons été surpris de voir à quel point elles laissent faire car elles sont pragmatiques. Quand elles signent, par exemple, on leur interdit de parler de l'affaire. Elles paient une grosse amende et en plus, elles ont l'interdiction de contester cette amende. Cela va loin !

Etonnamment, les entreprises entre elles ne communiquent pas tellement. Avec la sortie du livre *Deal de justice*, beaucoup d'entreprises se sont dit « c'est exactement ce qu'on vit ». Ceci est intéressant car cela veut dire que cette réalité de la vie des affaires est une vérité naissante qui est en train de s'affirmer. Maintenant, je pense qu'il y aura plus de réactions de la part de l'Europe, peut-être de l'ONU.

Un chapitre de votre ouvrage porte sur la vertu. Est-ce que la mise en conformité (*compliance*) exigée par les États-Unis a réellement des effets en termes de corruption ?

Il y a plusieurs choses. D'abord, il y a le *monitor* qui va contrôler la mise en conformité pendant 3 à 5 ans. Au terme de cette période, de nombreuses choses se mettent en place (des circuits pour les factures, des personnes chargées de contrôler etc.). S'agissant de Siemens, c'est 600 employés pour la phase de *compliance*. Ce n'est pas rien ! En plus, selon Siemens, la

corruption nuit à l'efficacité économique des marchés ainsi qu'à l'innovation. Depuis les contrôles, ils se sont rendus compte que leur matériel n'était pas si performant que cela. Ils ont alors davantage investi dans l'innovation et cela n'a pas été négatif pour eux. Pour autant, je ne pense pas que cela ait fait cesser la corruption. J'ai rencontré beaucoup d'entreprises qui ont fait des *deals* de justice, et l'avis est vraiment partagé. Certaines disent que le milieu des affaires a changé, d'autres disent qu'en réalité, elles paient et continuent de faire la même chose.

Pensez-vous que ce type de procédures transactionnelles gagnerait à être utilisé en Europe ? De telles pratiques seraient-elles compatibles avec notre conception des droits de l'homme, et surtout de nos droits processuels ?

J'en suis sûr. La question est surtout de nature politique. L'Europe n'est pas une forme politique qui est arrivée à maturité, elle ne se pense pas vis-à-vis de l'extérieur. Je pense personnellement qu'il faudrait qu'elle le fasse et qu'elle se pose en disant « vous, vous faites le ménage pour les entreprises américaines, et nous le faisons pour les entreprises européennes ». Cela serait une manière de faire exister l'Europe comme une puissance de stabilisation, et de civiliser la globalisation économique qui est un peu sauvage. Comme les entreprises européennes sont en concurrence entre elles (il y a du *dumping* social, fiscal...), nous n'y sommes pas encore.

Est-ce possible en France, compte tenu de l'importance de notre droit civil, d'évincer certaines procédures pénales ?

Il n'y a pas de déterminisme culturel. Le droit civil est en train de se mettre à la transaction et à la négociation dans beaucoup de domaines. C'est étranger à notre culture mais ce n'est pas un obstacle dirimant. La preuve en est que les entreprises transigent de plus en plus, et c'est plutôt une bonne chose.

En théorie, la justice est rendue de façon publique. Ici, il s'agit de procédures non publiques. Ce nouveau système de gouvernance ne serait-il donc pas une régression pour le citoyen, qui ne voit plus justice se faire ? Est-ce une nouvelle façon de penser la place du droit ?

Je rectifierais le vocabulaire. La justice est un processus de nomination publique. Là il y a des faits, et un transfert d'argent qui tient lieu de peine. Entre les deux, tout est silencieux. Il n'y a pas de discours punitif, car dans le fond la perspective n'est pas punitive mais fonctionnelle. C'est à la fois la nouveauté et ce qui perturbe. On se rapproche d'une justice absolument économique. En France, la justice sanctionne un comportement passé parce qu'il n'est pas conforme à la loi. Là, la perspective est très différente. Il y a des pratiques qui rendent un marché moins efficient et qui, dans le fond, empêchent le marché de produire ses effets vertueux d'enrichissement collectif et d'égalité - si tant est qu'il soit égalitaire. On va donc vers une justice entièrement tournée vers l'avenir. Il n'y a plus vraiment de faute, c'est cela qui est étonnant. En plus, les personnes physiques s'en sortent bien parce qu'on ne recherche pas leur responsabilité.

Serait-il alors possible d'avoir à la fois des *deals* de justice et une poursuite civile et pénale des personnes physiques ?

Cela pourrait se passer. Dans l'affaire Siemens, c'est ce qui se passe. En l'occurrence, on envoie le *middle management* à « la boucherie ». C'est lui qui prend tout. Ce n'est pas complètement injustifié car dans la corruption (même s'il y a plusieurs formes de corruption), il y a une telle pression sur le *middle management* pour qu'il fasse du chiffre, qu'ils finissent par établir un cartel intermédiaire au niveau du *middle management*. Le risque c'est que ce soit toujours les puissants qui s'en sortent bien.

Cette procédure ne gagnerait donc pas à être médiatisée ?

C'est le dilemme des Anglais [qui se sont dotés du *Bribery Act* le 8 avril 2010]. Cela marche car il n'y a ni juge, ni publicité. L'entreprise en pâtit un peu, mais pas autant que si elle était exclue des marchés publics. En plus, on est dans un autre paradoxe : il y a les entreprises qui sont « *too big to fail* » et celles qui sont « *too big to jail* ». C'est le signe d'une transformation du champ économique et juridique liée à la mondialisation. A mon avis ces pratiques vont se reformuler et, j'espère, se civiliser un peu.

Deals de justice : le marché américain de l'obéissance mondialisée (2013) est disponible aux Presses Universitaires de France.

Codirigé par Antoine Garapon et Pierre Servan-Schreiber, cet ouvrage regroupe des contributions d'Hubert de Vauplane, Olivier Boulon, Astrid Mignon-Colombet, Daniel Soulez-Larivière et Frédéric Gros.

PASCAL GASTINEAU*Les fonctions de juge d'instruction et la transparence de la procédure pénale*



Pascal GASTINEAU

Vice-président chargé de
l'instruction au tribunal de grande
instance de Lille

Ancien avocat aux barreaux de Paris
et de Barcelone

Diplômé de Sciences Po et de l'ESSEC et ancien avocat aux barreaux de Paris et de Barcelone, Pascal Gastineau est aujourd'hui Vice-président chargé de l'instruction au tribunal de grande instance de Lille. Dans cet entretien accordé à la Revue, en qualité d'ancien élève de la rue Saint-Guillaume, il partage quelques idées et observations générales sur les fonctions de juge d'instruction et la transparence du procès pénal, de l'ouverture de l'information judiciaire à l'audience publique.

Les points de vue exprimés dans cet article n'engagent que leur auteur.

Pascal Gastineau, pourriez-vous tout d'abord nous dire comment et pourquoi vous êtes devenu magistrat ?

A titre liminaire, je dirais que la vie est trop courte - ou trop longue - pour n'avoir qu'un seul métier. Et j'ai souhaité saisir l'opportunité de passerelle prévue par l'ordonnance du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature permettant une intégration du corps de la magistrature au sein du premier grade (NDLR : *recrutement latéral concernant des personnes de plus de 35 ans, titulaires d'une maîtrise en droit et justifiant d'une expérience professionnelle*). Un minimum de dix-sept années d'exercice d'une profession juridique était nécessaire pour faire acte de candidature. Ayant exercé la profession d'avocat pendant plus de vingt ans au sein de cabinets d'avocats internationaux tels que CMS Bureau Francis Lefebvre ou Clifford Chance, j'avais donc les critères requis pour me porter candidat. Suite au dépôt de mon dossier, une longue procédure d'évaluation d'environ deux ans s'est alors engagée : quatre entretiens avec des magistrats, une sélection par la commission d'avancement, un stage probatoire de six mois et enfin, un grand oral devant le jury de classement de l'École nationale de la magistrature, puis l'avis final du Conseil supérieur de la magistrature au moment du choix du poste.

Je trouvais passionnant de pouvoir embrasser une nouvelle profession en étant intégré de plein exercice au sein de cette dernière. A la suite de mon admission, plusieurs fonctions m'ont été

proposées et notamment celle de juge d'instruction, fonction que j'ai immédiatement acceptée car elle correspondait à mes attentes.

Justement, pourriez-vous nous présenter les fonctions principales du juge d'instruction et, à travers elles, les enjeux de ce métier ? Quelles sont vos relations avec le ministère public ?

Le juge d'instruction est d'abord et avant tout un magistrat du siège qui a pour mission principale de chercher à découvrir la vérité en instruisant à charge et à décharge. Il doit donc en permanence aussi se demander quels sont les éléments pouvant être de nature à disculper, exonérer ou expliquer des faits reprochés. Il y a, chez le juge d'instruction, cette obsession permanente d'établir la vérité des faits qui seront jugés ultérieurement (dans le cas où le juge d'instruction prononcerait une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel ou de mise en accusation devant la cour d'assises).

Le juge d'instruction est un magistrat indépendant auquel la loi confère de nombreuses prérogatives, en particulier dans la conduite des enquêtes puisque les pouvoirs coercitifs appartiennent aujourd'hui essentiellement au juge des libertés et de la détention. En effet, il peut, dans le cadre de la loi, diligenter tous les actes d'investigations qui lui paraissent utiles à la manifestation de la vérité : commissions rogatoires de fond (c'est-à-dire la mission générale des enquêteurs) et techniques (les fameuses interceptions téléphoniques par exemple), réquisitions de tout type, expertises...

Le juge d'instruction est autonome, ce qui constitue une garantie de bonne administration de la justice. Il s'agit par ailleurs d'un magistrat accessible, qui peut être saisi par tout plaignant sur constitution de partie civile lorsque suite à une plainte simple, le parquet décide de ne pas mettre en mouvement l'action publique.

Certains diront qu'il est parfois reclus dans « la tour d'ivoire » de son cabinet et une réforme visant à imposer la collégialité pour certaines décisions, annoncée depuis 2007, devrait intervenir prochainement.

Mais si le juge d'instruction peut effectivement paraître isolé, en pratique et dans l'exercice quotidien de ses fonctions, il n'agit pas tout à fait tout seul.

Il est d'abord en relation permanente avec le parquet qui assure le contrôle de l'enquête jusqu'à sa clôture et auprès duquel il sollicite avis et réquisitions. En règle générale, les relations avec le ministère public sont simples et constructives. En effet, rares sont les divergences de points de vue entre l'instruction et le parquet puisque nous sommes tous des magistrats animés par un même but à ce stade : la recherche de la vérité et la poursuite et la répression des infractions caractérisées.

Par ailleurs, le juge d'instruction est quotidiennement confronté aux avocats des mis en cause, mais aussi à ceux des victimes qui assistent leurs clients lors des interrogatoires et auditions et peuvent requérir de leur part la production de tout acte tel qu'une expertise, une confrontation ou encore une reconstitution.

Le juge d'instruction est enfin constamment en liaison avec ses enquêteurs qui lui rendent compte de l'avancée de l'enquête.

Le juge d'instruction n'agit donc pas seul et son action reste dans tous les cas soumise au contrôle de la chambre de l'instruction de la cour d'appel et, *in fine*, de la Cour de cassation.

Ce magistrat est le gardien et le garant de la légalité de l'enquête pénale devant respecter les droits des différentes parties et le cadre posé par la loi.

Il est aussi comptable de l'efficacité des mesures d'investigations qu'il engage et qui doivent être adaptées à chaque cas de figure et chaque situation, compte tenu du fait qu'elles s'inscrivent dans le cadre d'enquêtes criminelles et délictuelles diverses, qui empruntent à tous les secteurs d'activités humaines. De l'accident d'avion ou de travail mortel, aux violences ou agressions intrafamiliales, en passant par les questions de santé publique, les vols à mains armées, la criminalité organisée, les délits financiers, les infractions à la législation sur les stupéfiants, le juge d'instruction est souvent conduit à découvrir des domaines dont il n'a aucune connaissance. A cette fin, les juges d'instruction se spécialisent et font appel à des experts. Ils doivent toujours faire preuve d'imagination et d'ouverture d'esprit afin parvenir à saisir le contexte des faits dont ils sont saisis.

Pourquoi alors a-t-on voulu supprimer le juge d'instruction ?

Précisément, parce qu'il existe des systèmes qui fonctionnent sans, à l'instar de la Suisse, qui les a supprimés récemment, ou de l'Espagne qui envisage aujourd'hui de les intégrer au parquet. Chaque pays a cependant ses spécificités, fonctions de son histoire, de sa taille et de son organisation (nationale ou fédérale, notamment). Un magistrat enquêteur indépendant, dont la seule mission est d'enquêter sur les crimes et délits complexes représente sûrement un coût, mais c'est indéniablement une chance dans une démocratie qui lui accorde les moyens de son indépendance.

D'ailleurs, il peut sembler vain d'opposer comme souvent, parquet et magistrats instructeurs qui sont tous des magistrats formés de façon identique. Le dédoublement et le concours d'énergies peuvent aussi constituer une force redoutable, notamment en matière de lutte contre la criminalité organisée ou la grande délinquance financière.

A partir de la deuxième moitié du XXe siècle, la modification du concept de démocratie représentative et l'apparition de la société de communication ont érigé la transparence en idéal démocratique. Toutefois, le secret de l'instruction et la transparence au sein du procès pénal ne sont-ils pas un peu antinomiques ?

Il faut distinguer deux phases. La première, l'instruction préalable, n'est finalement qu'une enquête qui peut déboucher sur un non-lieu et qui doit donc rester secrète compte tenu de la présomption d'innocence, et afin de ne pas compromettre irrémédiablement des réputations. La seconde est celle du procès pénal, qui est public et transparent par nature, car c'est une garantie d'un procès juste et équitable.

A mon sens, la transparence découle d'abord du principe du contradictoire qui prévoit la possibilité pour chacune des parties de défendre son point de vue et de discuter la thèse de l'autre. C'est la raison pour laquelle cette dernière doit lui être connue et ce, même dans le cadre d'une procédure inquisitoire comme c'est le cas en France.

Au cours du procès, chacune des parties, parquet, partie civile, prévenu ou accusé, s'exprime en public devant l'autre. Elle a connaissance des arguments qui lui sont opposés et peut y

répondre. La transparence a donc vocation à jouer un rôle dans l'ouverture des débats « en temps réel ». En effet, à l'audience les avocats des parties ne peuvent pas toujours se communiquer leurs conclusions avant l'audience ; les réquisitions du parquet se dévoilent aussi au dernier moment, une fois l'instruction de l'affaire terminée par le président de l'audience.

Le procès pénal est ainsi souvent le temps de la surprise et des coups de théâtre qui s'accommodent parfois mal du principe du contradictoire. Il arrive en effet que le parquet se réserve le moment du réquisitoire pour développer son « véritable » argument, méconnu des autres parties et notamment de la défense.

Si l'instruction française est menée de manière secrète, cela ne signifie pas pour autant que la procédure est exempte de contradictoire. Un projet de loi en ce sens est d'ailleurs en cours de discussion, en vue d'améliorer les droits des parties lors de l'instruction. Dès lors que les nécessités opérationnelles de l'enquête sont préservées – il est évidemment hors de question de prévenir à l'avance des investigations à venir – la procédure revêt un caractère contradictoire.

Mais le juge ne peut, par exemple, interroger un mis en cause sur le fondement de pièces qui n'auraient pas été au préalable mises à la disposition de son avocat dans un délai suffisant. Sauf exception, il doit également recueillir l'avis des parties sur les missions d'expertise qu'il envisage.

Une comparaison internationale s'avère à ce titre pertinente. A Monaco par exemple, l'instruction n'est pas secrète alors même que ce sont, entre autres, des magistrats français qui appliquent un système juridique qui s'inspire très fortement du droit français ! Dans les pays du Nord de l'Europe, c'est aussi le principe inverse qui prévaut : quasiment tout le monde peut avoir accès au dossier d'instruction.

En France, comment concilier alors secret de l'instruction et secret des sources journalistiques au sein du procès pénal ?

La question est à mon sens de savoir si le journaliste qui viole le secret de l'instruction en faisant état d'une information révélée au cours de l'enquête doit pouvoir échapper à toute mise en cause. Je ne suis pas sûr que le secret des sources, qui est une règle essentielle en matière de transparence, doive lui conférer une immunité totale. Le secret des sources ne devrait en effet pas empêcher de poursuivre le journaliste qui utilise une information secrète et qui se rend ainsi coupable du délit de recel de la violation du secret de l'instruction en l'état actuel de la législation.

A mon sens, il convient de préserver le secret de l'instruction avec la plus grande fermeté car s'agit d'une condition cardinale du principe de la présomption d'innocence. De fait, sa protection est assurée dans l'immense majorité des dossiers et notamment dans les cas où une partie souhaite utiliser des pièces de l'instruction pour nourrir une action civile ou devant les juridictions prudhommales, ce qu'elle ne peut faire.

Le secret de l'instruction n'est-il pas davantage menacé aujourd'hui, notamment par une circulation plus facile de l'information ?

Il est vrai que le secret est peut-être plus difficile à préserver, du fait notamment des nouvelles technologies et de dématérialisation croissante des procédures. Il est en effet plus difficile de conserver le secret d'un dossier sous format papier que celui d'un dossier numérique qui se transfère en un seul clic. En Espagne, par exemple, où le secret de l'instruction existe également, un système moderne d'enregistrement intégré à chaque salle d'audience ou

d'interrogatoire a été mis en place. Les enregistrements sont mis à la disposition des parties qui n'ont qu'à taper un code sur un distributeur de DVD installé dans chaque tribunal pour pouvoir y accéder. Et ce qui devait arriver arriva : des auditions filmées se sont retrouvées sur internet. Même si cela était prévisible, les autorités espagnoles conscientes de ce risque ont estimé qu'il était préférable de conserver un système moderne de production de copies numérisées des interrogatoires et auditions.

RENAUD SORIEUL

UNCITRAL and the Rules on Transparency¹



Renaud SORIEUL

Directeur de la Division du droit commercial international au Bureau des affaires juridiques des Nations Unies

Secrétaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)

Diplômé en droit privé de l'Université de Paris II, ainsi que de Sciences Po Paris et de l'École Nationale de la Magistrature, M. Renaud Sorieul est le directeur de la Division du droit commercial international au Bureau des affaires juridiques des Nations Unies et Secrétaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

Principal organe juridique du système des Nations Unies, la CNUDCI s'attache à moderniser et à harmoniser les règles du droit commercial international. Dans cet entretien accordé à la Revue, M. Sorieul partage ses observations sur les fonctions qu'il occupe et sur le nouveau Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États.

To begin, could you tell us about the range of your responsibilities as Director of the International Trade Law Division within the United Nations (UN) Office of Legal Affairs?

Mine is a long administrative title. My team and I are part of the Office of Legal Affairs. However, in practice, our central function is to be the Secretariat of UNCITRAL (the United Nations Commission on International Trade Law). For a variety of reasons, UNCITRAL has been linked to the UN Office of Legal Affairs since its inception. What this all means is that I report to New York for general administration and discipline, that I am responsible for doing things according to the UN Secretariat's rules, and that I have to fight for an ever shrinking part of the United Nations' overall budget.

¹ Les opinions exprimées dans le présent entretien sont d'ordre purement personnel; elles ne reflètent en rien les opinions éventuelles de l'Organisation des Nations unies ou de son secrétariat.

As of 1 April 2014, UNCITRAL's new Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (the « Rules on Transparency ») will come into effect. This is a tremendous advance in the world of arbitration, could you tell us why Member States felt that this was the appropriate time to create this instrument?

It is very difficult to determine what triggered our member States' decision, but I can probably say that it took us all by surprise. We had started to revise the UNCITRAL Arbitration Rules, which dated back to 1976 and had never been updated. The UNCITRAL Rules were perceived as essentially commercial rules. I say essentially commercial rules despite the fact that they were certainly not meant to be exclusively commercial. The Rules were meant to be generic, also applicable to investment, and inter-state arbitration, and applicable in the context of *ad hoc* or institutional arbitration as well.

In the process of revising the UNCITRAL Arbitration Rules, we took a fresh look at how they had been used over the past 40 years, and we realized how intensely the Rules had been employed in the context of investment arbitration. We were, of course, aware that they had been retained by the Iran-US Claims Tribunal as the governing set of rules for that very important set of disputes, but we certainly had not drawn any policy conclusion from the fact that the Rules were mentioned in literally thousands of bilateral investment treaties and were intensely used as a *de facto* alternative to the ICSID Rules (the Rules of the International Center for the Settlement of Investment Disputes).

In the course of the revision process, we heard an increasing number of voices calling for specific adjustments for investment arbitration. Among those voices, the parties who spoke the loudest, I suppose, were those advocating for transparency, including non-governmental organizations and institutions such as the UN Special Representative of the Secretary General for Business and Human Rights.

You may know that UNCITRAL has generally a very flexible and welcoming approach to NGOs representing various sectors of economic life, but until then we had never heard from the type of advocacy organizations that materialized on our radar screen in the course of this conversation about transparency, including organizations that had little to do with commercial law in general (for example, the Center for International Environmental Law). We heard from others who had a history of intervening as *amicus curiae* in a number of existing arbitrations and who insisted on the role of transparency to be played in this field.

I think, historically, this also happened at a time when governments like those of the United States, Canada and a number of European States were very actively trying to promote a model based on transparency. But, I do not think we had a clear picture of where we would end up when we started, and if you had asked us this question « what about transparency in investment arbitration? » at the beginning of the process, many would have expressed scepticism, or thought that we would end up with a very general statement along the lines of « State parties are encouraged to pay attention to the interests of transparency and the general information of their taxpayers when negotiating arbitration clauses in investment agreements ». Instead, we accomplished much more than adopting a very general statement, and we ended up with a fairly detailed set of rules that organize a public service of transparency in investment arbitration, and a mechanism which is probably as encouraging of the effective use of those rules as you can get by way of a non-mandatory instrument.

What are the objections to disclosure that parties can bring up under this new set of Rules on Transparency?

All revolves around notions of public policy, public interest, and national defence. On the one hand, we heard countries like Singapore, who was particularly affirmative of State sovereignty in deciding on the contents of investment treaties, and countries like Israel who was, on the other hand, active at promoting transparency, but was also extremely careful about not creating any kind of obligation that would put their State at risk of having to disclose information that would be contrary to their interest. So, through a variety of provisions, we ended up with all the tools necessary for a State to preserve trade secrets and everything having to do with national security, public policy and national defence.

Does that create too broad an exception to transparency? Some will say yes. It is a bit like the general public policy exception to the enforcement of arbitral awards under the New York Convention: it is a notion that is subject to fairly extensive interpretation by domestic courts or public authorities. Can that be avoided? Probably not, so it is the price to pay for establishing a general framework that remains favourable to transparency. The question that you are probably not asking is: are we doing more than paying 'lip service' to the need for transparency? I think in that case the answer is yes, and I am impressed by the robustness of the framework that has been established to ensure maximum transparency. Ultimately, we cannot ignore that we are in the hands of State parties, since we are not operating by way of regulation, but rather by voluntary submission to contractual rules.

Do you foresee that arbitration institutions, which administer investor-State disputes, such as ICSID, will follow UNCITRAL's lead?

UNCITRAL does function as a sort of *de facto* alternative to ICSID but I can only insist on the excellence of the relationship between the secretariats of the two organizations.

In many ways, I think UNCITRAL followed ICSID's lead. Now we are organized differently, we operate in a completely different environment, we do not have the benefit or the luxury of a self-enforcing mechanism (such as the one created by the 1965 Washington Convention) and we have been focusing on this issue of transparency taken in isolation from other issues, but I do not see us as doing anything terribly different from ICSID. Are they going to go further in the field of transparency? That is a question for them to answer.

An interesting aspect of these Rules on Transparency is Articles 4 and 5, which provide that parties external to a dispute may submit external briefs (otherwise known as amicus curiae briefs) to an arbitral tribunal. What is being talked about in terms of the potential costs of these briefs under the Rules on Transparency?

Well, the burden of producing an *amicus curiae* brief will remain on the party actually submitting it. There may be the question of the cost of looking at such a submission, and possibly using it or not, and that is to be decided by the arbitral tribunal, in its entire discretion.

Under the Rules on Transparency, what is an arbitral tribunal's obligation to explain how it uses such amicus curiae briefs?

Firstly, the general disclosure obligation under the new Rules is fairly broad, and it covers all the documents that were submitted, so an *amicus curiae* brief would be published. In addition, all of the tribunal's decisions are to be published – and this would presumably include the reasoning of such decisions. So while we cannot –and have not– created a specific obligation for an arbitral tribunal to do anything with an external brief, it is presumed that an external brief would be treated as any other document submitted to it.

Confidentiality is regarded as a central aspect of commercial arbitration. In light of the Rules on Transparency, would you say that it is on the way out?

I would first note that in the UNCITRAL Arbitration Rules, you do not find much about confidentiality. What you will find is a few provisions about hearings being conducted *in camera*, but that's about it. So it cannot be said that confidentiality is a pillar on which UNCITRAL arbitration is based. It just so happens to be broadly relied upon by parties in practice. What the Rules establish is a framework under which the parties to an arbitration can freely institute confidential proceedings. So, the UNCITRAL Rules actually leave this issue in the hands of the parties and the tribunal, rather than actively promoting a confidentiality model.

That being said, I don't think that confidentiality is on the way out. While there may be some fear in commercial arbitration circles about the possibility of a 'spill-over' of whatever may be promoted in the field of investment arbitration (and while this is a real possibility, since arbitration is after all in the hands of parties and tribunals, and increasingly subject to public scrutiny, for example through the publication of awards), I don't see any lawmaker – and certainly not UNCITRAL – putting any pressure on the commercial arbitration sphere for doing away with confidentiality. Confidentiality has its legitimacy and probably remains one of the key advantages of commercial arbitration over other means of adjudication of disputes.

Do you see any other structural developments in the pipeline for commercial arbitration?

Well this discussion raises the more general issue of additional complexity being brought into commercial arbitration and more convergence being instituted between commercial arbitration and court litigation. As a former member of the French judiciary, I was quite surprised in the early days of my work at UNCITRAL, when I saw how systematically some delegations (for example, the American delegation) were pushing to make arbitration as similar as possible to court litigation. Philosophically, this seemed to be the goal they were pursuing. To me, was not quite so natural – and I'm still not totally convinced that this is the right thing to do for arbitration. In my view, there has to be a limit to the approximation. Otherwise, although the legal refinement of arbitration may be increased, a lot may be lost in terms of its flexibility, its usability and its advantages as a means of dispute resolution. I would say that from that very broad perspective, it could be argued that the next phase is to make commercial arbitration even more parallel to court hearings. I don't think this is a step that should be taken and I don't see any compelling reason for this step to be taken.

There seems to be a general push in a number of arbitral institutions' updated rules, for example in the ICC's 2012 Rules of Arbitration and the 2013 CEPANI Arbitration Rules, to allow for expediency in the way disputes are settled. Are there any plans to adopt similar reforms in the UNCITRAL Arbitration Rules?

Currently there is no such plan, and I can't say I feel any push for any form of expedited arbitration like a *référé arbitral* or emergency arbitration of another form. We don't have any specific provision in the UNCITRAL Rules dealing with this, and so far this has not been a hotly debated topic. But I would not rule it out on the other hand: it could surface tomorrow that Member States realize that this is the way to go, or that it comes into fashion to have expedited arbitration, in which case it is fairly easy to imagine creating an emergency arbitration mechanism. The problem is that the more you go into that sort of thing, then the more you lean towards institutional arbitration. It is something that is easier to put in place if you have a supporting institution that pre-exists the dispute, which has a secretariat, and mechanisms to handle emergency situations. That emergency mechanism is not so easy to produce in the context of an *ad hoc* arbitration and this is probably the reason why there is no push for introducing it in the UNCITRAL Arbitration Rules – as long as we tend to preserve this notion of generic rules that apply to all possible situations where arbitration has to be instituted. We have already made a slight step towards relying a little bit more on the appointing authority in the newly revised version of the Rules, but we haven't gone as far creating the equivalent to an arbitral institution. As long as it remains important for us to avoid either creating an arbitral institution or being linked to an arbitral institution, I think that we will probably find it difficult – although not impossible – to conceive of an emergency mechanism.

Are there any new UNCITRAL conventions in the works?

Well, the one that comes to mind is a possible convention dealing with the application of the Rules on Transparency to existing treaties. This is, of course, a hotly debated issue: it is one thing to say that you have these new Rules, which will enter into force on 1 April 2014, that will apply to further investment treaties, at a time when relatively few new investment treaties are being concluded: we're talking about an effective application of these Rules on Transparency several years down the line. It would be a completely different thing if there were to be significant ratification of a convention making these Rules on Transparency applicable to existing treaties or existing disputes. The problem with transparency is that it's not so easy to openly say you don't like it: it's one of those fashionable and politically loaded topics and no State can openly fight transparency. Thus, a temptation may exist for some States to find lots of obstacles or reasons to say why these new Rules are not suited for existing disputes or existing treaties. However, a true consensus can probably be found in favour of transparency as a result of a learning process (let us not forget that the number of investment arbitration cases remains quite small and the perception of investment arbitration may be negatively influenced by fear of the unknown). In that learning process, the current negotiation of a global convention can modestly play a role. Technically, such a convention is not hard to draft, but politically, it is definitely more contentious. Ultimately, transparency in investment arbitration is good for all; it is most particularly so for developing States. How clearly can we demonstrate that point and make it a globally shared view? That is the current debate, which we approach in a hopeful spirit. We shall see what happens...

POINTS DE VUE

CALIXTO SALOMÃO FILHO

Réflexions sur le dysfonctionnement des marchés



Calixto SALOMÃO FILHO

Professeur à l'Université
de São Paulo Law School
et à Sciences Po Paris¹

RÉSUMÉ

Dans cet article, le Professeur Salomão Filho revient sur les limites de la notion de marché sur laquelle se fondent en partie le droit commercial et économique moderne. Il explore à ce titre les hypothèses dans lesquelles le marché n'est pas en situation de fonctionner et analyse les solutions juridiques pouvant y être apportées.

INTRODUCTION

Aucune discipline n'est structurée et organisée correctement sans une étude approfondie et critique de ses hypothèses et limites. Cette étude semble n'avoir jamais été réalisée par les branches du droit organisant et disciplinant l'activité économique privée et le fonctionnement des marchés, à savoir le droit commercial et le droit économique.

Or, toute étude critique en la matière doit se fonder sur l'analyse d'un présupposé important utilisé, ces derniers temps, en tant qu'orientation essentielle de la question : l'existence de marchés.

En effet, le droit commercial dans sa forme moderne régit l'organisation des marchés. Le Moyen Âge est l'une des périodes caractérisées par le plus de créations et structurations en droit commercial. A cette époque précise, la matière se fonde notamment sur les présupposés nécessaires à la croissance des marchés. Les travaux de glossateurs sur les titres de crédit, comme ceux de Balde et Bartole², ont été essentiels pour le développement du commerce au Moyen Âge. Dans le fond, le titre de crédit n'est ni plus ni moins qu'un moyen d'instaurer la confiance et de garantir les transactions commerciales, c'est-à-dire de permettre la formation d'un marché naissant. C'est ce qui a été fait d'une manière très efficace, au Moyen Âge, par les foires médiévales. Les marchés concernés ont bénéficié de la confiance instaurée par des titres

¹ L'auteur remercie Edouard LEMOALLE pour la révision linguistique du texte.

² V. sur l'école de Bartolo - F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 572 et s.

de crédit.

Dès lors, le droit commercial définit des instruments de plus en plus complexes et sophistiqués pour soutenir la croissance du marché : allant du contrôle direct des transactions par les contrats commerciaux à des règles plus sophistiquées d'institutionnalisation des marchés, comme celles relatives aux marchés financiers, voire même le droit de la concurrence. En outre, la discipline de l'organisation des entreprises (droit des sociétés) favorise la transparence et le jeu du marché en organisant en interne les relations d'affaires. Enfin, même les questions portant traditionnellement sur les défaillances du marché, comme la discipline néoclassique de la régulation, sont liées à la correction du marché. Même les approches les plus avancées et critiques à l'égard de la régulation, favorables aux politiques de redistribution sectorielle, supposent de concilier les règles du marché avec d'autres intérêts sociaux importants. Il en est ainsi également en droit économique – y compris pour les approches « développementistes » considérant la collaboration entre l'État et les entreprises privées ou l'intervention directe de l'État sur le marché, comme des facteurs de développement technologique. L'action de l'État est alors un facteur important de croissance des marchés. Il s'agit aussi dans le fond d'essayer de concilier le fonctionnement des marchés avec l'intérêt public.

Aucune ou presque de ces approches n'analyse le fondement du fonctionnement des marchés ou la possibilité même de l'existence de ces marchés. Même lorsqu'il s'agit d'examiner les défaillances du marché, l'exercice se limite à le corriger et à le comparer autant que possible aux modèles soit plus libéraux soit plus interventionnistes concernant son fonctionnement.

Il ne faut pas oublier que l'idée de marché remonte historiquement au XVIII^{ème} siècle, à l'époque des libéraux classiques, et que trois siècles après, il convient d'admettre que ce marché n'existe pas dans de nombreux cas et que, dans d'autres, ses objectifs sont très différents de ceux considérés comme réels.

Il suffit d'observer qu'une telle démarche peut donner lieu à de nombreuses hypothèses nouvelles de recherche en droit commercial ainsi qu'en droit économique. Ainsi, il est déjà possible de relever deux hypothèses critiques de fond, à savoir : (I) celle dans laquelle le marché ne fonctionne pas tout simplement et (II) celle en vertu de laquelle les objectifs et finalités du marché doivent être absolument modifiés. Il est question d'analyser ces situations.

I. ENTRAVES AU FONCTIONNEMENT

Une première catégorie concernant le droit et devant être étudiée correspond aux situations où l'existence de marchés est tout simplement impossible. Il est remarquable de noter qu'il ne s'agit pas d'une conviction politique idéologique, mais de situations où les critères essentiels au fonctionnement du marché n'existent pas tout simplement.

Il faut alors mettre en évidence les raisons logiques et fonctionnelles limitant le fonctionnement des marchés. Il conviendra ensuite d'en tirer les conséquences juridiques.

A cet égard, il convient d'identifier, parmi les diverses situations, celles qui sont les plus reconnues en sciences économiques et sociales. Comme il sera indiqué ci-après, bien que reconnues, de telles situations n'emportent aucune conséquence en matière d'analyse des marchés et des hypothèses de leur dysfonctionnement. Il s'agit (A) des asymétries d'information très importantes, (B) de l'existence de biens communs.

A. Asymétries d'information

La première situation correspond aux dites asymétries d'information. Mises en évidence il y a plus de 40 ans dans un article célèbre de G. Akerloff (qui lui a valu en 2001 le prix Nobel d'économie)³, elles sont plus répandues qu'on ne le pense. En réalité, elles sont présentes sur tous les marchés. Cependant, lorsqu'elles sont très importantes, elles entravent le fonctionnement de ceux-ci.

À l'époque, l'auteur soutenait que le marché des voitures d'occasion et celui des assurances maladie pour personnes âgées, d'une part, disparaîtra (voitures d'occasion) et, d'autre part, sera nationalisé (assurances maladie) à terme du fait de l'insuffisance d'informations sur ces marchés. La thèse proposée est compréhensible mais très singulière (surtout à l'époque). Il s'agit du cas d'une personne âgée titulaire d'une assurance maladie. Indépendamment de la quantité d'informations qu'elle peut fournir à la société d'assurance maladie, cette première connaît tout de même mieux sa situation personnelle que cette dernière. Ainsi, l'assureur est perdant. Celui-ci augmente donc ses prix pour couvrir cette perte. Dans ces conditions, les contrats d'assurance santé ne peuvent être souscrits que par les personnes âgées dont la santé est la plus vulnérable et qui connaissent également mieux leur état de santé que l'entreprise d'assurance maladie, ce qui génère encore une autre perte au détriment de cette dernière. Si cette situation d'asymétrie se répète plusieurs fois, les assurances maladie ne peuvent être proposées aux personnes âgées qu'à des conditions tarifaires déraisonnables, rendant difficile leur souscription dans les faits. La conséquence est la désorganisation totale ou la disparition du marché, ce qui se passe d'ailleurs dans les faits. La solution est donc la nationalisation des assurances maladie pour les personnes âgées, ce qui s'est effectivement réalisé aux États-Unis *via* le Medicare (qui n'a été remis en cause par aucune opposition idéologique jusqu'à présent).

La difficulté réside dans le fait que l'asymétrie d'information absolue n'existe pas que sur ce marché. Elle est apparue récemment d'une façon singulière sur d'autres « marchés » de dimension mondiale. A cet égard, il convient de se référer à nos précédents travaux abordant la question⁴.

Plus de trente ans après, la thèse d'Akerloff devient une réalité mais sur des marchés plus complexes. Les produits financiers dérivés de prêts hypothécaires américains sont complexes et « bien structurés », précisément parce qu'ils sont capables de voiler des informations sur le risque réel encouru.

A y regarder de plus près, l'effet de contagion, selon les termes de l'expression utilisée actuellement, est également la conséquence de cette même disparité ou insuffisance d'informations. L'interconnexion des économies par le biais de « marchés » est tellement importante qu'il est devenu impossible de prévoir ou d'anticiper les effets que les crises économiques d'un pays peuvent avoir sur les relations économiques d'un autre. Cette situation explique par exemple en grande partie les problèmes du Brésil en 2009 en matière de marchés à terme (des changes et autres). L'oscillation soudaine des prix étant un événement imprévisible, l'information est indisponible au moment de la conclusion du contrat et ses conséquences ne peuvent pas être anticipées ou prévues. Le fait que la loi autorise l'indemnisation ou l'inexécution du contrat par certaines parties sur le fondement de la force majeure ne limite

³ AKERLOFF, G. (1970), « The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism », *Quarterly journal of economics*, p. 89.

⁴ SALOMÃO FILHO, C. (15 octobre 2008), « Menos Mercado in Folha de São Paulo ».

pas la désorganisation des marchés et ses conséquences économiques ou sociales préjudiciables. Des mesures compensatoires ni ne limitent ni ne résolvent le problème structurel causé par l'existence de ces marchés.

En fait, l'absence ou la disparité d'informations sur les marchés met en évidence un autre problème, encore plus grave. Il existe une différence très importante entre le marché considéré comme un lieu d'échanges d'une petite collectivité ou d'une communauté (tel que conçu à l'origine par la théorie classique) et le marché envisagé comme un locus mondial et virtuel d'échanges et d'organisation du système économique. Toutes les présomptions (information complète, atomisation des acteurs) valables pour le premier ne s'appliquent pas pour le second. L'expression de marché pour ce dernier n'est utilisée que comme un substitut rhétorique pour se référer à une organisation des relations économiques fondées sur des rapports stricts de pouvoir et de contrôle de l'information.

Ainsi, du point de vue logique, les solutions de régulation de ces « marchés » ne sont pas nombreuses. Il s'agit d'interdire tout simplement l'existence de certains « marchés ». Il en est ainsi pour une partie importante des produits dérivés financiers, ainsi que pour les contrats à terme. La théorie économique – du moins la plus autorisée – considère que les marchés caractérisés par une disparité ou insuffisance importante d'informations tendent à disparaître ou à être nationalisés. La crise de 2008 a montré que sur le « marché mondialisé et interconnecté », la disparition et la désorganisation complète des marchés ne se limitent pas au lieu d'origine du problème (le marché des produits dérivés financiers), mais tend à se déployer sur une grande partie du système financier et productif, engendrant des nationalisations ou semi-nationalisations un peu partout dans le monde.

La solution est de limiter le nombre de marchés existants. Limiter la quantité des relations d'échanges concernant certains biens ou services n'est pas une réponse préjudiciable. Historiquement, les périodes caractérisées par de nombreux échanges commerciaux, en particulier ceux d'une utilité limitée, ne se sont pas singularisées par de grandes inventions. A l'inverse, lorsque la quantité des échanges a diminué, la création de richesse a dépendu de l'innovation, de la création et de l'invention. Dans l'histoire de l'économie, la recherche de nouveaux marchés et la doctrine mercantiliste ont toujours été synonymes de domination, de dépendance et de pauvreté ; les pays sous-développés ou en voie de développement, avec un passé colonial, sont les preuves parfaites de cette équation et ce, tout en étant les victimes de cette dynamique.

Si les produits dérivés financiers et les marchés à terme étaient supprimés, il y aurait moins de risques d'oscillations et de pénuries constantes. Au contraire, apparaîtraient sans doute des mesures favorisant les créations et inventions nouvelles – éventuellement dans des secteurs essentiels pour l'être humain comme celui la santé ou de l'environnement. Des marchés moins nombreux signifieraient moins de crises et plus de créations.

Le fait que la spéculation financière internationale soit insuffisamment réglementée est une solution très insatisfaisante. Rien ou presque rien n'a été entrepris en matière de régulation financière internationale. L'idée de limiter les mouvements spéculatifs, mise en évidence en 2008, n'est plus à l'ordre du jour depuis que les gouvernements (en particulier aux États-Unis et en Europe, particulièrement touchés par la crise) sont influencés par les intérêts du système financier.

Il est remarquable de noter, par conséquent, qu'aucun effet systémique en matière de régulation des marchés ou, plus spécifiquement, d'interdiction de l'existence de marchés n'a eu lieu, nonobstant l'asymétrie d'informations bien connue et structurée.

B. Bien communs

La seconde catégorie de situations peu compatibles avec le fonctionnement des marchés correspond aux biens communs. Autrement dit, dans ce cas, le fonctionnement impossible du marché ne s'explique pas en raison de la structure des relations mais de la nature du bien (et, comme il sera indiqué ci-après, de l'intérêt correspondant). Une fois de plus, cette hypothèse a été mise en évidence par des travaux académiques (dont l'auteur principal a été récompensé par un prix Nobel d'économie), qui ont eu une portée pratique, notamment en matière de régulation.

Pour comprendre la signification d'un « bien commun », il faut se référer à la notion de biens, notamment à une analyse critique de la distinction entre biens publics et privés. Cette classification juridique a été reprise par les théories économiques classique et néoclassique, qui justifient son existence en fonction de certaines spécificités.

Ainsi, selon la théorie économique classique, les biens privés ont deux caractéristiques fondamentales : ils sont à la fois exclusifs (c'est-à-dire qu'un individu A peut exclure leur utilisation par un individu B) et rivaux (c'est-à-dire que leur consommation par un individu A exclut leur consommation par autrui)⁵. En revanche, les caractéristiques des biens publics sont précisément opposées. Ils sont non exclusifs et non rivaux.

Cette distinction soulève, *prima facie*, deux problèmes importants. En premier lieu, il y a une confusion manifeste entre les caractéristiques des biens et leur régime juridique. Alors que la rivalité est une caractéristique du bien, l'exclusivité est une manifestation de son régime juridique. Cette manifestation n'est d'ailleurs justifiée que dans un contexte d'abondance de biens. La possibilité d'exclusion de l'utilisation du bien en tant que caractéristique du bien a pour conséquence directe l'absence de prise en compte de l'accaparement du bien en question par des particuliers (structures privées avec pouvoir économique). En effet, si l'exclusion est permise, alors la puissance l'est également.

En second lieu, une telle distinction révèle une incohérence interne importante. Il suffit d'observer l'énumération même des caractéristiques de ces biens.

L'exclusion de l'utilisation se référerait à un bien non consommable, tandis que la rivalité à un bien consommable.

En fait, cette difficulté en soulève une autre, plus importante. Cette distinction ne résout pas la question des différences possibles entre les biens en ce qui concerne leurs caractéristiques et ne constitue donc pas un bon paramètre pour la discipline juridique.

Cette difficulté a été mise en évidence il y a longtemps à la suite de travaux importants d'un spécialiste reconnu de l'environnement, fondés en fait sur la distinction entre biens publics et privés. Il s'agit de l'ouvrage de Garret Hardin, qui en 1968 a identifié l'existence d'une « *tragedy of the commons* » précisément dans l'utilisation de biens ne pouvant pas être tout à fait

⁵ SAMUELSON, P. (1954), « The pure theory of public expenditure », *Review of Economics and Statistics*, N° 36, pp. 387-389.

qualifiés ni de publics ni de privés (et ne pouvant donc pas être réglementés de façon appropriée par un régime). Le « drame » en question correspond en général à l'utilisation et à la dégradation d'un bien commun (des pâturages) par des entreprises privées. Influencés par leurs intérêts particuliers, ces dernières ont toujours tendance à placer leurs intérêts privés au-dessus des intérêts de la collectivité, ce qui aboutirait à la destruction des pâturages⁶. L'absence de définition d'une réglementation spécifique au bien d'utilisation commune s'explique sans doute par la difficulté de dépasser la distinction entre droits public et privé.

Ainsi, il existe un consensus théorique, mais avec des fondements distincts. D'une part, la doctrine juridique traditionnelle défend la distinction entre les droits public et privé, ainsi que la distinction unitaire correspondante entre biens public et privé. D'autre part, la théorie économique traditionnelle définit ou prétend définir un fondement pour ces considérations.

Dans de telles conditions, toute réglementation semble impossible et de tels biens restent soumis au régime statique de la propriété privée ou publique. Dans ces circonstances, l'accaparement des biens communs par les structures de pouvoir économique n'est rien d'autre que le résultat du régime juridique essentiellement statique de la propriété privée. Juridiquement déconsidérés, ces biens finissent par se concentrer entre les mains de quelques-uns et devenir rares. Par ailleurs, la propriété publique est tout autant statique et souvent incapable de prendre en compte les besoins de chaque localité et biens spécifiques, faute de réglementation spéciale.

Aussi, il faut adopter une approche structuraliste concernant la façon avec laquelle le pouvoir économique se déploie sur ces biens, ainsi que la possibilité de le réguler afin de limiter des effets de cette dernière. Mais, avant tout, la notion de biens communs doit être clarifiée.

Dans des œuvres aujourd'hui célèbres, des sociologues de renom ont réalisé un important travail critique sur les catégories de biens⁷. En premier lieu, ils ont substitué la notion de rivalité de consommation par la possibilité de diminuer l'utilisation du bien (*subtractability of use*). En second lieu, ils ont remplacé les réponses oui et non par des catégories de gradations élevées ou basses.

Enfin, ils ont défini une nouvelle catégorie de biens, dénommée *Common Pool Resource* (CPR) ou « biens communs ». Il convient d'observer en premier lieu que la catégorie de biens communs résout le paradoxe créé par la distinction entre biens publics et privés. Les biens communs se caractérisent par une soustraction importante d'utilisation ainsi que par une difficulté considérable d'exclusion, c'est-à-dire que l'utilisation du bien par une personne ne diminue pas la possibilité qu'a autrui de l'utiliser (par exemple, les forêts, les prairies et les rivières) et il n'est pas possible d'exclure des personnes intéressées (participants de la communauté) par son utilisation, étant donné le besoin d'utilisation commune supposée du bien.

Il n'en est pas ainsi pour les biens privés (nourriture, biens de consommation, etc.), en vertu desquels la difficulté d'exclusion est limitée mais dont la soustraction d'utilisation est

⁶ HARDIN, G. (1968), « The Tragedy of the Commons », *Science*, N° 162, pp. 1243-1248

⁷ See OSTROM, V. and OSTROM, E., (2005) « Public goods and public choices » in SAVAS, E.E. (Ed), *Alternatives for Delivering Public Services: Towards Improved Performance*, Boulder, Westview Press, 1977, pages 7 – 49; OSTROM, E. *Understanding Institutional Diversity*, Princeton, Princeton University Press, page 24.

importante. L'utilisation du bien par une personne peut causer une pénurie au détriment d'autrui (par exemple, la nourriture) en raison de la nature individuelle du bien appartenant à une seule personne et excluant son utilisation par une autre.

Par ailleurs, les biens essentiellement publics tels que l'éducation, la santé, etc. sont généralement caractérisés par une soustraction limitée de consommation et une difficulté importante d'exclusion. De toutes les façons, ces biens ne peuvent pas être soumis aux règles du marché précisément parce qu'ils peuvent et doivent être proposés à tous (notamment du fait de leur soustraction limitée d'utilisation et de leur difficulté importante d'exclusion), c'est-à-dire tant à ceux pouvant payer le prix qu'à ceux n'en ayant pas les moyens.

Les biens communs soulèvent, par nature, un problème de rareté plus important que les biens publics en raison de leur capacité considérable de soustraction. Alors que l'accès d'une personne à l'éducation (bien public) ne limite pas (en principe) l'accès d'autrui, la soustraction d'arbres d'une forêt ou d'animaux d'une réserve peut limiter l'utilisation économique de la forêt ou de la réserve au détriment d'autrui. Ainsi, le problème de la rareté est plus appréciable en présence de biens communs que de biens publics.

Il en va de même en ce qui concerne les biens privés. Chacun des deux se caractérise par une soustraction importante d'utilisation, tandis que le bien commun présente un niveau de rivalité moindre (il est possible d'autoriser l'utilisation par plusieurs personnes, à condition que cette utilisation ne soit pas prédatrice). En outre, seul le bien commun présente des difficultés d'appropriation (ou d'exclusivité), c'est-à-dire que le bien commun est par nature caractérisé par le fait que plus de personnes en dépendent et doivent y avoir accès (un stylo ne peut pas être utilisé par plusieurs individus, contrairement à une source d'eau potable). Ainsi, il y a une particularité qui rend difficile la soumission pure et simple du bien commun au marché, où l'appropriation directe est la règle.

Mais il n'y a que cette difficulté d'appropriation qui rend la question du bien commun très particulière. Le fait est que la difficulté d'appropriation pose un problème supplémentaire pour les biens communs, correspondant à une possibilité plus importante de rareté. Il est remarquable d'observer qu'en réalité une telle appropriation par l'initiative privée engendre un monopole d'utilisation d'un bien recherché par de nombreuses personnes. A cet égard, la puissance économique correspond à la possibilité d'appropriation du bien nécessaire pour de nombreuses personnes et non d'un différentiel de production. Pour une communauté en particulier, l'accès à une forêt peut être essentiel à son existence nonobstant l'existence de nombreuses autres grandes forêts sur le même territoire. Sa survie et ses coutumes sont liées à celle-ci et ne peuvent pas s'en dissocier.

Ainsi, l'acquisition, par le biais du marché, de la propriété privée par un particulier et du droit de limiter ou d'entraver l'accès à cette communauté caractérise une puissance économique importante exercée contre cette dernière. En fait, cette appropriation cause un triple drainage comparable à celui des monopoles traditionnels⁸.

La communauté sera privée de moyens de subsistance, dépendant ainsi d'un propriétaire pour y avoir accès. Elle dépendra aussi pour travailler de ce même propriétaire unique détenant des ressources rares naturelles. Enfin, ayant besoin de la forêt pour l'exploitation de nombreuses

⁸ V. sur le triple drainage SALOMÃO FILHO, C. (2010), « Histoire critique des monopoles – une perspective juridique et économique », Paris, LGDJ.

activités, elle aura peu d'alternatives économiques pour survivre.

Il est remarquable de noter que cette situation concerne les biens naturels comme les forêts, les rivières et la pêche maritime ou fluviale, voire même des propriétés ayant des sources d'eau. Sa relation avec la protection de l'environnement est donc directe et immédiate. Le monopole en la matière a des conséquences très importantes et dangereuses. Sa capacité à épuiser les ressources et à engendrer la pauvreté sociale est considérable. La régulation devrait prendre en considération ces questions.

Mais la problématique ne se limite pas à ce point. Considérant que la production de la plupart des biens de consommation dépend de la disponibilité des ressources naturelles (eau, ressources énergétiques, etc.), des problèmes éventuels de rareté de ces dernières a produit des effets sur les premiers.

La conclusion finale est que compte tenu de la gravité et de la complexité de la question de l'appropriation et de la rareté, le marché organise insuffisamment les échanges des biens communs. Le motif est le suivant : le bien étant essentiel, le prix ne peut pas bien réguler la rareté. Il ne régle que la modalité d'appropriation - concentrée entre les mains de quelques acteurs puissants ou répartie entre des acteurs atomisés - mais ne résout pas le caractère essentiel du bien. Le résultat est la concentration de biens naturels entre les mains d'individus ou d'entreprises dominantes, sans modification des standards de consommation.

Il faut donc considérer qu'il ne suffit pas de structurer un marché pour réguler de tels produits. Certains des éléments du régime juridique des biens communs peuvent être soumis aux règles du marché. Mais d'autres et certainement la plupart d'entre eux doivent correspondre à des règles associatives de distribution et d'utilisation. Mais il s'agit là d'un sujet de recherche portant sur les biens communs qui ne relève par du présent article⁹.

Il convient ici de se limiter à relever qu'un régime juridique traditionnel est très insuffisant et inadapté à la structure des échanges de ce genre de bien.

II. TRANSFORMATIONS DE FOND

Cependant, la critique du marché ne doit pas seulement être négative. Autrement dit, une approche juridique critique ne peut pas uniquement identifier les hypothèses où le marché ne fonctionne pas et il faut donc que la réponse juridique soit une interdiction stricte et simple de l'existence des marchés quand il y a la présence de certaines relations (asymétriques) ou de quelques biens (biens communs).

A. Marché unidimensionnel – les limites du critère du prix

Il existe d'autres hypothèses où les fondements et les objectifs du fonctionnement du marché sont fondamentalement modifiés ou inadaptés à leur époque.

A cet égard, il existe plusieurs hypothèses pouvant être étudiées. Toutefois, il semble intéressant de se limiter à une hypothèse en particulier, notamment celle de l'inadaptation du critère du prix en tant qu'élément principal pour déterminer les choix effectués sur le marché.

⁹ V. des réflexions – essentiellement préliminaires – sur un régime éventuel : SALOMÃO FILHO, C. (2012), *Regulação, desenvolvimento e meio ambiente* in *Regulação e desenvolvimento – Novos Temas*, São Paulo, Malheiros.

Il est remarquable d'observer que le critère du prix a été défini comme un élément clé de transmission d'informations et d'orientations pour effectuer des choix sur le marché à une époque historique très particulière. Il s'agit d'une période au cours de laquelle il a été nécessaire de développer les échanges et de favoriser le commerce.

Il n'y a donc rien de plus ordinaire que de choisir un élément qui se rapporte directement au binôme utilité individuelle / richesse individuelle. Il s'agit du prix. Il correspond à un élément (imparfait) de transmission d'informations, à condition que les besoins et les objectifs des individus intervenant sur le marché ne soient pas complexes. Or, le défaut inexplicit de toute la théorie économique (classique et néoclassique) fondée sur les marchés apparaît. Il s'agit de l'absence de réflexion critique sur le prix comme élément d'intermédiation économique.

En tant que vecteur d'information, le prix est une donnée très insuffisante. Il suppose une schématisation des informations, limitant essentiellement les informations échangées sur le marché à l'offre du vendeur et à la demande de l'acheteur.

La référence à « l'offre » du vendeur est délibérée. En effet, il est incorrect de considérer que le prix est un vecteur d'information satisfaisant en présence de ressources relativement rares. D'une part, cette information est souvent détenue par un ou quelques acteurs économiques. En effet, les monopoles ou oligopoles ont depuis longtemps cessé d'être une exception ou un défaut du système et sont devenus la règle du fonctionnement des marchés¹⁰. Les systèmes juridiques de concurrence et de régulations se révèlent très insuffisants pour limiter cette marche du capitalisme vers les monopoles et oligopoles. Ainsi, le prix dépend plutôt de la volonté de vendre du producteur/vendeur que de l'état de rareté relative d'un bien. Dans ces conditions, il est en principe manipulé et l'objet d'abus, en dépendant du libre arbitre des acteurs en position dominante.

Comme il a déjà été indiqué (II. B.), en raison de leurs caractéristiques, de nombreux biens ne peuvent pas être évalués en fonction de leur rareté relative. Et la référence n'est pas seulement aux biens communs. La rareté relative n'est pas une donnée pouvant être prise en compte en présence des biens essentiels pour le consommateur.

Par conséquent, il faut concevoir un autre élément transmetteur d'informations qui permettrait de mieux éclairer et orienter le choix de l'acheteur, tout en évitant l'utilisation ou la manipulation de l'information par le vendeur.

En ce sens, il est nécessaire de créer et de favoriser une catégorie nouvelle et différente de marché, qui permettrait l'évaluation d'autres éléments que le prix et l'utilité relative des produits. De la même manière que le prix fut un instrument déterminant pour le commerce, en tant qu'objectif socio-économique important depuis la fin du Moyen Âge, il convient d'identifier d'autres objectifs socio-économiques essentiels à l'époque contemporaine. Il reste encore à les identifier, dans la mesure où ils ni n'apparaîtront ni ne se réaliseront tous seuls.

Comme lorsqu'il fut nécessaire au Moyen Âge d'introduire des titres de crédit pour développer le commerce, qui était entravé et limité par la fermeture politique et géographique médiévale, il faudrait un vecteur institutionnel pour dépasser l'utopie du marché (défini selon le modèle libéral). A cet effet, si l'innovation économique n'est pas nécessaire, des institutions juridiques doivent être définies pour structurer les échanges et les transactions économiques fondées sur

¹⁰ Cf. SALOMÃO FILHO, C. (2010), *Histoire critique des monopoles – une perspective juridique et économique*, Paris, LGDJ.

des objectifs économiques et non seulement sur le binôme valeur/prix. Sans cette dynamique institutionnelle, il n'y aura jamais de vecteur autonome de changement émanant de la part des structures privées avec pouvoir économique (où des intérêts et structures de pouvoir agissant ensemble pour conserver le marché tel qu'il est).

Dans le présent article, il n'est pas question de définir ou de proposer des instruments complexes de restructuration des marchés. Il s'agit juste de présenter quelques observations pouvant peut-être déboucher ultérieurement sur une réflexion plus développée sur le sujet.

Il convient, tout d'abord, de distinguer deux types de situations : (i) celles dans lesquelles il est possible d'admettre la coexistence de différents indices en vue de réaliser l'intermédiation des relations économiques; (ii) celles où cela n'est pas possible. En d'autres termes, il existe des situations où l'utilisateur peut choisir le critère sur lequel sera fondé son choix et d'autres où cela n'est pas possible.

Parmi ces dernières, il y a celles où le choix et la présence de critères de prix causent des distorsions nuisant à la réalisation des objectifs d'intérêt général importants. Par exemple, le fait de choisir des établissements de santé ou d'éducation en se fondant uniquement sur des critères de prix. Sans doute, le caractère essentiel de ces biens limite ce type de restriction. Supprimer simplement le critère du prix et fonder son choix sur un critère de qualité n'est par hasard la solution la plus souvent satisfaisante en matière de santé ou d'éducation. C'est la raison pour laquelle dans les pays ayant les meilleurs taux d'indices en la matière, ces deux services sont fournis aussi par des institutions publiques ou à but non lucratif, et ce, gratuitement. Le choix existe certes encore, mais il n'est plus fondé sur le prix, mais sur des indices de qualité. Il est remarquable de noter que si le choix et les alternatives existent encore, le rapport prix/utilité est substitué par un indice de qualité.

Or, la première situation est plus difficile. La coexistence de divers indices de choix est souvent difficile étant donné l'influence du critère de prix. Ce dernier n'est utile que pour mesurer l'utilité d'un produit. Son utilité déterminante est de correspondre, a contrario, à un indice de disponibilité économique d'un individu. Autrement dit, le choix du critère du prix est justifié, non tant parce qu'il représente un indice d'utilité réelle pour le consommateur, mais plutôt parce que le fait de ne plus dépenser représente une plus grande disponibilité résiduelle des ressources (et donc le bien-être économique dans une économie capitaliste) pour le consommateur.

Ainsi, même s'il est en principe manipulé et contrôlé dans le système économique actuel par quelques vendeurs, le recours au critère du prix est justifié, tout simplement en raison de son importance en tant qu'« indice de bien-être résiduel ». Or, le problème principal est qu'en raison précisément de son utilité très limitée en tant que critère de vérification de la rareté, ce critère du prix est aujourd'hui peu utile et le sera de moins en moins en tant qu'élément capable de permettre à long terme la réalisation des échanges économiques.

En effet, la théorie économique classique et son postulat du prix en tant qu'élément intermédiation sont bien adaptés seulement à un contexte économique d'abondance. Le prix seul est le régulateur de l'offre et de la demande, au cas où elles varieraient dans le temps. Une hausse considérable des prix constante ne sert à rien si le bien est très apprécié par le consommateur (essentialité importante) et il ne peut pas non plus influencer l'offre si les matières premières servant à la production sont rares. Au contraire, les processus de baisse des prix ne servent à rien.

Ils ne permettront pas à la consommation d'augmenter, si celles-ci sont déjà à leur niveau maximal du fait de la rareté des matières premières.

Dans ce contexte, les variations de prix deviennent de plus en plus le fruit de la spéculation stricte ou de la domination du marché (phénomènes souvent liés) et non du jeu de l'offre et de la demande.

Deux mesures sont alors nécessaires. En premier lieu, il faut s'assurer que le prix, qui restera toujours un point de repère important pour le consommateur dans les « relations de marché » (compte tenu de sa fonction en tant qu'indice du bien-être résiduel), soit le plus représentatif possible du jeu de l'offre et de la demande, et moins déterminé par la spéculation ou l'exercice du pouvoir de la part de ceux détenant plus d'informations que les autres. Il faut donc concevoir des instruments institutionnels innovants qui limitent la dispersion des prix causée par la concentration de l'information dans l'économie. Comme il est indiqué ci-après, cette situation peut se réaliser par la suppression de la dispersion des échanges et son institutionnalisation dans des marchés regroupant toutes les transactions.

En second lieu, il faut également définir et favoriser des indicateurs nouveaux de comparaison des produits et capables de traiter la question de la rareté. Cette catégorie d'indicateurs doit répondre à deux problèmes fondamentaux : (i) être un indicateur en mesure d'apporter des informations sur le bien-être résiduel du consommateur, qui est un des principaux facteurs justifiant l'importance du critère du prix de nos jours (c'est-à-dire que le consommateur doit pouvoir connaître le bien-être issu de la consommation de ce produit) ; (ii) l'indicateur doit être capable de transmettre aux consommateurs une information transparente et précise sur la rareté relative du produit et des matières premières nécessaires à sa production. Dans ces conditions, cette catégorie d'indicateurs peut être un élément utile pour favoriser les échanges économiques à moyen et long terme. Ces échanges économiques à long terme ne seront jamais durables s'ils ne sont pas fondés sur une nouvelle définition de l'intérêt des consommateurs qui puisse orienter la régulation du fonctionnement des « marchés » et qui soit en mesure d'inclure d'autres intérêts légitimes tels que la protection de l'environnement et une politique de redistributions des richesses.

B. Instruments : institutionnalisation et nouveaux indicateurs

En admettant que la dispersion des prix est une réalité ordinaire existante dans tous les marchés ou presque, alors le fonctionnement « libre » et non institutionnalisé de la plupart des marchés peut donner lieu à des dispersions importantes.

A cet égard, la réalité de la dispersion des prix signifie que le prix n'est pas le produit du jeu de l'offre et de la demande, mais de l'absence, de l'asymétrie ou de la concentration d'informations, de sorte qu'en pratique plusieurs commerçants ou acteurs économiques peuvent vendre leurs produits dans différentes régions et à des périodes diverses selon des prix très distincts, à tel point qu'en réalité ces derniers correspondent à une mauvaise information des consommateurs et non à une situation de rareté ou d'abondance de ces produits (avec toutes les réserves mentionnées ci-dessus sur l'épuration de la rareté par des mécanismes de « marché »).

Dans ce contexte, le fonctionnement d'un marché « libre et non institutionnalisé » ne fait qu'engendrer la concentration du pouvoir et l'incertitude. Le cas échéant, la majorité des

marchés existant aujourd'hui doivent être réglementés ou institutionnalisés. Il s'agit sans doute du premier postulat important de ce chapitre sur les transformations des marchés. Il faut que la loi intervienne dans la plupart des marchés, sinon leur fonctionnement causera des distorsions économiques croissantes.

La première forme en vertu de laquelle la loi peut « intervenir » sur ces marchés est en mettant en œuvre leur institutionnalisation, c'est à dire en construisant (juridiquement) des marchés concentrant le plus grand nombre possible de transactions. L'exemple classique à cet égard est celui des marchés des contrats à terme et des matières premières. En ce qui concerne les matières premières, le fonctionnement actuel des marchés financiers correspond juste à un marché parallèle, en général futur, réunissant de grands acteurs, d'une part, et des personnes intéressées à couvrir leur position (« *financial hedge* »), d'autre part.

Cette forme d'institutionnalisation n'est pas nécessaire. Les marchés où la dispersion des prix est la règle (comme il a été déjà indiqué, cette situation est sans doute la plus ordinaire) devraient nécessairement être un lieu majeur de transactions réalisées par le biais d'un marché financier spécial de matières premières, créé à cette fin et concentrant la majorité des transactions. La présence de tous les vendeurs et acheteurs sur un même marché, réglementé et institutionnalisé, peut participer à la résolution du problème de la dispersion et limiter les effets de l'exercice de la puissance économique sur les marchés¹¹. Sans doute, pour que cela se produise, il faut que seuls les participants du marché physique (comme les acheteurs ou les vendeurs) et non les spéculateurs interviennent sur le marché futur concerné.

Le fait est qu'en raison de la complexité de leur formation et fonctionnement, ces marchés institutionnalisés ne peuvent pas être mis en place dans tous les secteurs. Le fait est aussi que même si cette alternative n'est pas toujours possible en pratique pour la vente directe aux consommateurs, elle est parfaitement réalisable dans de nombreux marchés pour les relations entre producteurs et intermédiaires (grossistes et détaillants). Cette mise en place, réalisée par la loi et rendue obligatoire (c'est-à-dire par la création dudit marché financier et par l'obligation légale prévoyant que les acheteurs et vendeurs importants réalisent une part importante de leurs transactions sur ces marchés) d'une activité reconnue et réglementée par la loi, correspond à une modification du fonctionnement du marché. Dans le fond, il s'agit de l'intervention de la loi dans le fonctionnement des marchés, qui aujourd'hui œuvrent principalement selon des rapports de pouvoir.

Mais cette intervention de la loi ne doit pas seulement agir pour institutionnaliser leur fonctionnement, mais également pour les transformer. Au-delà de la simple institutionnalisation, le problème est que les paramètres des marchés ne sont pas modifiés.

Comme il a été déjà indiqué, un paramètre dont la modification est insatisfaisante est celui du prix en tant qu'élément principal de la transmission des informations. Il faut définir d'autres indicateurs capables de transmettre des informations plus utiles aux consommateurs que la

¹¹ Il est important de noter que l'expérience brésilienne dans le secteur de l'électricité des années 90 montre précisément les problèmes soulevés par la création d'un marché qui ne prend pas en compte les limites de cet instrument pour la discipline des relations économiques. A cet égard, il est possible d'observer de nombreux problèmes, mentionnés dans le présent article, concernant les marchés. En premier lieu, le marché a été créé artificiellement dans un secteur d'infrastructures essentielles, où le fonctionnement du marché est impossible, précisément parce que l'infrastructure comparable à un bien commun ne peut pas être disciplinée par des critères de marché. En second lieu, le modèle de production d'électricité a été importé d'une autre réalité et a été donc implanté au Brésil non sans difficultés, précisément en raison de son incapacité à résoudre le problème des ressources rares - v. sur ce dernier point, SALOMÃO FILHO, C. (2008), *Regulação da atividade econômica – princípios e fundamentos jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 2e édition, São Paulo, Malheiros, p. 30, note 21.

seule mesure de l'utilité marginale. Cette perspective unidimensionnelle doit être dépassée dans une situation de ressources rares en absolue. L'inutilité du prix comme mesure de la rareté a été mise en évidence (voir *supra* (A)).

Il existe par ailleurs plusieurs mesures possibles, qui peuvent fournir des informations utiles pour le consommateur. Une d'entre elles peut être dénommée « efficacité sociale du produit ». La forme de production (au regard du droit du travail) ou le respect des normes environnementales correspondent à une situation d'efficacité sociale. Décomposé en plusieurs indices élaborés par des institutions compétentes et nécessairement divulgués auprès du grand public, il peut influencer de façon déterminante les choix des consommateurs.

Il n'est pas question de discuter la forme et le contenu de ces indices, mais seulement de proposer des orientations générales. Il est possible d'affirmer qu'ils peuvent fournir un *screening* positif du produit, en identifiant ceux ayant la meilleure « efficacité sociale ». Ce *screening* ou valorisation des qualités s'est révélé très utile lorsqu'il est utilisé sur les marchés¹². Concernant les matières premières, il peut contribuer à créer dans l'esprit du consommateur une culture du respect des valeurs sociales et environnementales. Certes, cela suppose du temps et il est impossible de substituer simplement le critère du prix par un autre (notamment du fait de la fonction du prix en tant que mesure du bien-être résiduel - voir *supra*). Mais, des précédents sur d'autres marchés montrent, une nouvelle fois, qu'il s'agit d'une expérience assez efficace de divulgation de l'information et d'élimination des distorsions. Parmi ces distorsions, il est possible de mettre en évidence la puissance économique et son exercice sur les marchés. L'indice de l'efficacité sociale contribue sans doute à limiter ces effets.

En retenant l'efficacité sociale, il est possible de limiter l'effet des économies d'échelle, qui influence le prix et favorise les grands producteurs, en confirmant leur pouvoir sur les marchés. En outre, il est également envisageable d'adapter le fonctionnement du marché aux besoins des temps actuels.

Une meilleure allocation des ressources et le respect de l'environnement influencent directement la principale question à résoudre concernant le fonctionnement du système économique : la rareté. Comme il a été déjà exposé (voir *supra* (A)) au sujet de son traitement, le critère du prix est pratiquement inutile. En revanche, la mesure de l'efficacité sociale, qui comprend notamment le taux d'utilisation des ressources naturelles dans la production du bien, permet de créer un phénomène de sensibilisation. Il peut comprendre notamment un indice de rareté des biens utilisés comme composants dans la production du bien et ainsi servir à limiter leur consommation.

Sans doute, pour que tout cela soit possible, il faut résoudre deux problèmes majeurs. En premier lieu, la question qui se pose est de préciser de façon suffisamment transparente cet indice ou ces indices afin qu'ils puissent être compris par le consommateur et utilisés comme

¹² L'idée principale du « Nouveau Marché » créée dans la Bourse des Valeurs brésilienne a été précisément d'instituer des critères différents d'exigences juridiques et pratiques de « gouvernement d'entreprise » permettant aux investisseurs de choisir les combinaisons de solidité financière et de garanties juridiques les intéressant le plus, c'est à dire qu'il a été créé un autre « marché » ou « une autre possibilité de choix » consistant à sélectionner des entreprises ayant de bonnes pratiques éthiques. L'impact de la création de ce nouveau marché a été une singularisation et une valorisation importantes des sociétés favorables à la création et à l'institutionnalisation d'autres formes de choix – v. sur ce sujet SALOMÃO FILHO, C., *Análise estruturalista do direito societário* in *Novo direito societário*, 4e édition, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 68 et ss. Bien qu'elle concerne un contexte particulier que sont les marchés financiers et que ses conclusions soient valables principalement pour ces derniers, l'idée principale de la création d'un marché fondé sur un choix autre que le prix est très important et permet de conclure que des choix alternatifs peuvent s'appliquer sur d'autres marchés et d'autres produits liés à des choix socialement plus importants.

critère de sélection. Il est remarquable de noter qu'il existe des précédents réussis de screening, ou d'appréciation des qualités, qui montrent que le problème de la précision et de l'accès à l'information peut être résolu par l'innovation institutionnelle et qu'il est possible de créer ou de modifier des marchés en utilisant des qualités positives et non uniquement le prix (v. *supra*¹⁰).

Concernant les biens de consommation de masse, ces indices devraient être déterminés et divulgués par des entités dédiées et sélectionnées par l'État, qui certifieraient différentes valeurs en spécifiant un indice intégrant et exprimant dans la valeur du produit les objectifs poursuivis. Il serait par hypothèse intéressant d'élaborer un indice social et un autre environnemental, exprimant la valeur du produit et comparant les différents produits respectifs : (i) concernant l'indice social, le respect des valeurs sociales du travail en matière de production et de commercialisation, et (ii) concernant l'indice environnemental, le respect des valeurs environnementales.

En second lieu, un autre problème, tout aussi grave que le premier, porte sur la volonté d'utiliser des indicateurs. Comme il a été déjà indiqué, le critère du prix est connu et bénéficie d'une *vis atractiva* historique influencée par l'importance de sa fonction de mesure de l'utilité résiduelle. En outre, comme les expériences récentes ont permis de le montrer, les activités sur le marché donnent lieu à des comportements avides au détriment de la conscience morale des personnes¹³. Ainsi, par exemple, les attitudes individuelles respectueuses de l'environnement ou condamnant le travail esclavagiste sont peu considérées sur le marché, lorsqu'elles dénoncent un gain financier. Autrement dit, les indices alternatifs caractérisés par des éléments moraux autres que la seule utilité résiduelle et efficace (c'est-à-dire le prix) sont peu utilisés. En fait, le libre jeu du marché favorise la divulgation d'informations sur les comportements (individualistes et avides de profits) majoritaire dans la société. C'est la raison pour laquelle dans l'expérience susmentionnée, les normes morales minimales sont définies à suite d'une analyse comparant le comportement individuel avide de profits au comportement sur le marché, ce qui amène à conclure que si cette comparaison était effectuée avec des modèles non individualistes alors les résultats seraient plus conséquents. Autrement dit, le libre jeu du marché limite la conscience morale. En outre, cet effet de diffusion amène à constater empiriquement que plus il y a de confrontations de l'offre et de la demande établie par le libre jeu du marché, plus les exigences morales sont limitées¹⁴. Par conséquent, les indices risquent d'être difficilement acceptés volontairement.

Deux outils peuvent limiter ce risque. En premier lieu, les indices et leur variation doivent être publiés et divulgués de façon importante. En outre, le résultat des échanges économiques (marché) doit être connu à la suite de la mise en place des indices. Le premier effet de cette divulgation est une prise de conscience, c'est-à-dire la connaissance acquise par les utilisateurs d'un *trade off* effectif existant (ou non) entre l'élément économique (prix) et l'élément social (indices alternatifs). L'existence de produits alternatifs respectueux de normes sociales et environnementales satisfaisantes, mais qui ne sont pas pour autant consommés, peut être un instrument effectif pour informer, faire prendre conscience et influencer les personnes ou utilisateurs au sujet de l'utilisation de ces produits. Autrement dit, considérant que le marché favorise des modèles et comportements économiques individualistes, il convient de définir des éléments institutionnels, tout autant connus, compensant cette tendance. Une des

¹³ FALK, V. A. et SZECH, N. (2013), « Morals and Markets », *Science*, Vol. 340, pp. 707 et ss.

¹⁴ FALK, V. A. et SZECH, N. (2013), « Morals and Markets », *cit*, p. 709

conséquences attendues est qu'à moyen terme l'ensemble ou du moins la plupart de ce qui peut être remplacé par des indices sociaux le sera, de sorte que le critère unique du prix ne sera réservé qu'à une catégorie de consommateurs ou d'utilisateurs n'ayant tout simplement pas la capacité économique de substituer le prix par des critères de qualité sociale (en supposant que les indicateurs viennent à définir des solutions contradictoires, ce qui reste encore à démontrer).

En second lieu, la comparaison entre les indices de prix et sociaux peut également avoir un impact sur l'offre. Lorsqu'une entreprise ou gamme de produits est caractérisé par une relation en vertu de laquelle le prix et les indicateurs sociaux s'opposent systématiquement, alors il convient d'envisager des mesures compensatoires, comme l'imposition d'une taxe sur le produit afin de financer un fonds pour l'amélioration des aspects sociaux et environnementaux prévus par les indices. Autrement dit, la mesure d'une différence entre les indices peut servir à définir un acte de suppression de cette différence¹⁵. Cet impact sur l'offre peut être particulièrement important en ce qui concerne les produits de première nécessité, dont les impacts sur la demande sont moins significatifs (dans la mesure où une partie considérable de la population, en particulier dans des pays à forte inégalité sociale, n'est pas en mesure de payer des prix plus élevés pour des produits respectant des valeurs sociales ou environnementales, même si elle se sent concernée par ces questions).

CONCLUSION

La conclusion du présent article portant sur le marché n'est pas particulièrement positive à l'égard du passé. Cependant, elle l'est éventuellement pour l'avenir.

Le fait est que le marché et ses présupposés ne sont pas l'objet d'un examen critique juridique. Bien que la plupart de ses présupposés soient aujourd'hui considérés comme irréels et acceptés comme tels¹⁶, aucune modification institutionnelle significative de son fonctionnement n'a été réalisée.

Il n'appartient pas à la théorie économique, mais à le droit de le faire. La loi où la réglementation doit intervenir, soit en interdisant le fonctionnement de certains marchés, soit en transformant leur fonctionnement, afin de veiller à ce que des réalités nouvelles, comme les ressources rares ou les politiques sociales de redistribution, soient prises en compte dans la réalisation des échanges économiques.

¹⁵ A cet égard, la comparaison avec le « Nouveau Marché » est utile. La création de l'indice de gouvernement d'entreprise et de son autonomie à l'égard de l'IBOVESPA a favorisé l'introduction d'entreprises sur ce nouveau segment. Dans ce contexte, l'évolution de la demande a eu un impact sur la modification de l'offre. Concernant les marchés des produits de consommation de masse, l'influence de la demande peut être moins immédiate du fait des produits de première nécessité et du manque d'utilisateurs (influencés au niveau du prix par la nécessité de préserver son utilité résiduelle), exigeant alors une intervention contraignante de l'État, pouvant être de nature fiscale.

¹⁶ Les conclusions les plus critiques sont systématisées dans la théorie de l'économie de l'information, dont les principaux représentants sont des auteurs autorisés, récompensés par un prix Nobel en 2001. L'œuvre fondatrice de cette doctrine économique est G. AKERLOFF, *The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism* in *Quarterly Journal of Economics*, 89, 1970, p. 448. Les travaux ultérieurs de STIGLITZ et SPENCE sont tout autant significatifs, démontrant en pratique le caractère absolument irréel des présupposés concernant l'information complète de la théorie économique néoclassique sur le fonctionnement des marchés.

Il s'agit là, selon nous, d'une fonction importante que le droit et la doctrine juridique doit exercer dans l'organisation des marchés. Tout comme au Moyen Âge lorsque la réalisation et le développement des échanges économiques supposaient des innovations juridiques, aujourd'hui le progrès humain, social et économique dépend de la réglementation limitant et/ou transformant les marchés.

VICTOR CHARPIAT

Le Bitcoin devient monnaie courante : les monnaies digitales entre transparence, régulation et innovation



Victor CHARPIAT

Étudiant de l'École de Droit de Sciences Po

Master Droit économique

RÉSUMÉ

Né en 2009, le Bitcoin est le premier système de paiement décentralisé. La certification des transactions étant dévolue aux utilisateurs eux-mêmes, plutôt qu'à une autorité centrale, l'architecture du Bitcoin favorise l'anonymat. En conséquence, le réseau a été utilisé pour faciliter des transactions illégales, ce qui a attiré l'attention du législateur. De nombreux projets de régulation des monnaies digitales ont donc été lancés et il ne fait aucun doute que, pour remédier au manque de transparence du réseau, ses acteurs devront se plier à des obligations comparables à celles des banques. Cependant, alors même que la régulation avance, le statut juridique du Bitcoin est loin d'être établi. Faut-il considérer les monnaies digitales comme des monnaies à part entière, même si elles ne sont émises par aucune autorité souveraine ? Faut-il les imposer comme des biens, prélever un impôt sur les plus-values et les intégrer à l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune, mais risquer de limiter leur usage comme système de paiement ? Objet mouvant, évoluant sans cesse, le Bitcoin semble échapper aux catégories juridiques. C'est pourquoi l'objet de cet article est de proposer aux juristes un premier aperçu du fonctionnement, des usages et du potentiel des monnaies digitales, ainsi qu'une synthèse des projets de régulation en cours.

INTRODUCTION

Que de chemin parcouru depuis ce jour de mai 2010 où « Laszlo », membre du forum Bitcointalk résidant en Floride, rentra dans l'histoire du Bitcoin en utilisant pour la première fois cette monnaie digitale pour acquérir un bien physique : deux pizzas contre 10 000 bitcoins¹ ! Moins de quatre ans plus tard, 10 000 bitcoins s'échangent désormais contre près de 6,5 millions de dollars sur les bourses d'échange². Les bitcoins peuvent désormais être utilisés

¹ Bitcoin Talk, « Pizza for Bitcoins? », 18 mai 2010 [<https://bitcointalk.org/index.php?topic=137.0>]

² Toutes les indications de valeurs sont fondées sur le taux de change BTC/USD du 15 février 2014 déterminé par le CoinDesk Bitcoin Price Index : 1 BTC = 645,43 USD [<http://www.coindesk.com/price/>]

pour payer une foule de produits³, allant de la chaussette en alpaga⁴ au voyage dans l'espace⁵, jusqu'aux services du cabinet d'avocats Sheridans⁶.

Qu'est-ce que le Bitcoin ?

Le Bitcoin est un réseau de pair à pair (*peer to peer*) qui permet à ses utilisateurs de réaliser des paiements sans s'appuyer sur un tiers de confiance. Ce réseau est basé sur un logiciel gratuit et *open source*, Bitcoin Core, développé et régulièrement mis à jour par l'équipe des *core developers*⁷. Les bitcoins sont les unités de compte utilisées par ce système de paiement.

Pour mieux comprendre son fonctionnement, il faut revenir à la réflexion qui a guidé son concepteur, Satoshi Nakamoto⁸. Nakamoto avait constaté que le principal obstacle à l'établissement d'un système de paiement électronique était le problème de la « double dépense » : si chaque unité monétaire est contenue dans un fichier informatique, il est possible de la dupliquer et d'envoyer la même unité à deux personnes différentes. La réponse traditionnelle au problème de la double dépense est le recours à un tiers de confiance (le plus souvent, une banque). L'unité monétaire envoyée par l'émetteur transite par le tiers de confiance, qui garantit au récepteur que celle-ci n'a pas été dépensée deux fois.

Satoshi Nakamoto, dans son *White Paper*⁹, l'article posant les bases théoriques du Bitcoin, propose de régler le problème de la double dépense en inscrivant toutes les transactions dans une base de données publique et librement consultable : le registre des transactions (*blockchain*). Pour être effectif, l'envoi d'un bitcoin d'une adresse vers une autre doit être enregistré sur la *blockchain*. L'enregistrement d'une transaction demande la résolution d'opérations cryptographiques complexes. Les opérations de certification des transactions sont effectuées par des ordinateurs qui travaillent en réseau pour mettre en commun leur puissance de calcul. Par analogie avec l'extraction des métaux précieux, la certification des transactions est surnommée « minage ». En effet, en contrepartie de leur travail, les mineurs reçoivent à intervalle fixe une récompense : actuellement, elle se monte à 25 bitcoins par bloc de transactions résolu (environ toutes les dix minutes). Ces bitcoins sont créés par le logiciel, la quantité de bitcoins en circulation augmente donc lentement. Le Bitcoin a été programmé pour que la difficulté du minage augmente avec le temps et que l'émission de nouveaux bitcoins diminue, de manière à ce que le nombre total d'unités en circulation ne puisse jamais dépasser 21 millions. En tant que monnaie – même si cette qualification est contestée¹⁰ – le

³ Le site Bitcoin.fr tente de garder à jour une liste exhaustive des biens et services échangeables contre des bitcoins.

Bitcoin.fr, « Que faire avec mes Bitcoins ? », 16 mars 2014 [<http://www.bitcoin.fr/post/2010/12/30/Que-faire-avec-mes-bitcoins#main>]

⁴ Grass HILL ALPACAS, « Alpaca Products for Bitcoin » [<http://www.grasshillalpacas.com/alpacaproductsforbitcoinoffer.html>]

⁵ Amanda HOLPUCH, « Virgin Galactic to accept Bitcoin for space flights », The Guardian, 22 nov.

2013 [<http://www.theguardian.com/technology/2013/nov/22/virgin-galactic-bitcoin-space-flights-payment>]

⁶ Joon Ian WONG, « Minecraft's Law Firm to Start Accepting Bitcoins Payments », CoinDesk, 8 fév.

2014 [<http://www.coindesk.com/minecrafts-law-firm-start-accepting-bitcoin-payments/>]

⁷ « Bitcoin Development », Bitcoin.org [<https://bitcoin.org/en/development>]

⁸ Satoshi Nakamoto est vraisemblablement un pseudonyme. Son identité réelle n'a jamais été dévoilée. La journaliste Leah McGrath Goodman du magazine Newsweek a déclaré l'avoir identifié, mais la grande majorité des observateurs ont conclu qu'elle s'était trompée en présentant le retraité japo-américain Dorian Prentice Satoshi Nakamoto comme l'inventeur du Bitcoin.

Leah MCGRATH GOODMAN, « The Face Behind Bitcoin », Newsweek, 6 mars 2014

[<http://mag.newsweek.com/2014/03/14/bitcoin-satoshi-nakamoto.html>]

⁹ Satoshi NAKAMOTO, « Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System », 1^{er} nov. 2008 [<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>]

¹⁰ D'un point de vue économique, les bitcoins peuvent être considérés comme une monnaie : ils constituent, bien qu'imparfaitement, une unité de compte, une réserve de valeur et un intermédiaire d'échange. D'un point de vue juridique

Bitcoin est donc structurellement déflationniste, d'où les nombreuses analogies avec l'or. Lorsque tous les bitcoins auront été « minés », aux alentours de l'an 2140 selon les dernières prévisions, les mineurs seront uniquement rémunérés par les utilisateurs qui leur accorderont des frais de transaction en contrepartie de leur travail de certification. On le voit, le Bitcoin repose sur des procédés cryptographiques très complexes. Il n'est pourtant pas indispensable de comprendre dans le détail son fonctionnement¹¹ pour s'en servir et profiter de ses avantages.

Histoire du Bitcoin

Le Bitcoin, ce « *système de transactions électroniques qui ne reposerait pas sur la confiance* »¹², est donc né en janvier 2009, deux mois après la publication de l'article de Satoshi Nakamoto. Ce projet a rapidement attiré l'attention d'une communauté d'informaticiens, de programmeurs et de spécialistes de la cryptographie. Sa notoriété a ensuite cru lentement, parallèlement au prix des unités de bitcoin. La parité avec le dollar américain a été atteinte le 9 février 2011. Si la presse spécialisée a rapidement couvert le développement du Bitcoin, les médias généralistes n'ont commencé à s'y intéresser que par le biais de leur découverte du « *Dark Web* ». Cette appellation regroupe les sites, accessibles uniquement par le biais de navigateurs anonymes comme Tor, qui proposent des biens ou services illégaux. Silk Road, l'« eBay de la drogue », a longtemps été le plus fameux des représentants du *Dark Web*, jusqu'à sa fermeture par le FBI en 2 octobre 2013. Ce site mettait en relation des vendeurs et des acheteurs de produits illégaux : drogues, armes, médicaments, etc. Pour protéger leur anonymat et leur sécurité, ses utilisateurs ne pouvaient ni utiliser les moyens de paiement traditionnels, ni se rencontrer dans le monde physique. C'est ainsi que le Bitcoin est devenu la « monnaie officielle » de Silk Road. Le caractère décentralisé du Bitcoin empêche en effet de contrôler l'identité de ceux qui créent une nouvelle adresse, ce qui offre à ses utilisateurs un quasi-anonymat.

Le Bitcoin a donc longtemps évolué en eaux troubles. Toutefois, les avantages du Bitcoin ne se résument pas à faciliter les transactions illégales. La première hausse spéculative de l'année 2013, qui a vu le cours du Bitcoin passer de \$47,40 le 17 mars 2013 à \$230 le 9 avril, avant de retomber à \$68,36 le 16 avril, a mis en lumière d'autres types d'usages. Les analystes ont effet considéré que la frénésie d'achat avait été largement causée par l'annonce de la taxe exceptionnelle sur les dépôts bancaires chypriotes¹³ : de nombreux européens, soucieux de mettre leur épargne hors de portée d'une telle ponction, avaient décidé de convertir une partie de leurs avoirs en bitcoins. La hausse a suscité l'intérêt des médias généralistes et le Bitcoin s'est définitivement fait une place dans l'actualité. La première conséquence de cette nouvelle attention médiatique a été l'extension de la communauté des utilisateurs, au début très restreinte. De nombreux particuliers ont acquis des bitcoins et le nombre de commerces physiques et de sites de e-commerce qui les acceptent n'a pas cessé de croître. De multiples

cependant, les bitcoins ne répondent pas aux définitions légales de la monnaie. Le débat sur leur statut reste donc ouvert (cf. infra).

¹¹Le fonctionnement technique du Bitcoin est expliqué avec précision sur sa page Wikipédia

[<http://fr.wikipedia.org/wiki/Bitcoin>]. Le site Bitcoin.fr propose, quant à lui, une infographie détaillant de manière ludique le déroulement d'une transaction.

Bitcoin.fr, « *Déroulement d'une transaction* », 22 mai 2013 [<http://www.bitcoin.fr/pages/Fonctionnement#main>]

¹²Satoshi NAKAMOTO, « *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System* », 1^{er} nov. 2008, p. 8 [<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>]

¹³Jeff COX, « *Bitcoin Bonanza: Cyprus Crisis Boosts Digital Dollars* », CNBC, 27 mars 2013 [<http://www.cnbc.com/id/100597242>]

projets ont été lancés autour du Bitcoin : start-ups, monnaies digitales concurrentes¹⁴, conférences internationales¹⁵, création d'« ambassades » physiques¹⁶ ou d'associations visant à donner aux autorités de régulation un interlocuteur crédible¹⁷, etc. Seconde conséquence : le Bitcoin a attiré l'attention des politiciens et des autorités de régulation. Cependant, son manque de transparence présumé focalise les critiques : le Bitcoin est en premier lieu considéré comme un moyen de faciliter les opérations de blanchiment, le financement du terrorisme et les transactions de produits illégaux.

Monnaie paradoxale, à la fois parfaitement transparente et quasi anonyme, le Bitcoin a tout ce qu'il faut pour susciter l'inquiétude du législateur (I). La première vague de régulation se concentrera sur l'encadrement des plateformes de conversion, mais il est peu probable qu'elle comble les vides juridiques limitant les possibilités d'usage du Bitcoin comme moyen de paiement (II). La régulation des monnaies digitales, si elle est bien conçue, permettra le développement de l'économie du Bitcoin, mais incitera également la fraction la plus militante de la communauté à développer de nouvelles techniques de contournement (III).

I. LE PARADOXE D'UNE MONNAIE À LA FOIS TRANSPARENTE ET ANONYME

Les critiques émises à l'encontre du Bitcoin sont nombreuses. Les plus excessives le qualifient de système de Ponzi¹⁸ - à tort car le seul fait de posséder des bitcoins ne peut en aucun cas rapporter un rendement. Les autres se contentent de dénoncer son manque de transparence¹⁹ et les risques qu'il fait courir à ses utilisateurs. Pour autant, il est incorrect de considérer le Bitcoin comme un protocole essentiellement opaque : les transactions et le solde des adresses sont des informations publiques. D'où le paradoxe du Bitcoin : à la fois parfaitement transparent et (presque) parfaitement anonyme (A). Un anonymat qui fait de cette monnaie l'outil idéal pour effectuer des transactions illégales ou blanchir de l'argent (B).

A. Le principe : transparence des portefeuilles, anonymat de leurs détenteurs

L'architecture du Bitcoin fait que toutes les transactions sont enregistrées et librement consultables. Chaque transaction est inscrite dans la *blockchain*, ce « grand livre » qui contient

¹⁴ Près d'une centaine de monnaies digitales alternatives (*alt-coins*), basées sur le code du Bitcoin et modifiant généralement quelques paramètres (nombre maximal d'unités, difficulté du minage, préminage, etc.), ont été créées. Leur capitalisation totale s'élève à plusieurs centaines de millions de dollars. Leur liste peut être trouvée sur le site Crypto-Currency Market Capitalizations [<http://coinmarketcap.com/>].

¹⁵ Cinq conférences internationales consacrées au Bitcoin ont été organisées entre janvier et mars 2014.

CoinDesk, « *CoinDesk State of Bitcoin 2014* », 26 fév. 2014, p. 33 [<http://www.coindesk.com/bitcoin-2014-report/>].

¹⁶ Le Bitcoin Center NYC a ouvert le 1^{er} janvier 2014 à deux pas de Wall Street. À Paris, la Maison du Bitcoin devrait ouvrir ses portes au mois d'avril 2014.

¹⁷ En France, l'association Bitcoin France a été créée en février 2014. Elle a pour objectif de « *promouvoir la technologie Bitcoin et son écosystème* » [<http://bitcoin-france.org/>].

¹⁸ Un système de Ponzi est un montage financier qui consiste à rémunérer les investissements des clients les plus anciens en utilisant les fonds apportés par les nouveaux clients, au lieu de placer l'ensemble des fonds sur les marchés financiers. Le système de Ponzi s'écroule lorsque les sommes apportées par les nouveaux clients ne suffisent plus à rémunérer les anciens clients. L'économiste Nouriel Roubini a notamment utilisé cette comparaison.

Eric HOLM, « *Nouriel Roubini: Bitcoin is a 'Ponzi Game'* », The Wall Street Journal – Money Beat, 10 mars 2014 [<http://blogs.wsj.com/moneybeat/2014/03/10/nouriel-roubini-bitcoin-is-a-ponzi-game/>].

¹⁹ En conséquence, l'objectif des projets de régulation des monnaies digitales est généralement d'assurer la transparence du marché. Benjamin Lawsky, le *superintendent* du New York Department of Financial Services, chargé de mettre en place la régulation des monnaies digitales au sein de l'état de New-York, a par exemple déclaré : « *Si les gens utilisent le Bitcoin pour des transactions financières légitimes, les règles de transparence ne feront pas de mal à l'industrie.* »

Greg FARRELL et Eric LARSON, « *Lawsky Says 'So Be It' if Transparency Harms Bitcoin* », Bloomberg, 1^{er} oct. 2013 [<http://www.bloomberg.com/news/2013-10-01/lawsky-says-so-be-it-if-transparency-dooms-bitcoin.html>].

toutes les opérations effectuées sur le réseau depuis sa création. En pratique, les spécialistes du traitement des données peuvent utiliser la *blockchain* pour remonter à la source de chaque bitcoin. Il est ainsi possible de reconstituer le chemin parcouru par chaque unité entre le jour où elle a été minée et celui où elle a été transférée vers l'adresse de son détenteur final. La transparence de la *blockchain* permet par exemple d'établir le classement des portefeuilles les mieux garnis²⁰.

La transparence de la *blockchain* permet aussi à la victime d'un vol de bitcoins (en pratique, il suffit de récupérer la clé privée – qui est l'équivalent d'un mot de passe – correspondant à une adresse pour en prendre le contrôle et la vider de son contenu) de voir vers quelles adresses ses fonds ont été transférés. Cependant la victime d'un vol ne dispose d'aucune solution pour récupérer ses avoirs, les transactions étant par principe irréversibles. De plus, Bitcoin est un réseau décentralisé. À supposer qu'un acteur de la communauté parvienne à créer une liste exhaustive des adresses, il lui serait de toute façon impossible de relier chacune d'entre elles à une identité. La nature décentralisée du réseau permet en effet à tout acteur de créer sa propre adresse. Naturellement, l'immense majorité des utilisateurs préfère passer par un intermédiaire, qu'il s'agisse d'un fournisseur de portefeuilles en ligne (relié ou non à une bourse d'échange) ou d'un logiciel permettant le stockage des bitcoins hors ligne, sur un disque dur ou une clé USB. Néanmoins, à l'heure actuelle, seules les bourses d'échange, soumises à des obligations en matière de *Know Your Customer Policy* (KYC)²¹ comparables à celles des banques, obligent leurs clients à révéler leur identité. Par exemple, il est impossible d'acquérir des bitcoins sur *Bitstamp*, l'une des principales bourses d'échange, sans fournir une photocopie de sa carte d'identité et un relevé d'identité bancaire²². Pour les utilisateurs qui détiennent déjà des bitcoins ou ceux qui sont parvenus à s'en procurer sans passer par les bourses d'échange, il est en pratique très facile de créer une adresse sans dévoiler son identité : une simple adresse électronique est suffisante pour créer un portefeuille sur *Blockchain.info*²³. Des logiciels comme *Bitcoin-Qt* ou *Ethereum* permettent aussi de créer des adresses sans même recourir à un tiers parti.

Il en résulte que pour un acteur extérieur – l'administration fiscale, par exemple – il est théoriquement impossible de découvrir l'identité du propriétaire d'un portefeuille. Naturellement, d'autres méthodes, plus classiques existent. À titre d'exemple, la cellule « Cyberdouane » de la direction nationale du renseignement et des enquêtes douanières (DNRED) a récemment permis l'arrestation d'un trafiquant de stupéfiant. Comme l'explique Jean-Paul Garcia, directeur de la DNRED, à l'occasion de l'audition sur les enjeux liés au développement des monnaies virtuelles, organisée par la commission des finances du Sénat le 15 janvier 2014²⁴, « la DNRED a acheté des bitcoins et a procédé ensuite à l'achat d'une petite quantité de stupéfiants ; ce moyen de paiement nous a ensuite permis de tracer la marchandise afin d'intervenir dans les locaux de ce trafiquant ». Jean-Paul Garcia ajoute : « Quand nous

²⁰ Jon MATONIS, « The Bitcoin Richest: Accumulating Large Balances », *Forbes*, 22 juin 2012 [<http://www.forbes.com/sites/jonmatonis/2012/06/22/the-bitcoin-richest-accumulating-large-balances/>]

²¹ L'objectif des politiques de KYC est d'empêcher aux banques et aux autres acteurs du secteur financier d'être les intermédiaires involontaires d'opérations de blanchiment ou de financement du terrorisme. En pratique, les acteurs du secteur financier recueillent des informations sur leurs clients, vérifient que ceux-ci ne figurent sur des listes de « personnes à risque » (comme les « personnes politiquement exposées ») et s'assurent que les transactions qu'ils effectuent soient cohérentes avec leur profil.

²² Bitstamp, « Privacy Policy » [<https://www.bitstamp.net/privacy-policy/>]

²³ Blockchain.info, « Anonymity – What we know about My Wallet users and their Bitcoin transactions » [<https://blockchain.info/fr/wallet/anonymity>]

²⁴ Commission des finances du Sénat, « Audition sur les enjeux liés au développement des monnaies virtuelles », 15 jan. 2014 [<http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20140113/fin.html#toc3>]

avons une cible, globalement nous saurons la traquer. L'essentiel est d'avoir des intermédiaires. » Les intermédiaires en question sont principalement les bourses d'échange, car une partie des trafiquants – les moins prudents – est susceptible de les utiliser pour convertir leurs gains en monnaie ayant cours légal.

Ainsi, le Bitcoin n'est pas un réseau anonyme mais pseudo-anonyme. Les adresses sont l'équivalent, sur le réseau, de l'identité dans le monde physique, à ceci près qu'une même personne peut en créer un nombre infini. Les transactions entre les différentes adresses se font au grand jour. Ceux qui souhaitent utiliser le Bitcoin pour réaliser des transactions parfaitement anonymes sont donc forcés d'éviter systématiquement tous les acteurs « légaux » du réseau. La transparence de la *blockchain* et les politiques de KYC des bourses d'échange rendent l'utilisation du Bitcoin dans les transactions illégales difficile, mais sûrement pas impossible.

B. Le Bitcoin facilite le blanchiment et les transactions illégales

Trois caractéristiques des crypto-monnaies expliquent leur adoption précoce par certains réseaux criminels : les transactions sont (i) presque instantanées, (ii) très bon marché et (iii) quasi-anonymes - à condition de faire preuve de prudence.

Le potentiel du Bitcoin en termes de protection de l'anonymat paraît tellement étendu que des crimes bien plus graves que l'achat de produits illégaux peuvent être commis par son intermédiaire. Prenons l'exemple de la première plateforme de financement participatif de l'assassinat politique, *Assassination Market*²⁵. Son principe est simple :

- Les internautes choisissent des « cibles à abattre » parmi les personnalités politiques considérées comme nuisibles aux libertés individuelles, et les soumettent au fondateur du site. Celui-ci filtre les propositions et précise que « *les politiciens, les bureaucrates, les régulateurs et les lobbyistes sont acceptés sans poser de question* »²⁶.
- Les internautes envoient ensuite la quantité de bitcoin de leur choix à l'adresse indiquée par le fondateur du site. L'addition de ces sommes forme la « prime ». Naturellement, l'existence de cette adresse et son solde sont librement vérifiables²⁷.
- Le chasseur de prime qui relève le défi doit envoyer un bitcoin à cette adresse. Il crypte un fichier texte contenant le nom et la date à laquelle il prévoit la mort de la cible et introduit le « condensat » (le résultat de l'application de la fonction cryptographique de hachage sur le fichier texte) dans la transaction qu'il génère.
- Le chasseur de prime assassine ensuite la cible, de préférence de manière à ce que la date de sa mort corresponde à sa prédiction. Il contacte ensuite le fondateur du site en réalisant une nouvelle transaction et réclame sa prime.

²⁵ Assassination Market [<https://assmkedzgorodn7o.onion.to>]

²⁶ Assassination Market, « *Detailed Protocol* » [<https://assmkedzgorodn7o.onion.to/info>]

²⁷ Par exemple, il est possible de retrouver sur le site Blockchain.info l'adresse correspondant à la prime sur la tête de Ben Bernanke.

Blockchain.info, « *Bitcoin Address 13DF5tKZfj8X8hGdhDUySSPgD8iGsFv2WG* »
[<http://blockchain.info/address/13DF5tKZfj8X8hGdhDUySSPgD8iGsFv2WG>]

- Le fondateur du site décrypte le condensat contenu dans la première transaction envoyée par le chasseur de prime. Si celui-ci, nécessairement antérieure à la mort de la cible, correspond à un texte contenant son nom et la date de sa mort, il s'ensuit que le propriétaire de l'adresse ayant envoyé ce bitcoin est responsable de l'assassinat. Fort logiquement, seule la personne qui se propose de l'assassiner peut connaître à l'avance la date précise de la mort d'une personnalité politique. Le fondateur du site transfère ensuite les bitcoins contenus dans la « cagnotte » vers l'adresse de l'assassin.

Il ne s'agit pas ici de discuter du degré d'immoralité de ce projet, ni de prévoir les peines de prison auxquelles s'exposent les internautes qui contribueraient à ces cagnottes. Les motivations du fondateur d'*Assassination Market*, connu sous le pseudonyme de Kawubatake Sanjuro, sont exposées dans le portrait que lui a consacré Andy Greenberg²⁸ en novembre 2013. En bref, Sanjuro considère que son projet offre aux citoyens un légitime pouvoir de sanction contre les personnalités politiques violant les droits individuels. À long terme, Sanjuro espère que le succès de son projet rendra le seul fait de détenir une fonction politique tellement dangereux que plus personne n'osera s'y risquer, provoquant le déclin des États et l'avènement d'une « *phase de paix, de respect de la vie privée et de laissez-faire* ».

Le projet de Sanjuro ne débouchera probablement jamais sur l'assassinat d'une personnalité politique, et c'est heureux. Ben Bernanke, l'ancien président du Conseil des gouverneurs de la Réserve fédérale américaine, devra pourtant surveiller l'évolution du cours du Bitcoin, sa tête étant désormais éternellement mise à prix pour un minimum de BTC 124,22²⁹. À nos yeux, l'enjeu est ailleurs : non seulement Sanjuro a décidé de risquer de passer la fin de sa vie en prison, en menaçant des personnalités aussi puissantes que Barack Obama, mais aussi des dizaines d'internautes ont choisi de se rendre potentiellement complices d'assassinat en envoyant des bitcoins vers les adresses créées par Sanjuro. Si l'on suppose que Sanjuro et ses contributeurs agissent en agents rationnels, ils s'exposent à une perte (passer une partie de leur vie en prison) infiniment supérieure au gain qu'ils pourraient tirer de ces assassinats (une simple satisfaction personnelle et l'espoir infime de l'avènement d'un système anarcho-capitaliste). Pour que leur comportement soit rationnel, il faut donc qu'un troisième facteur équilibre les deux premiers : la probabilité d'être démasqués. Il s'ensuit donc qu'ils considèrent que le niveau d'anonymat offert par le système qu'ils utilisent pour financer ces assassinats est tel que le risque qu'ils soient démasqués est infime. En bref, ils estiment que toute la puissance des services de renseignement des pays où résident leurs cibles – notons que deux anciens dirigeants de la *National Security Agency* américaine figurent parmi celles-ci – ne suffirait pas à mettre en péril leur anonymat.

Pour garantir à ses utilisateurs un tel niveau d'anonymat, *Assassination Market* leur recommande de n'envoyer que des bitcoins ayant transités par des « blanchisseries » (*laundries*), aussi surnommées « mixeurs » (*mixing service*). L'objectif d'une blanchisserie est de permettre à une adresse A d'envoyer des bitcoins vers une adresse B sans qu'il soit possible pour un observateur extérieur d'établir un lien entre ces deux adresses. En pratique, le propriétaire de l'adresse A envoie les bitcoins vers une adresse C : la blanchisserie. La blanchisserie centralise les bitcoins envoyés par ceux qui veulent « blanchir » leurs avoirs. Son

²⁸ Andy GREENBERG, « Meet the 'Assassination Market' Creator Who's Crowdfunding Murder With Bitcoins », *Forbes*, 18 nov. 2013

[<http://www.forbes.com/sites/andygreenberg/2013/11/18/meet-the-assassination-market-creator-whos-crowdfunding-murder-with-bitcoins/>]

²⁹ Le dernier versement sur cette cagnotte remonte au 20 décembre 2013. *Assassination Market* semble être désormais en sommeil.

gérant renvoie ensuite vers une adresse D (communiquée par le propriétaire de l'adresse A) une quantité de bitcoins égale à celle reçue, diminuée des frais de transaction. Il peut même diviser l'envoi en plusieurs transactions vers plusieurs portefeuilles, pour augmenter davantage la sécurité. Le détenteur des bitcoins blanchis peut alors envoyer une transaction de l'adresse D vers l'adresse B. Les bitcoins envoyés par l'adresse D ne sont pas les mêmes que ceux envoyés par l'adresse A : démontrer le lien entre l'adresse A et l'adresse B est théoriquement impossible. Cependant, ce système ne peut fonctionner que si un grand nombre de personnes l'utilisent. Plus la quantité de bitcoins transitant par la blanchisserie est importante, plus le lien entre l'adresse A et l'adresse D s'efface. Si le volume d'échange n'est pas suffisant, la correspondance temporelle entre la transaction entrante et la transaction sortante peut suffire à établir un lien entre l'adresse A et l'adresse D. Il n'est même pas obligatoire d'avoir recours à un service *ad-hoc* pour blanchir des bitcoins : il suffit en théorie de les vendre sur une bourse d'échange, puis d'en racheter ensuite la même quantité. Comme les bitcoins transitent entre temps par un portefeuille qui centralise les transactions, les bitcoins rachetés ne sont pas les mêmes que les bitcoins vendus. Le système des « mixeurs » est pourtant loin d'être optimal : il suppose de faire confiance à un tiers - le propriétaire du portefeuille de transition. C'est pour remédier à ce problème que le projet *ZeroCoin* vise à créer la première blanchisserie en *peer-to-peer*³⁰.

Il est donc possible de rendre les transactions réellement anonymes - étant entendu que la sécurité d'un système n'est jamais parfaite. C'est ainsi que le Bitcoin pourra probablement demeurer la monnaie de référence des échanges illégaux sur le *Dark Web*.

II. LA RÉGULATION COMME RÉPONSE AU MANQUE DE TRANSPARENCE

La régulation des monnaies digitales est inévitable. Le législateur ne peut pas tolérer le libre développement d'un système parallèle qui remet en question certaines de ses prérogatives les plus importantes, comme son monopole sur la monnaie. De nombreux projets de régulation sont en cours et il est possible d'anticiper leur teneur (A). Ces projets ayant tendance à se focaliser sur le seul statut des plateformes de conversion, il est nécessaire d'élargir le débat et de proposer quelques pistes de régulation relatives à l'usage des monnaies digitales (B).

A. Quelles sont les principales pistes avancées pour réguler le Bitcoin ?

Commençons par écarter la plus extrême et la moins crédible des propositions : l'interdiction des monnaies digitales (1). Dans un contexte plus modéré, de nombreuses institutions publiques chargées de la régulation des marchés financiers ont publié des mises en garde contre l'utilisation des monnaies digitales (2). La teneur de ces mises en garde permet de prévoir que la première vague de régulations consistera à contraindre les plateformes de conversion à obtenir un agrément - le moyen le plus simple pour lutter contre les transactions illégales - (3). Cependant, il est peu probable que les premières réglementations prennent le risque de prendre position sur le statut juridique des monnaies digitales (4).

³⁰ Cf. *infra* pour une description du projet *ZeroCoin* (note 94).

1. L'impossibilité de l'interdiction

Peu de politiciens voient d'un œil favorable le développement du Bitcoin. Chez certains, l'inquiétude est telle qu'elle les mène à vouloir l'interdire, purement et simplement. En février 2014, aux États-Unis, le sénateur Joe Manchin a appelé les principaux responsables de la régulation de l'économie à interdire le Bitcoin³¹. En France, le député Éric Straumann, à l'occasion d'une question écrite au ministre de l'économie et des finances, se demande « *s'il ne faudrait pas interdire ce système dans notre pays, afin de protéger nos concitoyens* »³². Généralement, les arguments utilisés pour justifier l'interdiction du Bitcoin sont les mêmes : son anonymat en fait un outil efficace pour les criminels, son instabilité menace l'économie, son caractère dérégulé prive ses utilisateurs d'un recours en cas de vol ou de banqueroute d'un fournisseur de portefeuilles en ligne et son existence même remet en cause le monopole de l'État sur la monnaie. La Thaïlande a été le premier pays à franchir le pas, en juillet 2013³³. Toutefois, une étude un peu plus précise de la situation thaïlandaise suggère que le Bitcoin n'est pas réellement « interdit ». La banque centrale thaïlandaise n'a pas le pouvoir de légiférer : elle s'était contentée d'émettre une opinion, remettant à plus tard une décision définitive³⁴. Les annonces les plus récentes, qui datent du mois de février 2014, suggèrent que le Bitcoin évolue toujours dans une « zone grise »³⁵, les régulateurs thaïlandais semblant vouloir surtout éviter que les achats de bitcoins n'affectent le taux de change du baht. La Russie a aussi choisi cette option, au début du mois de février 2014³⁶.

Cette proposition mérite d'être évacuée rapidement. Reposant sur le système du *peer to peer*, le Bitcoin ne peut pas être interdit. Pour citer un contributeur de CoinDesk : « *Le Bitcoin est fondé sur la cryptographie, la cryptographie est fondée sur les mathématiques, et on sait que les mathématiques sont plutôt difficiles à interdire* »³⁷. Au mieux, son utilisation peut être déclarée illégale, mais faire respecter une telle interdiction est en pratique impossible. Quant aux arguments utilisés pour justifier son interdiction, le fait que la plupart d'entre eux s'appliquent également à l'argent liquide est frappant. La proposition du sénateur Manchin s'est ainsi attirée une réponse sarcastique de Jared Polis, membre de la Chambre des représentants, qui a plaidé en retour pour l'interdiction de l'argent liquide³⁸.

³¹ Joe MANCHIN, « *Manchin Demands Federal Regulators Ban Bitcoin* », site officiel du sénateur Joe Manchin, 26 fév. 2014 [<http://www.manchin.senate.gov/public/index.cfm/press-releases?ID=237cbd66-6a26-4870-9bcb-20177ae902b0>]

³² Éric STRAUMANN, question n° 51719, Journal officiel, 11 mars 2013, p. 2243 [<http://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-51719QE.htm>]

³³ Andrew TROTMAN, « *Bitcoins banned in Thailand* », The Telegraph, 29 juill. 2013 [<http://www.telegraph.co.uk/finance/currency/10210022/Bitcoins-banned-in-Thailand.html>]

³⁴ Jake Maxwell WATTS, « *Thailand Bitcoin's Ban is not quite what it seems* », Quartz, 31 juill. 2013 [<http://qz.com/110164/thailands-infamous-bitcoin-crackdown-is-not-quite-what-it-seems/#110164/thailands-infamous-bitcoin-crackdown-is-not-quite-what-it-seems/>]

³⁵ Pete RIZZO, « *Thailand Flip Flops on Bitcoin, Suggests Exchanges are Still Illegal* », CoinDesk, 20 fév. 2014 [<http://www.coindesk.com/thailand-flip-flops-bitcoin-suggests-exchanges-still-illegal/>]

³⁶ Gabriela BACZYNSKA, « *Russian authorities say Bitcoin illegal* », Reuters, 9 fév. 2014 [<http://www.reuters.com/article/2014/02/09/us-russia-bitcoin-idUSBREA1806620140209>]

³⁷ John LAW, « *You Can't Beat the Numbers, Signs of the Times, and Full Marx for Bitcoin* », CoinDesk, 28 fév. 2014 [<http://www.coindesk.com/cant-beat-numbers-signs-times-full-marx-bitcoin/>]

³⁸ Jared POLIS, « *Polis Calls for Ban of U.S. Dollar Bills in Response to Manchin Letter Calling for BitCoin Ban* », site officiel du représentant Jared Polis, 5 mars 2014 [<http://polis.house.gov/news/documentsingle.aspx?DocumentID=371808>]

2. Les mises en garde des autorités de régulation

Les banques centrales ou les autorités de régulation de la plupart des pays de l'OCDE ont publié des notes mettant en garde les particuliers et les entreprises contre l'utilisation des monnaies digitales³⁹. Ces notes consistent généralement à établir une liste des risques et dangers associés aux « monnaies virtuelles »⁴⁰ et à esquisser quelques pistes de régulation. Leur tonalité est rarement positive. La Banque de France a même pris le risque de spéculer sur l'avenir du Bitcoin et sa pénétration dans l'économie réelle : « *N'offrant aucune garantie de sécurité, de convertibilité et de valeur, le bitcoin présente peu ou pas d'intérêt pour une utilisation par les acteurs économiques, au-delà des aspects marketing et publicitaire, tout en les exposant à des risques importants.* »⁴¹

Premier point sur lequel les régulateurs insistent : le Bitcoin et les monnaies digitales n'ont pas cours légal. La Banque de France rappelle que rien n'oblige les commerçants à les accepter comme paiement, alors que le refus d'accepter des billets ou des pièces libellées en euros est interdit par l'article R. 642-3 du Code pénal⁴². En conséquence, comme « *la valeur des bitcoins résulte exclusivement de la confrontation de l'offre et de la demande* » et « *n'est représentative d'aucun actif sous-jacent* »⁴³, elle n'est pas garantie et peut fluctuer, ce qui expose leur détenteur à des pertes importantes. Ainsi, la valeur des bitcoins peut être réduite à zéro du jour au lendemain, par le seul jeu du marché.

Deuxième danger : les bitcoins stockés en ligne peuvent être volés par des pirates informatiques ou rendus inaccessibles suite à la faillite de l'entreprise hébergeant le portefeuille, rappelle l'Autorité bancaire européenne⁴⁴. Là aussi, le détenteur risque de perdre la totalité de son investissement car aucune forme de garantie des dépôts n'existe. La récente faillite de la bourse d'échange *Mt.Gox* a confirmé cette mise en garde : de nombreux particuliers sont désormais contraints d'agir en justice pour récupérer une partie des fonds qu'ils ont perdus⁴⁵.

Troisième risque : « *les transactions en monnaie digitale peuvent être utilisées à des fins criminelles, y compris pour blanchir de l'argent* »⁴⁶. La Banque de France ne se prive pas de rappeler que le Bitcoin était le « *seul moyen de paiement accepté sur [le site Silk Road]* »⁴⁷. Les forces de l'ordre peuvent ordonner la fermeture des plateformes d'échange impliquées dans les opérations illégales, affectant aussi bien les fraudeurs que les utilisateurs honnêtes. La nature des mises en garde est similaire dans la note publiée par la principale organisation d'autorégulation (*self-regulatory organization*) des marchés financiers américains, la Financial

³⁹ Le site BitLegal tient à jour un panorama de la régulation des monnaies digitales dans le monde [<http://bitlegal.net/>].

⁴⁰ On peut noter la tendance des autorités de régulation à qualifier le Bitcoin et les *altcoins* de « monnaies virtuelles », alors que la communauté préfère les expressions « monnaies digitales » et « crypto-monnaies » (*cryptocurrencies*), plus valorisantes. Danny BRADBURY, « *Is Bitcoin a Digital Currency or a Virtual One?* », CoinDesk, 19 mars 2014 [<http://www.coindesk.com/bitcoin-digital-currency-virtual-one/>].

⁴¹ Banque de France, « *Les dangers liés au développement des monnaies virtuelles : l'exemple du Bitcoin* », focus n° 10, 5 déc. 2013 [http://www.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/banque_de_france/publications/Focus-10-stabilite-financiere.pdf].

⁴² Idem, p. 1.

⁴³ Idem, p. 3.

⁴⁴ Autorité bancaire européenne, « *Avertissement aux consommateurs concernant les monnaies virtuelles* », 12 déc. 2013 [http://www.eba.europa.eu/documents/10180/598420/EBA_2013_01030000_FR_TRA.pdf].

⁴⁵ Jonathan OATIS, « *Mt. Gox sued in United States over Bitcoin losses* », Reuters, 28 fév. 2014 [<http://in.reuters.com/article/2014/02/28/us-bitcoin-mtgox-lawsuit-idINBREA1R1ON20140228>].

⁴⁶ Idem, p. 3.

⁴⁷ Banque de France, « *Les dangers liés au développement des monnaies virtuelles : l'exemple du Bitcoin* », focus n° 10, 5 déc. 2013, p. 3 [http://www.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/banque_de_france/publications/Focus-10-stabilite-financiere.pdf].

Industry Regulatory Authority (FINRA)⁴⁸. La FINRA se distingue en incitant les particuliers ayant perdu leurs avoirs, suite à une fraude ou un piratage, à porter plainte contre les responsables des entreprises concernées.

3. La première étape de la régulation : contraindre les plateformes de conversion à obtenir un agrément

Il faut savoir gré à la Banque de France d'avoir compris que l'enjeu de la régulation, à l'heure actuelle, porte sur le statut des plateformes de conversion. Si l'objectif principal est de lutter contre le blanchiment, la méthode la plus efficace consiste à repérer les opérations atypiques entrantes et/ou sortantes. Pour cela, les services chargés de la lutte contre le blanchiment doivent avoir la possibilité de collaborer avec les entreprises qui servent d'interface entre les monnaies digitales et les monnaies ayant cours légal. Le statut des bourses d'échange doit donc être clarifié. En France, un consensus commence à se dégager : les plateformes de conversion sont des prestataires de services de paiement, ce qui suppose l'obtention d'un agrément auprès de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR). C'est la solution retenue par la note de la Banque de France : *« cette activité de conversion [...] doit s'analyser – dans la mesure où il y a réception, virement et tenue de compte de fonds concernant une monnaie ayant cours légal – comme un service de paiement nécessitant un agrément de prestataire de service de paiement. »* La Banque de France prolonge ainsi l'analyse du tribunal de commerce de Créteil, qui a rendu le 6 décembre 2011 la première décision relative au Bitcoin⁴⁹. En l'espèce, une société, à l'origine spécialisée dans l'informatique, puis dans le courtage de bitcoins, avait vu son compte dénoncé par sa banque, en raison du trop grand nombre de mouvements sur celui-ci. Faute de pouvoir trouver une nouvelle banque, la société s'était adressée à la Banque de France en invoquant son droit au compte⁵⁰. La banque refusant de rouvrir le compte, la société avait saisi en référé le tribunal de commerce et obtenu gain de cause. Mais le juge du fond avait considéré que l'activité de la société consistait à fournir un service de paiement, ce qui nécessite un agrément de l'ACPR, et avait donc donné raison à la banque. La décision a été confirmée par la Cour d'appel de Paris⁵¹.

L'ACPR, première concernée, a repris cette analyse dans une note publiée le 29 janvier 2014⁵². Elle y a rappelé que la délivrance de l'agrément était soumise au respect de certaines exigences relatives à la gouvernance, à la structure financière, au niveau de fonds propres et à la mise en place de dispositifs de contrôle interne, en application de l'article L. 522-6 du Code monétaire et financier. En l'absence d'autres décisions juridiques relatives à la conversion des bitcoins, cette solution semble faire consensus. Si, en droit, elle n'est pas entièrement convaincante, comme l'explique Thierry Bonneau⁵³, c'est parce que la société concernée n'était pas précisément une plateforme de conversion, mais plutôt un intermédiaire entre ses clients et la défunte bourse d'échange *Mt.Gox*.

⁴⁸ FINRA, « *Bitcoin: More than a Bit Risky* », 11 mars 2014

[<http://www.finra.org/Investors/ProtectYourself/InvestorAlerts/FraudsAndScams/P456458>]

⁴⁹ T. com. Créteil, 2^e ch., 6 déc. 2011, n° RG 2011F00771

⁵⁰ Aux termes de l'article L. 312-1 du Code monétaire et financier, « toute personne physique ou morale domiciliée en France, dépourvue d'un compte de dépôt, a droit à l'ouverture d'un tel compte dans l'établissement de crédit de son choix ».

⁵¹ CA Paris, pôle 5, ch. 6, 26 sept. 2013, n° 12/00161

⁵² Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, « *Position de l'ACPR relative aux opérations sur Bitcoins en France* », position 2014-P-01, 29 jan. 2014

[http://acpr.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/acpr/publications/registre-officiel/201401-Position-2014-P-01-de-l-ACPR.pdf]

⁵³ Thierry BONNEAU, « *Une société qui utilise un compte bancaire sur lequel transitent des bitcoins est-elle un prestataire de service de paiement ?* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 8, 20 févr. 2014, 1091

Contraindre les plateformes de conversion à obtenir un agrément est donc le premier pas vers la régulation du Bitcoin. Le régulateur allemand, l'Autorité fédérale de supervision financière (« BaFin »), a adopté la même solution. Dans sa déclaration du 19 décembre 2013⁵⁴, grâce à laquelle l'Allemagne se positionne comme le pionnier de la régulation des monnaies digitales, la BaFin précise que l'activité des plateformes de conversion est soumise à l'obtention d'une licence. La BaFin distingue même quatre types de licences selon le fonctionnement de la plateforme pratiquant le commerce du Bitcoin.

Aux États-Unis, la situation est plus hétérogène, car l'État fédéral a jusqu'à présent évité de s'impliquer dans le débat sur la régulation du Bitcoin. L'État de New-York, qui a pris une longueur d'avance en organisant une audition publique les 28 et 29 janvier 2014⁵⁵, semble se diriger vers la création d'une licence ad-hoc, surnommée « BitLicense », qui adapterait l'équivalent local de la licence de prestataire de services de paiement (*money transmitter service*) aux particularités des monnaies digitales. Benjamin Lawskey, le *superintendent* du

New York Department of Financial Services, a promis qu'un projet de régulation serait publié avant la fin du deuxième trimestre 2014⁵⁶.

4. Un statut juridique qui reste incertain

En régulant en premier lieu les plateformes de conversion sans modifier la loi, le régulateur évite de se prononcer sur le statut légal du Bitcoin. L'absence de définition juridique restant une source d'incertitude, il est probable que le deuxième temps de la régulation viendra combler ce manque. En France, le Bitcoin se situe dans une zone grise. Comme le rappelle la Banque de France dans la note précitée, le Bitcoin ne peut être qualifié ni de monnaie ayant cours légal, puisque nul n'est tenu de l'accepter comme paiement (article R. 642-3 du Code pénal), ni de monnaie électronique, puisqu'il n'est pas émis contre la remise de fonds (article L. 315-1 du Code monétaire et financier).

Le Bitcoin n'est une monnaie qu'au sens économique du terme : il remplit, bien qu'imparfaitement, les trois fonctions de la monnaie (unité de compte, réserve de valeur et intermédiaire des échanges). C'est l'analyse de la Commission de surveillance du secteur financier (CSSF), l'autorité luxembourgeoise de régulation du secteur financier : « *Les monnaies virtuelles sont de la monnaie, puisqu'elles sont acceptées comme moyen de paiement pour des biens et services par un cercle suffisamment large de personnes. Plus spécifiquement, elles sont de la monnaie scripturale, par opposition à la monnaie tangible sous forme de billets et de pièces.* »⁵⁷ La CSSF met en évidence l'opposition entre la définition économique de la monnaie et sa définition juridique : « *Les monnaies virtuelles peuvent ainsi être de la monnaie électronique, mais pas forcément au sens de la directive européenne 2009/110 qui donne une définition de la monnaie électronique limitée à son champ d'application.* »

⁵⁴ BaFin, « *Bitcoins: Supervisory assessment and risk to users* », 19 déc. 2013 (traduit en anglais le 17 février 2014) [http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/EN/Fachartikel/2014/fa_bj_1401_bitcoins_en.html]

⁵⁵ Emily SPAVEN, « *Everything You Need to Know About the New York Hearings on Bitcoin* », CoinDesk, 29 jan. 2014 [<http://www.coindesk.com/everything-you-need-to-know-new-york-hearings-bitcoin/>]

⁵⁶ New York Department of Financial Services, « *NYDFS Issues Public Order on Virtual Currency Exchanges* » [http://www.dfs.ny.gov/about/po_vc_03112014.htm]

⁵⁷ Commission de surveillance du secteur financier, « *Monnaies virtuelles* », 14 fév. 2014 [http://www.cssf.lu/fileadmin/files/Publications/Communiqués/Communiqués_2014/Communiqué_monnaie_virtuelle_14_0214.pdf]

Remarquons tout de même que la qualification de monnaie est contestée, au sein même de la communauté, par certains de ses acteurs qui préfèrent attirer l'attention des autorités de régulation sur le fait que le Bitcoin constitue avant tout un système de paiement électronique très avantageux pour ses utilisateurs⁵⁸.

Si la qualification de monnaie est inadaptée, le législateur doit trouver une autre définition. En Allemagne, le premier pays à s'être clairement prononcé sur le statut des monnaies digitales, la BaFin considère désormais les bitcoins comme des « unités de compte », et donc des instruments financiers au sens de la loi sur les banques (*Kreditwesengesetz*). Cette qualification est « juridiquement contraignante » (*legally binding*). Le concept d'unité de compte n'étant pas défini dans la loi sur les banques, il a opportunément servi de catégorie juridique⁵⁹.

La qualification adoptée par l'Allemagne influencera probablement les législateurs qui auront à déterminer le statut des monnaies digitales. Qualifier les bitcoins d'instruments financiers ou de commodités permet en effet au législateur de mettre l'accent sur l'utilisation du Bitcoin dans des stratégies d'investissement, voire de spéculation, et facilite le prélèvement d'un impôt sur les plus-values. La qualification de commodité devrait par exemple être choisie par la Finlande⁶⁰ et le Japon⁶¹.

Une autre solution pourrait avoir la faveur du législateur suisse : traiter le Bitcoin comme une devise, ce qui reviendrait à reconnaître dans une certaine mesure son statut de monnaie. Le conseiller fédéral Thomas Weibel a ainsi déposé le 5 décembre 2013 un postulat⁶², soutenu par 45 de ses collègues, demandant au Conseil fédéral de répondre à quatre questions, parmi lesquelles : « *Qu'est-ce qui s'oppose, aux yeux du Conseil fédéral, à ce que le bitcoin et les monnaies électroniques comparables soient fondamentalement traités comme des devises étrangères ?* » Thomas Weibel considère que la qualification du Bitcoin comme devise lui permettrait « *d'entrer dans le champ d'application de la loi sur le blanchiment d'argent, de la loi sur les placements collectifs, de la loi sur la TVA et d'autres lois pertinentes, ce qui créerait la sécurité juridique nécessaire* ».

Sortir les monnaies digitales de l'incertitude en leur donnant une définition juridique est tentant. Tentant mais risqué : si chaque pays européen propose sa propre définition, l'incertitude juridique en sortira renforcée. La révision en cours de la directive sur les services

⁵⁸ Cf. par exemple cet échange lors de l'audition au Sénat :

« **M. Philippe Marini [sénateur]**. Je vous poserai une question très simple : le bitcoin est-il de la fausse monnaie ?

M. Denis Beau [représentant de la Banque de France]. Ce n'est pas une monnaie.

M. Gonzague Grandval [président de la seule plateforme de conversion française, Bitcoin Central]. Effectivement, Bitcoin n'est pas une monnaie, c'est avant tout une technologie [...]. Parler de Bitcoin en ne parlant que de l'unité de compte, c'est oublier la moitié du sujet qui est le réseau de transactions électroniques. Il a d'ailleurs toujours été défini comme un système de paiement électronique et non comme une monnaie. »

Commission des finances du Sénat, « Audition sur les enjeux liés au développement des monnaies virtuelles », 15 jan. 2014 [<http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20140113/fin.html#toc3>]

⁵⁹ Cf. l'article de Tanja Aschenbeck-Florange, qui propose une première analyse de la nouvelle régulation.

Tanja ASCHENBECK-FLORANGE, « Regulation of Bitcoins in Germany: First comprehensive statement on Bitcoins by German Federal Financial Supervisory Authority (BaFin) » [<http://bitcoinmagazine.com/9922/regulation-bitcoins-germany-first-comprehensive-statement-bitcoins-german-federal-financial-supervisory-authority-bafin/>]

⁶⁰ Nermin HAJDARBEGOVIC « Bitcoin Classified Commodity by Finland Central Bank », CoinDesk, 20 jan. 2014 [<http://www.coindesk.com/bitcoin-classified-commodity-finland-central-bank/>]

⁶¹ Ben MCLANNAHAN, « Japan to class Bitcoin as a commodity », The Financial Times, 7 mars 2014 [<http://www.ft.com/cms/s/0/a8381228-a5a0-11e3-8070-00144feab7de.html#axzz2wkRfdPYL>]

⁶² Conseil fédéral, « Etablir la sécurité juridique concernant le bitcoin », postulat n° 13.4070, 5 déc. 2013 [http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20134070]

de paiement (DSP2) aurait pu être l'occasion pour la Commission européenne de clarifier le régime juridique des monnaies digitales, mais il est peu probable que le texte⁶³, adopté le 24 juillet 2013 par la Commission, soit amendé dans ce sens lors de son examen par le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne.

B. Quelques pistes de régulation relatives à l'usage des monnaies digitales

À notre sens, la régulation des monnaies digitales en France ne devrait pas se contenter de compliquer la tâche de ceux qui utilisent le Bitcoin dans les transactions illégales. Il serait bon qu'elle ait deux objectifs supplémentaires : combler les vides juridiques qui laissent ses utilisateurs dans l'incertitude et construire un environnement juridique favorable à l'innovation et à la création de richesses. Dans cette optique, nous pouvons avancer quelques propositions :

- **Ne pas imposer l'échange.** Pour l'acheteur ou le vendeur, l'achat ou la vente de bitcoins ne devrait pas occasionner d'autres frais que la commission du courtier - comme pour l'achat ou la vente de devises. Prélever la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) lors de l'achat ou la vente de bitcoins n'aurait aucun sens - mais c'est pourtant une idée qui a été sérieusement étudiée dans plusieurs pays. Le fisc britannique, Her Majesty Revenue & Custom (HRMC), par exemple, avait d'abord semblé classer les monnaies digitales dans la catégorie des bons d'achat, avant de faire machine arrière et d'exonérer leur vente de la TVA⁶⁴. Plus généralement, prélever une proportion quelconque du prix d'achat ou de vente de manière systématique ne ferait qu'empêcher les bourses d'échange de se développer en France et inciterait les utilisateurs à les acquérir sur des bourses d'échange étrangères.
- **Ne pas imposer la détention.** « *Doit-on déclarer ses bitcoins au titre de l'impôt sur la fortune ?* » demandait le sénateur François Marc durant les auditions devant la commission des finances du Sénat⁶⁵. Cette question est qualifiée par les intervenants de « *problématique fiscale* », ce qui montre qu'aucune réponse n'est encore arrêtée. Pourtant, au sens strict, une unité de bitcoin est un bien. Un bien certes immatériel, mais dont la finalité est d'être échangé contre des biens matériels. Or, « *l'ensemble des biens* » du contribuable entre dans l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune (article 885 E du Code général des impôts). Un contribuable qui détiendrait des bitcoins serait donc en principe tenu de les déclarer. Il serait pourtant opportun d'exclure les avoirs détenus en bitcoins de l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF) pour deux raisons. D'une part, d'une manière générale, la taxation d'un stock - et non du flux que ce stock pourrait engendrer⁶⁶ - finit par le détruire. En effet, si le patrimoine d'un contribuable imposé au titre de l'ISF ne produit aucun rendement, celui-ci est obligé de vendre chaque année une partie de son patrimoine pour payer l'impôt. Placer son patrimoine de manière à en tirer un rendement

⁶³ Commission européenne, « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 2002/65/CE, 2013/36/UE et 2009/110/CE et abrogeant la directive 2007/64/CE, 24 juill. 2013. »

[http://ec.europa.eu/internal_market/payments/docs/framework/130724_proposal-revised-psd2_fr.pdf]

⁶⁴ Kadhim Shubber, « What the UK's Tax Reversal Means for Bitcoin », CoinDesk, 16 mars 2014 [<http://www.coindesk.com/what-uk-tax-reversal-means-bitcoin/>]

⁶⁵ Commission des finances du Sénat, « Audition sur les enjeux liés au développement des monnaies virtuelles », 15 jan. 2014 [<http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20140113/fin.html#toc3>]

⁶⁶ Par exemple, les actions (stock) engendrent un dividende (flux).

supérieur au taux de l'ISF ajouté au taux de l'inflation est donc en pratique obligatoire, sous peine de voir son patrimoine se déprécier. Cette contrainte peut mener à de mauvaises décisions d'investissement. Or, le Bitcoin n'est pas un produit financier : il ne produit aucun rendement. Le contribuable assujéti à l'ISF détenant un portefeuille de bitcoins serait donc contraint de les placer de manière à en tirer un revenu, en les confiant à une banque spécialisée par exemple. Les événements récents montrent pourtant que conserver ses bitcoins en ligne présente un risque non négligeable de piratage et de vol. Et d'autre part, contrairement à un compte bancaire ou à un bien immobilier, un portefeuille contenant des bitcoins n'est pas localisable. Le contribuable qui souhaite réduire son ISF ne peut pas déplacer son patrimoine, sauf en prenant le risque d'être repéré par l'administration fiscale ou douanière. Les avoirs détenus en bitcoins, au contraire, sont parfaitement mobiles. Le risque que prendrait le législateur en soumettant les bitcoins à l'ISF serait tout simplement de voir leurs propriétaires les acquérir, les dépenser ou les échanger à l'étranger.

- **Éviter d'imposer les plus-values.** Deux types de personnes réalisent potentiellement des plus-values en achetant et revendant des bitcoins : les entreprises spécialisées dans le trading sur le marché du Bitcoin⁶⁷ et les particuliers. Le cas des entreprises est vite réglé : il suffit d'imposer leurs gains de la même manière que les gains des fonds spéculatifs. Le cas des particuliers est plus délicat. Certains réalisent des plus-values en achetant et revendant des bitcoins, que ce soit à court terme, en profitant des importantes fluctuations du cours ou en réalisant des arbitrages entre les différentes plateformes, dont les prix ne sont jamais parfaitement identiques, ou à long terme, dans le cadre d'une stratégie d'investissement. Les particuliers peuvent aussi augmenter leur revenu en pratiquant le courtage : acheter des bitcoins sur les bourses d'échange et les revendre à ceux qui n'ont pas la patience d'attendre la validation de leur compte sur les plateformes de conversion. Il serait logique d'imposer également ces gains. C'est la solution qui semble prévaloir : interrogée par un particulier durant l'été 2013, la direction générale des finances publiques d'Ile-de-France avait répondu que les revenus tirés de la vente des unités minées à l'époque où le Bitcoin n'était qu'un « loisir » devaient être intégrés à la déclaration d'impôt sur le revenu en tant que bénéfices non commerciaux⁶⁸. *A fortiori*, les revenus tirés de la vente de bitcoins acquis dans un but d'investissement seront imposés de la même manière. Une autre solution est privilégiée par la BaFin : les plus-values réalisées lors de la revente sont exonérées de l'impôt à condition que les bitcoins aient été conservés plus d'un an⁶⁹. La plus-value est autrement imposée au taux fixe de 25%. Mais tous ceux qui détiennent des bitcoins ne les ont pas acquis dans un but d'investissement. Les pionniers, par exemple, ont miné des bitcoins à l'époque où leur valeur était bien moindre. Les premiers mineurs peuvent se retrouver propriétaires de fortunes conséquentes - la fameuse anecdote de l'anglais qui s'est débarrassé d'un vieux disque dur contenant l'équivalent de 4,8 millions d'euro est à ce titre révélatrice⁷⁰. S'il faut donc imposer les plus-values, un moindre mal consisterait à exonérer intégralement de l'impôt sur les plus-values les bitcoins dont l'acquisition serait antérieure à la date de

⁶⁷ Les *hedge funds* ont déjà commencé à investir ce marché.

Eric BLATTBERG, « *San Francisco hedge fund hiring a Bitcoin trader* », VentureBeat, 3 jan. 2014 [<http://venturebeat.com/2014/01/03/san-francisco-hedge-fund-hiring-a-bitcoin-trader/>]

⁶⁸ Benjamin SONNTAG, « *Bitcoin et déclaration de revenu en France, une réponse* », Contrepoints, 7 sept. 2013 [<http://www.contrepoints.org/2013/09/07/138063-bitcoin-declaration-revenu-en-france-reponse>]

⁶⁹ David Gilson, « *German government relieves capital gains tax on Bitcoin positions* », CoinDesk, 27 fév. 2013 [<http://www.coindesk.com/german-government-relieves-capital-gains-tax-on-bitcoin-positions/>]

⁷⁰ Charlotte CABAS, « *Il jette son disque dur, il perd 4,8 millions d'euros* », LeMonde.fr, 30 nov. 2013 [http://www.lemonde.fr/europe/article/2013/11/30/il-jette-son-disque-dur-il-perd-4-8-millions-d-euros_3523177_3214.html]

publication de la loi qui fixerait leur statut. En effet, en l'absence de clarifications quant à son statut juridique et fiscal, l'acquisition de bitcoins reste un investissement hautement risqué, car le législateur peut décider à tout moment d'adopter une réglementation contraignante qui aurait un impact nécessairement négatif sur sa valeur. Néanmoins, l'efficacité d'une imposition des plus-values serait de toute façon très limitée. Comme pour l'ISF, l'incitation à contourner la fiscalité en profitant de la parfaite mobilité des monnaies digitales serait très forte. Il suffirait par exemple aux détenteurs de bitcoins d'acheter des biens sur les sites de e-commerce acceptant les bitcoins au lieu de les convertir sur les bourses d'échange pour que l'administration fiscale se retrouve dans l'incapacité d'agir.

- **Tolérer l'utilisation des monnaies digitales pour les transactions entre particuliers.** De la même manière que l'usage de l'argent liquide pour les transactions entre particuliers est permis quel que soit le montant (article L. 112-6 du Code monétaire et financier), il serait sage que le législateur adopte la même attitude vis-à-vis des transactions réalisées en bitcoins.
- **Permettre l'utilisation des monnaies digitales dans les transactions immobilières.** Prenons un exemple : deux particuliers, A et B, souhaitent former un contrat par lequel A vend à B sa maison, en contrepartie de quoi B verse à A une certaine quantité de bitcoins⁷¹. Ils sont prêts à respecter toutes leurs obligations légales, à commencer par le recours à un notaire et le paiement des divers impôts. En ont-ils la possibilité ? Probablement pas : l'article L. 112-6-1 du Code monétaire et financier dispose que « *les paiements effectués ou reçus par un notaire pour le compte des parties à un acte reçu en la forme authentique et donnant lieu à publicité foncière doivent être assurés par virement* ». L'article R. 112-5 précise quant à lui que « *d'autres modalités de paiement* » sont autorisées lorsque le montant de la transaction ne dépasse pas 10 000 € (ce montant sera réduit à 3 000 € le 1^{er} janvier 2015). La définition du virement ne figure pas dans le Code monétaire et financier mais il est traditionnellement admis qu'un virement est une opération de transfert d'argent entre deux comptes bancaires. Pour permettre aux particuliers de payer leur maison en bitcoins, ce qui pourrait être un bon débouché pour les fortunes amassées par les quelques pionniers des monnaies digitales, il faudrait donc interpréter de manière particulièrement large les dispositions du Code monétaire et financier.
- **Ne pas imposer la vente des unités nouvellement minées.** Quelle attitude devrait adopter le législateur vis-à-vis de l'activité économique consistant à miner de nouveaux bitcoins et à les revendre sur les bourses d'échange ? Il ne fait aucun doute qu'il s'agit d'une activité économique créatrice de valeur ajoutée : le minage nécessite beaucoup de ressources – non seulement de l'électricité, du temps et des compétences, mais surtout du matériel de plus en plus perfectionné, maintenant que le niveau de difficulté du minage a explosé – mais constitue une activité rentable⁷². Pourtant, dans sa note publiée le 3 mars 2014, le fisc anglais a décidé de ne pas soumettre la vente des bitcoins minés à la TVA, se contentant d'expliquer que « *le lien entre le service fourni et sa*

⁷¹ Plusieurs maisons sont déjà mises en vente en bitcoins, dont un manoir situé à Las Vegas.

Adrienne JEFFRIES, « *Why is this Las Vegas developer selling his \$7.85 million mansion for Bitcoin?* », The Verge, 22 jan. 2014 [<http://www.theverge.com/2014/1/22/5334238/why-a-las-vegas-developer-is-selling-his-7-85-million-mansion-in-Bitcoin>]

⁷² CoinDesk évalue à 319,4 millions de dollars les revenus du minage en 2013.

CoinDesk, « *CoinDesk State of Bitcoin 2014* », 26 fév. 2014, p. 67 [<http://www.coindesk.com/bitcoin-2014-report/>]

rémunération est insuffisant »⁷³. À notre sens, le problème se situe une nouvelle fois dans le caractère immatériel et, par essence, parfaitement mobile des monnaies digitales. Si les bitcoins minés en France sont soumis à la TVA, leur prix sera automatiquement augmenté de 20%. Ceci conduira inévitablement les utilisateurs français à acquérir leurs bitcoins auprès de vendeurs étrangers. La sagesse conseille donc au régulateur d'imposer la vente des unités nouvellement minées au taux le plus bas, afin de ne pas rendre les bitcoins nationaux moins compétitifs que ceux minés chez nos voisins. Il existe de toute façon d'autres méthodes pour taxer cette activité économique, les plus simples étant l'impôt sur le bénéfice, pour les sociétés, et la catégorie « bénéfices non commerciaux » de l'impôt sur le revenu, pour les particuliers.

- **Inciter les entreprises utilisant les monnaies digitales à recourir systématiquement à un tiers de confiance.** Quant aux entreprises, il est clair qu'elles tireraient un grand avantage d'une clarification du statut du Bitcoin. Deux raisons pourraient les pousser à l'adopter. D'une part, le nombre d'utilisateurs du Bitcoin croît en même temps que sa popularité. De nombreux sites de e-commerce ont donc intérêt à les accepter pour attirer cette nouvelle clientèle. *Overstock*, le plus important des commerçants en ligne qui acceptent les monnaies digitales, a par exemple réalisé un chiffre d'affaire en bitcoins équivalent à 1 million de dollars en moins de deux mois⁷⁴. D'autre part, son utilisation permet de réduire les frais liés à l'utilisation de la carte bancaire, ce qui avantage en particulier les petits commerçants. Pour que le chiffre d'affaires qu'elles réalisent ainsi puisse être aisément évalué, il conviendrait d'inciter les entreprises à recourir systématiquement à une société tierce. Cette société, à la manière d'une banque, fournirait par exemple un portefeuille à l'entreprise et enregistrerait son identité. Les bitcoins reçus seraient soit immédiatement convertis en monnaie ayant cours légal – c'est la solution choisie par *Overstock* – ce qui rendrait le calcul de la TVA très simple, ou stockés sur ce portefeuille. Les entreprises qui décideraient de conserver leurs bitcoins pourraient ensuite s'en servir pour payer leurs fournisseurs ou leurs salariés. Notons que le paiement du salaire en bitcoins existe déjà : le chef de la police de la ville de Vicco, dans le Kentucky, est payé de cette manière depuis le mois de décembre 2013⁷⁵, ce qui ne pose, d'après le conseil municipal, « *aucun problème logistique ou légal* ». Pour les entreprises qui conservent leurs bitcoins, le vrai problème pourrait se poser au moment du paiement de l'impôt sur les sociétés. La meilleure solution pour éviter les problèmes liés à la fluctuation du cours serait peut-être d'enregistrer, pour chaque paiement reçu en bitcoins, la date, le montant en bitcoins et l'équivalence de ce montant en monnaie ayant cours légal. La comptabilité de l'entreprise pourrait ainsi être intégralement réalisée en monnaie ayant cours légal.
- **Corréler les exigences en matière de *compliance* à la taille des entreprises.** Si le législateur décide de contraindre les entreprises actives sur ce nouveau marché à obtenir préalablement une licence ou un agrément, il risque de décourager l'innovation. Le coût de la *compliance* (le processus de mise en conformité avec les normes juridiques applicables) peut en effet constituer une barrière infranchissable pour les plus petites structures. Une solution adéquate serait alors de moduler les exigences en matière de

⁷³ Her Majesty Revenue & Custom, « *Tax treatment of activities involving Bitcoin and other similar cryptocurrencies* », Brief 09/14, 3 mars 2014 [<http://www.hmrc.gov.uk/briefs/vat/brief0914.htm>]

⁷⁴ Matt BURNS, « *Overstock.com Exceeds \$1M in Bitcoin Transactions in Two Months* », TechCrunch, 4 mars 2014 [<http://techcrunch.com/2014/03/04/overstock-com-exceeds-1m-in-bitcoin-transactions-in-two-months/>]

⁷⁵ Cris RITCHIE, « *Chief asks to be paid in Bitcoin, city approves* », PoliceOne.com, 4 déc. 2013 [<http://www.policeone.com/police-administration/articles/6643566-Chief-asks-to-be-paid-in-Bitcoin-city-approves/>]

compliance en fonction de la taille des entreprises. Fred Wilson⁷⁶, dirigeant du fonds d'investissement en capital-risque Union Square Ventures, a avancé une idée pertinente en plaidant pour une période d'essai durant laquelle les très jeunes entreprises seraient exonérées des exigences de *compliance*. Cette proposition a été mal reçue par Benjamin Lawskey, qui a répondu que « *s'il s'agit de faire un choix entre faciliter le blanchiment d'un côté, et permettre l'innovation de l'autre, nous choisirons toujours d'écraser le blanchiment* ».

III. LES CONSÉQUENCES DE LA RÉGULATION SUR L'ÉCONOMIE DU BITCOIN ET LA COMMUNAUTÉ DE SES UTILISATEURS

Avant de prendre la décision d'investir, l'agent rationnel prend en compte la fiscalité (dans quelle proportion les taxes diminueront-elles le rendement espéré ?) et le risque juridique (quel est le risque que ma prévision de rendement soit bouleversée par une intervention du législateur ?). C'est pourquoi de multiples projets lucratifs liés au Bitcoin ne pourront voir le jour avant que les principaux vides juridiques ne soient comblés. D'un autre côté, l'excès de régulation aurait l'effet inverse et mettrait en péril une industrie dynamique, mais encore fragile (A). Enfin, les projets de régulation des monnaies digitales oublient une variable : la réaction de la communauté. De nombreux projets visant à améliorer encore le niveau d'anonymat du Bitcoin pour mettre en échec les nouvelles régulations ont déjà vu le jour (B).

A. La « Bit-économie » : une industrie en plein développement

Le rapport « *L'état du Bitcoin 2014* »⁷⁷ publié par CoinDesk met l'accent sur le chemin parcouru par la monnaie digitale durant l'année 2013. La hausse spectaculaire de son cours, malgré l'importance de la volatilité, est l'élément le plus visible, mais il ne faut pas négliger l'importance du renforcement de la communauté et de son tissu économique. Le législateur devra donc être conscient que ses choix auront des répercussions sur une industrie naissante.

Les données rassemblées par CoinDesk montrent que l'intérêt des investisseurs en capital-risque (*venture capitalists*) pour les startups liées au Bitcoin croît rapidement. La monnaie digitale a depuis longtemps convaincu quelques-uns des fonds d'investissement en capital-risque les plus réputés. Andreessen Horowitz, Google Ventures ou encore Founders Fund, le fonds d'investissement fondé notamment par Peter Thiel et Sean Parker, ont déjà investi des dizaines de millions de dollars. Plusieurs fonds d'investissements spécialisés dans la « Bit-économie » ont même été créés, comme le fonds *Pantera Bitcoin Partners*⁷⁸ ou le « groupe » de *business angels* BitAngels⁷⁹.

CoinDesk évalue à 77,5 millions de dollars les sommes investies par les *business angels* en 2013, sans compter la vente du site de micro-paris SatoshiDice pour 126 315 BTC en juillet 2013.

Les entreprises dans lesquelles les *venture capitalists* investissent actuellement correspondent à la première génération des entreprises de l'économie du Bitcoin : bourses d'échange,

⁷⁶ Pete RIZZO, « *Bitcoin Hearings Day 1: Bitcoin Hits 'Tipping Point' with New York Regulators* », CoinDesk, 29 jan. 2014 [<http://www.coindesk.com/bitcoin-hearings-day-1-bitcoin-hits-tipping-point-new-york-regulators/>]

⁷⁷ CoinDesk, « *CoinDesk State of Bitcoin 2014* », 26 fév. 2014, [<http://www.coindesk.com/bitcoin-2014-report/>]

⁷⁸ Stephen FOLEY, « *Fortress rolls Bitcoin stash into \$150m hedge fund* », The Financial Times, 19 mars 2014 [<http://www.ft.com/intl/cms/s/0/5877ff0-ae6b-11e3-a088-00144feab7de.html#axzz2wQWU7dCP>]

⁷⁹ Nermin HAJDARBEGOVIC, « *BitAngels: \$7m invested in Bitcoin Startups Since 2013* », CoinDesk, 23 jan. 2014 [<http://www.coindesk.com/bitangels-invest-7m-bitcoin-startups-2013/>]

plateformes de paiement, portefeuilles en ligne, matériel de minage et distributeurs automatiques de bitcoins (*Bitcoin ATM*). Ces entreprises sont centrées autour de l'utilisation du Bitcoin comme monnaie et moyen de paiement.

Cependant, de la même manière que le Bitcoin n'est pas qu'une monnaie, la *blockchain* n'est pas que le support d'un système de paiement décentralisé. D'autres usages ont été découverts : il est peu probable qu'ils aient été prévus par les concepteurs du Bitcoin. Le site Proof of Existence⁸⁰ propose par exemple d'utiliser la *blockchain* pour certifier l'existence d'un document à une date précise sans recourir à un tiers. Comme pour *Assassination Market*, il s'agit d'appliquer au texte à certifier une fonction de hachage cryptographique et d'inclure son condensat dans la transaction qui est générée. La monnaie digitale alternative Namecoin a été conçue pour être la base d'un système de noms de domaine décentralisé où la censure serait en pratique impossible⁸¹. Les projets Colored Coins⁸² et Mastercoin⁸³ visent à créer une « *méthode de gestion des actifs décentralisée* » (surnommée « propriété intelligente » – *smart property*) en permettant aux détenteurs de bitcoins de créer des « jetons » (*tokens*) qui représenteraient n'importe quel actif tangible. Par exemple, le fondateur d'une société constituerait son capital en recevant sur une adresse les contributions des actionnaires. Le fondateur diviserait ensuite le capital en 1 000 actions et émettrait 1 000 jetons, qu'il attribuerait à ses actionnaires au prorata de leur participation. La valeur faciale de chacun de ces jetons serait minime (quelques satoshis⁸⁴, par exemple), mais leur valeur réelle fluctuerait en fonction de celle de l'entreprise. Ils seraient naturellement librement échangeables : le fondateur de la société n'aurait aucun moyen de s'opposer à leur vente sur le marché secondaire. La transparence de la *blockchain* lui permettrait en outre de suivre en permanence ces actions, ce qui simplifierait la gestion des droits qui y sont attachés. Ce n'est pas tout : la *blockchain* facilite aussi la création de « contrats intelligents » (*smart contracts*). Il s'agit ici de permettre à deux personnes de conclure un contrat complexe sans recourir à un tiers parti. La présentation d'Oleg Andreev⁸⁵ fournit un exemple de *smart contract* (A achète à B son téléphone ; A et B ne pouvant pas se rencontrer physiquement, B doit envoyer à A le téléphone). Ce contrat repose sur des fonctions avancées de la *blockchain* qui permettent de créer des comptes de garantie (*escrow*) décentralisés.

Il est également possible d'envisager des systèmes de paris, voire même d'héritages, décentralisés. Tous ensemble, ces projets forment le *Bitcoin 2.0*, par analogie avec le Web 2.0. L'objectif est très ambitieux : il consiste à utiliser les propriétés de la *blockchain*, en la modifiant légèrement en cas de besoin, pour réaliser de manière décentralisée un grand nombre d'opérations courantes dans la vie économique qui supposent actuellement le recours à un tiers.

Le potentiel économique du Bitcoin est donc très vaste et ne se limite pas à sa fonction de moyen de paiement - c'est pourquoi il est incorrect de le réduire à une entreprise spéculative. Même si le Bitcoin 2.0 et les *smart contracts* ne rencontrent pas le succès, de nombreuses industries ayant peu innové ces dernières années verront probablement leur position dominante remise en cause par les monnaies digitales. Les processeurs de paiement (les sociétés

⁸⁰ [<http://www.proofofexistence.com/>]

⁸¹ David GILSON, « What are Namecoins and bit domains? », CoinDesk, 18 juin 2013

[<http://www.coindesk.com/what-are-namecoins-and-bit-domains/>]

⁸² Tim SWANSON, « Smart Property, Colored Coins and Mastercoin », CoinDesk, 22 jan. 2014

[<http://www.coindesk.com/smart-property-colored-coins-mastercoin/>]

⁸³ « Master Protocol & Mastercoin », Mastercoin [<http://www.mastercoin.org/>]

⁸⁴ Le satoshi est le surnom de la plus petite division du bitcoin : 1 BTC = 100 000 000 satoshis.

⁸⁵ Oleg ANDREEV, « Ebay without Ebay », 13 fév. 2014 [<http://oleganza.com/bitcoin-epita-2014.pdf>]

produisant les cartes bancaires) et les entreprises spécialisées dans le transfert d'argent, comme *Western Union*, pourraient être les premières victimes du succès du Bitcoin. Une simple estimation sur le site français de *Western Union* montre que, pour un virement de 1 000 € à destination du Cameroun effectué par carte bancaire, les frais se montent à 2,5%. Au contraire, si le Bitcoin est utilisé, les frais de transaction ne s'élèvent qu'à quelques centimes et ne sont pas corrélés à la quantité de bitcoins transférés. Quant aux frais de conversion des bitcoins en monnaie ayant cours légal, ils se limitent généralement à quelques dixièmes de pourcent. Autre avantage, les transactions sont généralement validées en une dizaine de minutes, alors que les virements internationaux peuvent mettre des jours à être réalisés. L'avantage pour les consommateurs est donc indéniable. Les commerçants pourraient eux aussi profiter de l'émergence des monnaies digitales pour réduire leur dépendance aux paiements par carte bancaire, qui occasionnent des frais importants, en particulier pour les petits commerces.

B. Et si une partie de la communauté n'acceptait pas la régulation du Bitcoin ?

La communauté qui s'est formée autour des monnaies digitales n'est pas politiquement neutre. Le Bitcoin s'enracine dans la pensée et la culture libertariennes, et ce n'est que récemment qu'il a attiré l'attention d'investisseurs politiquement neutres, qui le conçoivent comme une nouvelle branche de l'économie plutôt que comme le moyen d'affaiblir les États en remettant en cause leur pouvoir de régulation. Les exemples de liens entre la communauté des utilisateurs du Bitcoin et le mouvement libertarien abondent. Roger Ver, un pionnier du Bitcoin connu pour son travail de promotion dans la Silicon Valley, au point d'être surnommé le « *Bitcoin Jesus* », a par exemple déclaré qu'« *au début, presque tous ceux qui se sont impliqués l'ont fait pour des raisons philosophiques* »⁸⁶. Il ajoute : « *Nous avons vu le Bitcoin comme un moyen de séparer la monnaie de l'État.* » Le développement d'une monnaie privée et décentralisée a ainsi rejoint l'un des principaux projets du mouvement libertarien : l'abolition du monopole des gouvernements sur la monnaie, matérialisé par les banques centrales. « *End the Fed* » est ainsi l'un des slogans majeurs de Ron Paul, ancien membre de la Chambre des représentants des États-Unis et figure tutélaire du mouvement libertarien américain. Notons que Roger Ver s'est distingué en novembre 2013 en donnant 1 000 bitcoins – soit la plus importante donation en bitcoins à ce jour – à la *Foundation for Economic Education*⁸⁷, qui œuvre notamment à la médiatisation des travaux de l'école autrichienne d'économie, dont les représentants les plus connus sont Carl Menger, Ludwig von Mises et Friedrich Hayek. Peter Thiel et, dans une moindre mesure, Richard Branson, propriétaire de Virgin Galactic – qui propose à ses clients de payer leur voyage dans l'espace en bitcoins – sont connus pour leurs positions libertariennes. Cody Wilson, anarcho-capitaliste déclaré et connu pour avoir conçu la première arme à feu entièrement imprimable en 3D⁸⁸, est l'initiateur du projet Dark Wallet, que nous évoquons *infra*.

Les libertariens combattent tant la régulation de l'économie que la régulation de la société par des normes contraignantes. Conscients que leurs idées n'ont que très peu de chance d'être un jour appliquées, du fait de leur impact électoral limité, ils ont depuis longtemps cherché d'autres moyens d'expression que le vote. Les monnaies digitales représentent ainsi pour les libertariens une merveilleuse invention : par leur caractère décentralisé et anonyme, elles leur

⁸⁶ Alan FEUER, « *The Bitcoin Ideology* », The New York Times, 14 déc. 2013 [http://www.nytimes.com/2013/12/15/sunday-review/the-bitcoin-ideology.html?_r=0]

⁸⁷ Jon SOUTHWORTH, « *Roger Ver, 'Bitcoin Jesus', Makes Largest Ever Bitcoin Donation of \$1m* », CoinDesk, 30 nov. 2013 [<http://www.coindesk.com/entrepreneur-roger-ver-1m-bitcoin-donation/>]

⁸⁸ Carole CADWALLADR, « *Meet Cody Wilson, creator of the 3D-gun, anarchist, libertarian* », The Guardian, 9 fév. 2014 [<http://www.theguardian.com/technology/2014/feb/10/cody-wilson-3d-gun-anarchist>]

permettent de contourner la surveillance de l'activité économique par les États, tout en proposant un contre-modèle fonctionnel au système des banques centrales, dont la capacité de création monétaire est théoriquement illimitée, alors que le Bitcoin est une monnaie structurellement déflationniste. L'un des risques de la régulation des monnaies digitales est donc de provoquer une cassure au sein de la communauté entre deux groupes aux intérêts potentiellement contraires. D'un côté, les entrepreneurs et les investisseurs qui utilisent la *blockchain* pour créer de la richesse. Ces derniers ont intérêt à ce que le Bitcoin soit régulé, car autrement leurs gains resteraient immobilisés dans une zone grise et ne pourraient pas être aisément réinvestis dans l'économie. De l'autre côté, une partie des pionniers dont l'intérêt pour le Bitcoin avait été guidé par des « *raisons philosophiques* ». Ceux-là souhaitent que ce projet continue de progresser dans le sens du renforcement de l'anonymat des utilisateurs. Il est probable que le second groupe cherchera à contourner les réglementations que le législateur imposera et, à notre sens, il y parviendra.

L'histoire récente nous montre en effet que l'innovateur a toujours une longueur d'avance sur le régulateur. L'incapacité de la HADOPI à réduire le volume d'œuvres artistiques téléchargées illégalement est l'exemple typique d'une régulation rendue inefficace par l'innovation. Dans leur article *Graduated Response Policy and the Behavior of Digital Pirates: Evidence from the French Three-strike (Hadopi) Law*⁸⁹, quatre chercheurs parviennent à la conclusion que « [la loi HADOPI] n'a eu aucun effet dissuasif substantiel ». Et, fort logiquement : « Nous trouvons que les individus les mieux informés quant à la teneur de la loi et aux moyens alternatifs de piratage s'écartent des réseaux P2P et utilisent des moyens non surveillés pour accéder illégalement aux mêmes contenus. »

Le projet Dark Wallet⁹⁰ est l'un des principaux exemples de la réaction de la communauté aux annonces de régulation. Pour justifier son lancement, ses créateurs expliquent que « nombre des principaux développeurs du Bitcoin coopèrent activement avec les autorités de régulation et recherchent l'approbation du législateur - nous pensons que cela n'est pas dans l'intérêt des utilisateurs du Bitcoin - ». Ils dénoncent la trahison des « principes de Satoshi Nakamoto »⁹¹ et maintiennent l'objectif de « conquérir un nouveau territoire de liberté ». Plus concrètement, le projet Dark Wallet consiste notamment à créer un portefeuille simple d'utilisation, sous la forme d'un *plugin* attaché à un navigateur Web, qui renforcerait encore le niveau d'anonymat des transactions. Dark Wallet est en cela proche du projet Zerocoin⁹². S'il est moins militant, le projet Zerocoin est plus précis sur la méthode qu'il utilisera pour renforcer l'anonymat des transactions. En effet, les meilleurs connaisseurs du Bitcoin ont depuis longtemps compris que le réseau n'est pas anonyme mais *pseudo-anonyme*. À l'heure actuelle, peu de méthodes existent pour être absolument certain de l'anonymat d'une transaction ; ces méthodes ont en outre le désavantage de reposer sur un tiers parti. Le projet Zerocoin consiste donc en somme à créer « la plus grande blanchisserie du monde - qui pourrait supporter des millions d'utilisateurs, qui n'aurait recours à aucun tiers parti et qui serait inviolable »⁹³. Pour

⁸⁹ Michael A. ARNOLD, Eric DARMON, Sylvain DEJEAN et Thierry PENARD, « *Graduated Response Policy and the Behavior of Digital Pirates: Evidence from the French Three-strike (Hadopi) Law* », 16 jan. 2014 [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2380522]

⁹⁰ Dark Wallet [<https://darkwallet.unsystem.net/>]

⁹¹ Ceux-ci sont évoqués dans le court billet rédigé par Nakamoto qui a accompagné la première publication du code du Bitcoin.

Satoshi NAKAMOTO, « *Bitcoin open source implementation of P2P currency* », P2P Foundation, 11 fév. 2009 [http://p2pfoundation.ning.com/forum/topics/bitcoin-open-source?xg_source=activity]

⁹² [<http://zerocoin.org/>]

⁹³ Matthew GREEN, « *Zerocoin: making Bitcoin anonymous* », A Few Thoughts on Cryptographic Engineering, 11 avr. 2013 [<http://blog.cryptographyengineering.com/2013/04/zerocoin-making-bitcoin-anonymous.html>]

simplifier⁹⁴, celui qui veut protéger l'anonymat de sa transaction convertit ses bitcoins en zerocoins avant de les récupérer quelques instants plus tard, diminués de faibles frais de transaction. Entre temps, les bitcoins reçus ont été mélangés pour créer de nouveaux zerocoins. Il deviendrait donc théoriquement impossible de « tracer » les transactions transitant par le réseau Zerocoin, car la chaîne de transactions, qui permet théoriquement de remonter à l'origine de chaque bitcoin, serait rompue.

CONCLUSION

L'économie qui se développe actuellement autour du Bitcoin ne pourra être viable que si son statut juridique est clarifié. La grande majorité des acteurs du Bitcoin réclament une régulation qui leur permettra de sortir de l'incertitude. Mais si la réglementation est trop restrictive, les entrepreneurs migreront vers les pays qui proposeront des conditions favorables au développement de leurs projets, et la France ratera le train du Bitcoin. Il revient donc au législateur de trouver le cadre juridique le plus approprié à la préservation des différents intérêts en présence : prévention du blanchiment, liberté des utilisateurs et des entrepreneurs et modernisation de l'économie par le développement de systèmes d'échange décentralisés.

⁹⁴ Les lecteurs les plus curieux pourront par exemple se référer à l'article mentionné par la note précédente.

BAPTISTE GACHET & BENJAMIN LE PENDEVEN

*La France « paradis »¹ du crowdfunding equity ?
Les promesses d'une réforme attendue*



Baptiste GACHET

Étudiant de l'École de
Droit de Sciences Po

Master Droit
économique

Spécialité :
« Entreprises, Marchés,
Régulation »



Benjamin LE PENDEVEN

Co-fondateur de
SOFTCORNER

Chercheur en sciences de
gestion

Les auteurs tiennent à remercier Alexia Rey, Benoît Bazzocchi et Nicolas Cuntz pour les conseils précieux qu'ils ont pu leur apporter lors de la rédaction de l'article.

RÉSUMÉ

Le projet de réforme du cadre juridique applicable aux sites de crowdfunding comporte d'importantes avancées pour les plateformes de type equity, notamment en matière de statut et de dérogation au régime de l'offre de titres au public. Un certain nombre de points, tel que le champ du service d'investissement de placement non garanti, doivent cependant être précisés de manière à sécuriser le développement économique des acteurs.

INTRODUCTION

Apparues avec l'essor des technologies de l'information et de la communication et du web 2.0, les plateformes de « *crowdfunding* » - « financement par la foule » ou « financement participatif » - permettent à des personnes morales et physiques de lever des fonds auprès d'un nombre relativement élevé d'acteurs pour les investir dans un projet précis, de court, moyen ou long terme, tel que la mise en place d'une action associative, le développement d'un produit ou encore le lancement d'une start-up². Réalisés sous diverses formes - dons, prêts, apports en capital -, ces financements sont le plus souvent³ effectués en contrepartie d'une rétribution en

¹ Déclaration de Fleur PELLERIN, ministre déléguée chargée des PME, de l'Innovation et de l'Economie numérique lors de la conférence de presse du 14 novembre 2013.

² Benjamin LE PENDEVEN, « Crowdfunding : définitions, enjeux, modèles et perspectives du financement participatif sur le web », article scientifique à paraître.

³ Alors que les projets recevant de pures donations philanthropiques ne constituent que 9% des projets financés, 91% des projets financés rétribuent leurs soutiens de manière financière ou non. V. BELLEFLAMME, LAMBERT et SCWIENBACHER, « Individual Crowdfunding practices », working paper, SSRN Electronic Journal, 2012.

nature ou monétaire, dont la valeur n'est pas toujours en rapport avec celle du financement apporté⁴.

La plupart des acteurs du *crowdfunding* considère que les plateformes s'organisent aujourd'hui autour de quatre modèles économiques : un modèle « *lending* » - financement par les prêts -, un modèle « *donation* » - financement philanthropique -, un modèle « *reward* » - financement avec contrepartie en nature - et un modèle « *equity* » - financement par acquisition de titres -⁵. Si elle a pu être contestée par certains auteurs⁶, cette typologie présente l'intérêt de distinguer des acteurs qui, bien qu'unis par leur rôle d'intermédiaire en financement sur internet, n'en recourent pas moins des réalités très différentes. Ainsi, en 2012, les montants intermédiés par les plateformes au niveau mondial s'élèvent à 1 169 millions de dollars pour le modèle *lending* et 979 millions de dollars pour le modèle *donation*, alors qu'ils plafonnent respectivement en dessous de 384 millions et 116 millions de dollars pour le modèle *reward* et le modèle *equity*⁷. Au niveau du montant moyen de levée de fonds par campagne, le modèle *equity* distance largement les autres modèles avec un montant moyen de 190 000 dollars, contre 4 300 dollars pour le modèle *lending*, et 2 300 dollars pour les modèles *reward* et *donation*⁸. Malgré ces disparités, l'émergence du *crowdfunding* dans le paysage du financement de projets est une réalité. Entre 2011 et 2012, le volume intermédié sur ces sites a en effet augmenté de 84 %, passant de 1 470 à 2 700 millions de dollars⁹. Par ailleurs, entre 2012 et 2013, le taux de croissance en volume est estimé à 89 %, les montants échangés passant de 2 700 à 5 100 millions de dollars¹⁰.

Devant cette importante progression, le gouvernement¹¹ en lien avec l'Autorité des marchés financiers (« AMF ») et l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (« ACPR »), s'est saisi des problématiques posées par le cadre juridique actuellement applicable aux plateformes de financement participatif, et notamment celles reposant sur un modèle *equity*. Dans un contexte de difficultés d'accès au crédit pour les start-ups et les PME¹², le développement des plateformes *equity* apparaît en effet comme un levier intéressant pour l'amorçage de projets entrepreneuriaux. Après l'organisation d'une consultation publique par l'AMF et l'ACPR¹³ sur les « réformes envisageables pour accompagner les initiatives du financement participatif », le

⁴ Sur des sites de financement de projets comme Ulule, la contrepartie en nature est souvent inférieure au montant apporté. Le financement comporte alors une dimension désintéressée propre au don. A l'inverse, sur des sites de *crowdfunding equity*, le retour sur investissement après cession des titres de l'entreprise financée peut être générateur d'une plus-value.

⁵ Cette division est d'ailleurs reprise dans le rapport *Financement participatif des entreprises : la mise en place d'un cadre réglementaire propice* publié par l'Observatoire des Entrepreneurs en date du 14 février 2014.

⁶ Joachim HEMER propose une typologie composée de 5 catégories, dont 2 divergeant du modèle classique : « *crowd donations*, *crowd sponsoring*, *crowd pre-selling (or crowd pre-ordering)*, *crowd lending and crowd equity (or crowd investing)* ». V. HEMER, « A snapshot on crowdfunding », working paper, *Firms and Regions Fraunhofer ISI*, 2011.

Zachary J. GRIFFIN (2012) a lui aussi proposé une typologie différente, mais relativement proche, avec 5 modèles différents : i) le *donation model*, qui concerne un don sans rien en échange ; ii) le *reward model*, pour lequel les internautes-financeurs reçoivent une récompense en guise de remerciement ; iii) le *prepurchase model*, qui permet à l'internaute d'acquiescer le produit concerné, ou lui donne droit à une importante réduction ; iiiv) le *lending model*, qui consiste en un prêt rémunéré d'intérêts ; v) le *equity model*, qui permet à l'internaute de devenir micro-actionnaire de projets entrepreneuriaux. V. GRIFFIN, « Crowdfunding : Fleeing the American Masses », *SSRN Electronic Journal*, 2012.

⁷ Massolution, *The Crowdfunding Industry Report 2013*, 2013.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Voir *supra* 7.

¹⁰ Voir *supra* 7.

¹¹ Discours de F. HOLLANDE du 29 avril 2013 à l'occasion de la clôture des Assises de l'entrepreneuriat.

¹² Observatoire des Entrepreneurs, « Le Financement des PME en 2014 : Quelles conditions pour la reprise ? », *PME Finance*, janvier 2014.

¹³ ACPR - AMF, *Un nouveau cadre pour faciliter le développement du financement participatif*, Consultation publique, 30 septembre 2013.

vote du projet de loi habilitant le gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises le 19 décembre 2013, et les annonces de la ministre Fleur Pellerin en date du 14 février dernier¹⁴, le gouvernement s'apprête à créer par ordonnance un cadre juridique propre au *crowdfunding* et à ses plateformes *equity*.

Avant la publication de ce texte et afin d'en éclaircir toute la portée, il convient de revenir sur les problématiques de droit posées par les dispositions législatives et réglementaires actuellement applicables aux acteurs de l'*equity* (I), ainsi que sur les progrès et insuffisances du projet de réforme (II). La version finale du texte aura indéniablement un impact significatif sur la structure, la compétitivité et la viabilité économique d'un modèle de financement encore en devenir.

I. LE CROWDFUNDING EQUITY « HORS LA LOI » ?

Les sites de *crowdfunding equity* sont apparus dans un environnement réglementaire pensé principalement pour des acteurs de taille importante évoluant autour ou en lien avec les marchés financiers tels que les Prestataires de Services d'Investissement (« PSI »). Cette situation a soulevé un certain nombre d'interrogations quant à la nature des prestations effectuées (A). Les plateformes *equity* se sont finalement placées par cohérence et nécessité sous le régime du statut de Conseiller en Investissements Financiers (« CIF ») (B) et ont développé leur activité malgré la largeur du champ d'application du régime de l'offre au public de titres financiers (C).

A. La complexe qualification des services offerts par les plateformes

La qualification des services offerts par les plateformes *equity* s'est avérée être un casse-tête pour les fondateurs et leurs conseils. Dans quelle mesure une réglementation inspirée de la directive MIF et construite autour des statuts de PSI et de CIF était susceptible de leur être applicable ? La publication, en mai 2013, par l'AMF et l'ACPR d'un « Guide du financement participatif à destination des plateformes et des porteurs de projet », a posé plus de questions qu'elle n'a apporté de réponses. Dans ce document, les régulateurs considéraient en effet que les plateformes « permettant le financement d'un projet entrepreneurial via la souscription de titres », étaient susceptibles de fournir des services d'investissement¹⁵ tels que : le placement non garanti, la réception-transmission d'ordres pour le compte de tiers (« RTO »), l'exécution d'ordres pour le compte de tiers, le conseil en investissement voire même l'exploitation d'un système multilatéral de négociation (« SMN »)¹⁶!

S'il semblait peu contestable que les plateformes *equity* offraient un service de conseil en investissement¹⁷, les autres propositions avancées par les régulateurs apparaissaient quelques

¹⁴ Ministère de l'Economie et des Finances, Conférence « Faire de la France le pays pionnier du financement participatif », 14 février 2014.

¹⁵ C. mon. fin., art. L. 321-1.

¹⁶ AMF et ACPR, *Guide du financement participatif (crowdfunding) à destination des plates-formes et des porteurs de projet*, mai 2013, p. 8-9.

¹⁷ Aux termes de l'article D. 321-1 du Code monétaire et financier « constitue le service de conseil en investissement le fait de fournir des recommandations personnalisées à un tiers, soit à sa demande, soit à l'initiative de l'entreprise qui fournit le conseil, concernant une ou plusieurs transactions portant sur des instruments financiers. Le règlement général de l'Autorité des marchés financiers précise la notion de recommandation personnalisée au sens de la présente disposition » Issue de la directive MIF, la notion de « recommandation personnalisée » constitue le critère de qualification du conseil en investissements. V. Christophe DE WATRIGANT, *Fasc. 1562. Conseiller en Investissements Financiers*, JurisClasseur Banque, 10 juillet 2008, LexisNexis.

peu en décalage au regard de l'activité réellement effectuée. Pas plus qu'elles n'exploitent un SMN, les plateformes ne proposent actuellement de services d'exécution d'ordres ou de réception-transmission d'ordres pour le compte de tiers. Cette dernière notion, rappelons-le, vise en effet exclusivement la réception et la transmission d'ordres à destination d'un PSI ou à une entité européenne de statut équivalent¹⁸. La qualification de service de placement non garanti¹⁹ rendait mieux compte du modèle économique des plateformes. Mais là encore, celle-ci était sujette à débat tant leur activité, qui peut dans certains cas se résumer à une mise en ligne du projet dont les investisseurs vont prendre connaissance de leur propre initiative, semble éloignée de la recherche active de souscripteurs ou d'acquéreurs effectuée habituellement par un PSI dans le cadre d'un contrat de placement non garanti.

La qualification juridique des services d'investissement offerts par les plateformes était d'une importance cruciale. De son résultat dépendait l'obligation pour les plateformes de se placer ou non sous le statut de PSI.

B. Le nécessaire recours au statut de CIF

La totalité des plateformes françaises de type *equity* ont procédé à une lecture restrictive des dispositions du Code monétaire et financier (« CMF ») relatives aux services d'investissement, et ont par conséquent décidé de se placer sous le statut de conseiller en investissements financiers pour exercer leur activité. Au-delà de considérations de pur droit, ce choix emportait d'importantes conséquences quant à la viabilité du modèle économique des plateformes. En retenant à l'inverse une analyse extensive des dispositions du CMF relatives aux services d'investissement, les plateformes seraient en effet tombées dans le champ de l'article L. 531-10 du CMF et auraient été contraintes de déposer, conformément à l'article L. 531-1 du même Code, une demande d'agrément pour fournir des services d'investissement. Elles-mêmes jeunes start-ups évoluant sur un marché de taille encore très réduite²⁰, les plateformes *equity* n'auraient pas eu les moyens financiers et humains pour satisfaire aux conditions et obligations nécessaires à l'obtention et à la conservation du statut PSI²¹.

Pour des raisons d'opportunités aussi bien juridique qu'économique, les plateformes *equity* se sont donc tournées vers le statut de CIF dont l'obtention, plus simple que la procédure d'agrément PSI, est soumise au respect de conditions d'âge, d'honorabilité, de résidence et de compétence ainsi qu'à une obligation de couverture assurantielle et d'adhésion à une

¹⁸ Aux termes de l'article D. 321-1 du Code monétaire et financier « constitue le service de réception et transmission d'ordres pour le compte de tiers le fait de recevoir et de transmettre à un prestataire de services d'investissement ou à une entité relevant d'un État non membre de la Communauté européenne et non partie à l'accord sur l'Espace économique européen et ayant un statut équivalent, pour le compte d'un tiers, des ordres portant sur des instruments financiers ».

¹⁹ Aux termes du même article « constitue le service de placement non garanti le fait de rechercher des souscripteurs ou des acquéreurs pour le compte d'un émetteur ou d'un cédant d'instruments financiers sans lui garantir un montant de souscription ».

²⁰ En 2013, SmartAngels, WiSEED, Anaxago et Particeep ont permis la levée de 10,2 millions d'euros par des start-ups et PME. [<http://www.journaldunet.com/ebusiness/le-net/2013-crowdfunding-bilan/smart-angels.shtml>]

²¹ Conformément aux articles 3 et suivants du règlement n° 96-15 du CRBF, les PSI sont par exemple tenus de disposer d'un capital social minimum de 50 000 à 3 800 000 d'euros, en fonction des services d'investissement qu'ils proposent. Dans le cas des plateformes *equity*, ce niveau se situerait entre 50 000 et 730 000 euros suivant que l'opérateur effectue ou non le service de placement non garanti. En plus de la RTO. En matière comptable, les PSI sont soumis, sur renvoi de l'article L. 533-5 du Code monétaire et financier, aux obligations comptables applicables aux établissements de crédit. Si les dispositions prévues en matière de normes de gestion prudentielle ne s'appliqueraient pas à l'immense majorité des plateformes *equity* du fait qu'elles ne détiennent pas de fonds ou de titres appartenant à leurs clients, ces dernières n'en resteraient pas moins soumises à des règles d'organisation très strictes en matière notamment de contrôle interne, de conformité, de gestion des conflits d'intérêts et de relation avec le client.

association professionnelle agréée par l'AMF²². En vue d'exercer leur activité en conformité avec les dispositions légales, réglementaires et professionnelles applicables à ce statut, les acteurs du *crowdfunding equity* ont par ailleurs développé un modèle d'organisation juridique cadre qui, bien que pouvant connaître des variantes, repose sur une inscription en deux phases :

Lors de la première, l'internaute déclare des informations générales sur sa situation et se voit invité à reconnaître qu'il accepte les conditions générales d'utilisation de la plateforme où figurent les informations énumérées à l'article 325-3 du Règlement général de l'AMF (« RGAMF »). Il signe par ailleurs électroniquement la lettre de mission prévue à l'article L. 325-4 du même règlement, par laquelle il autorise la plateforme à lui fournir un conseil portant sur la réalisation d'opérations sur instruments financiers. Une fois ces formalités accomplies, l'internaute peut naviguer sur la plateforme afin de se renseigner sur les différentes opportunités d'investissement et leur ticket d'entrée, mais sans toutefois avoir accès à des informations détaillées concernant l'émetteur ou pouvoir procéder à un investissement. Ces deux actions ne sont permises qu'après l'accomplissement de la deuxième phase de l'inscription.

Lors de cette deuxième phase, l'internaute est invité à remplir un questionnaire détaillé portant sur (1) ses compétences en matière financière - formation ou expérience professionnelle dans le domaine -, (2) sa situation patrimoniale et financière - revenus et placements -, ainsi que (3) sur ses objectifs d'investissement - durée de l'investissement, aversion au risque, rentabilité attendue. De manière à permettre à la plateforme de vérifier ses déclarations et réaliser le *suitability test* prévu à l'article L. 541-1 du CMF, l'internaute sera par ailleurs tenu de fournir un certain nombre de justificatifs : déclaration d'impôt sur le revenu, extrait du fichier des investisseurs qualifiés. A l'issue de cette deuxième phase, l'internaute peut désormais demander à accéder au dossier d'investissement de l'émetteur²³. L'accès à ce dossier est contrôlé par l'émetteur qui vérifie le sérieux de la démarche de l'investisseur, de manière à ne pas dépasser les seuils du placement privé²⁴ avant l'achèvement de la levée de fonds.

Si l'émetteur atteint le seuil pour valider sa levée de fonds, l'investissement s'effectue soit par une prise de participation directe dans le capital de l'émetteur²⁵ ou par une prise de participation indirecte *via* un véhicule réunissant les actionnaires originaires de la plateforme²⁶. Dans tous les cas, l'investissement entraîne adhésion à un pacte d'actionnaires visant à permettre une gestion raisonnable et simplifiée d'un actionnariat éclaté²⁷, ainsi qu'à organiser les termes d'une éventuelle sortie à terme²⁸.

²² Voir *supra*¹⁷, page 19.

²³ Sur la plateforme SmartAngels, ce dossier comprend un *executive summary*, un info-memo, une note d'opération et les statuts de l'émetteur. Il renseigne aussi l'investisseur sur les modalités et le montant de la rémunération de la plateforme. Montants pouvant varier d'un projet à l'autre.

²⁴ C. mon. fin., art. L. 411-2 II.

²⁵ Ce modèle d'investissement est mis en place par la plateforme SmartAngels.

²⁶ Ce modèle est mis en place par la plateforme WiSEED.

²⁷ Il convient de noter que la plupart des plateformes ont par ailleurs développé des outils de gestion numérique simplifiée de l'actionnariat.

²⁸ Si elle n'a pour l'instant que peu été évoquée, la question de la liquidité des titres est essentielle pour que les plateformes *equity* puissent s'imposer durablement comme acteurs du financement des start-ups et PME. A ce sujet, on mentionnera que dans leur position commune *Guide du financement participatif (crowdfunding) à destination des plates-formes et des porteurs de projet*, en date de mai 2013, l'AMF et l'ACPR ont indiqué qu'une plateforme qui « se contenterait de mettre à disposition un « carnet d'annonces » permettant uniquement aux investisseurs de faire savoir qu'ils veulent céder les titres préalablement acquis par son intermédiaire n'exploite pas un SMN ». Ce système devrait vraisemblablement être fermé, ne pas offrir de cotation ni d'appariement des ordres ainsi que comporter un nombre limité de périodes de négociations par an.

Si pour les raisons précédemment évoquées, les plateformes de *crowdfunding* de type *equity* sont *a priori* légitimes dans leur recours et leur respect du statut de CIF, c'est finalement sur le terrain du régime de l'offre au public de titres financiers que leur activité et celles de leurs émetteurs semblaient le plus contestables.

C. Le difficile respect du régime de l'offre au public de titres financiers

Crée en vue d'informer et de protéger les épargnants, le régime de l'offre au public de titres financiers est inadapté aux plateformes de *crowdfunding equity*. Les sociétés qui ont recours à leurs services sont en effet des start-ups qui du fait de leur forme sociale - elles ont recours au statut de société par actions simplifiée - ne sont pas autorisées à réaliser une offre au public de titres financiers²⁹. Les exceptions permettant de sortir du champ de l'offre au public de titres prévues par le I de l'article L. 411-2 du CMF³⁰ ne leur sont pas d'un grand secours. Celles-ci ne sont en effet prévues que pour les offres portant « sur des titres que l'émetteur est autorisé à offrir au public »³¹, i.e. les titres de sociétés anonymes et non de sociétés par actions simplifiées. Si le recours au placement privé³², apparaissait en l'état de la réglementation comme une voie intéressante pour échapper à l'obligation de publication d'un prospectus - du fait qu'il ne soit pas réservé aux « titres que l'émetteur est autorisé à offrir au public » -, le seuil de 150 personnes prévu par l'article D. 411-4 du CMF pour définir un « cercle restreint d'investisseurs » limitait significativement son intérêt. Dans cette configuration, pour qu'une levée de fonds d'un montant d'un million d'euros réussisse, chaque investisseur ayant eu accès au dossier d'investissement est en effet tenu d'apporter plus de 6 500 euros de son propre compte.

La possibilité pour les plateformes *equity* de se prévaloir des dispositions relatives au placement privé pouvait par ailleurs poser question au regard de la décision AMF Arkeon Finance en date du 6 août 2012³³. En l'espèce, le régulateur avait en effet retenu qu'un message placé sur un site internet présentant un caractère promotionnel et indiquant « de manière suffisamment précise la marche à suivre pour souscrire les instruments financiers (personnes à contacter, lieu de mise à disposition de l'information...) »³⁴ est constitutif d'une « communication d'offre » entrant dans le champ des définitions des paragraphes 1 et 2 de l'article L. 411-1 du CMF. Cette appréciation faisait peser un risque juridique important pour les plateformes. L'information disponible sur l'émetteur après la première phase de l'inscription était-elle constitutive d'une « communication d'offre » ? L'examen de la plupart des plateformes *equity* semble indiquer que oui. La nécessité pour l'investisseur d'obtenir l'autorisation de l'émetteur pour accéder au dossier d'investissement aurait-elle pu mettre en échec cette qualification ? Rien n'était moins sûr compte tenu de la décision AMF précédemment évoquée.

²⁹ C. civ., art. 1841 ; C. com., art. 227-2.

³⁰ Conformément à l'article L. 411-2 du Code monétaire et financier et à l'article 211-2 du Règlement général de l'AMF, pour sortir du régime de l'offre au public de titres financiers, l'offre de titres doit : si elle est majoritaire, rester inférieure à 100 000 euros ; si elle est minoritaire, rester comprise entre 100 000 et 5 000 000 d'euros ; ou encore, prévoir un ticket d'entrée ou porter sur des titres dont la valeur nominale s'élève au moins à 100 000 euros.

³¹ Article 411-2 du Code monétaire et financier.

³² Conformément aux articles L. 411-2 et D. 411-4 du Code monétaire et financier et à l'article L. 211-3 du Règlement général de l'AMF, le placement privé recouvre l'offre de titres s'adressant exclusivement aux personnes fournissant le service d'investissement de gestion de portefeuille pour compte de tiers, aux investisseurs qualifiés, ou à un cercle restreint à 150 investisseurs, sous réserve que ces investisseurs agissent pour compte propre.

³³ AMF, 6 août 2012, Arkeon Finance, 2012-028255.

³⁴ PASTUREL Diane et CUNTZ Nicolas, « Manquement à l'obligation de diffuser un prospectus : les montages ISF sous la pression de la commission des sanctions de l'AMF », *Bulletin Joly Bourse*, 01 novembre 2012 n°11, p. 489.

Ce dernier point résume bien l'enseignement pouvant être tiré de l'analyse du fonctionnement juridique et économique actuel des plateformes de *crowdfunding*. Lancées par des fondateurs volontaires et ambitieux, elles ont émergé dans un environnement réglementaire mouvant, faisant peser sur elles un risque juridique important et des contraintes susceptibles de brider leur développement. C'est ce constat qui a inspiré la réforme proposée par le gouvernement en lien avec les régulateurs.

II. UN PROJET DE RÉFORME AMBITIEUX DEVANT ÊTRE PRÉCISÉ

Annoncée par la consultation lancée par l'AMF et l'ACPR le 30 septembre 2013³⁵ ainsi que par les annonces de la ministre Fleur Pellerin lors de la conférence « Faire de la France le pays pionnier du financement participatif » du 14 février dernier, la réforme de la réglementation applicable aux plateformes de *crowdfunding* de type *equity* emporte modification du régime de l'offre au public de titres financiers (A) ainsi que création d'un nouveau statut de Conseiller en Investissement Participatif (« CIP ») (B). Malgré ces avancées notables, un certain nombre de points restent à préciser (C).

A. Une refonte du régime de l'offre au public de titres financiers

Passé à tort ou à raison³⁶ auprès des médias comme la mesure phare du projet de réforme de la réglementation applicable aux plateformes *equity*, la refonte du régime de l'offre au public de titres financiers va permettre de libérer les plateformes de l'étroit champ des exceptions prévues par le II. de l'article L. 411-2 du CMF.

Cette refonte consiste tout d'abord à autoriser les sociétés par actions simplifiées (« SAS ») à bénéficier des exceptions de seuil prévues par le I. de l'article L. 411-2 du CMF, notamment pour les offres majoritaires. Si les modalités de cette modification ne sont pas encore connues, celle-ci pourrait s'effectuer sous une forme étroite ou élargie. Dans le premier cas de figure, les SAS se verraient strictement attribuer le bénéfice de l'exemption *via*, par exemple la suppression de la mention « lorsqu'elle porte sur des titres que l'émetteur est autorisé à offrir au public » au I. de l'article L. 411-2 du CMF. Dans le second scénario, nettement plus incertain car il dépasserait le simple cadre du *crowdfunding*, une réécriture de l'article L. 227-2 du Code de commerce pourrait être effectuée avec une autorisation expresse pour la SAS de faire « publiquement appel à l'épargne ». En tout état de cause et comme la ministre Fleur Pellerin l'a rappelé lors de la conférence du 14 février dernier, cette ouverture aux SAS des exemptions de seuil prévues au régime de l'offre au public de titres financiers ne se ferait pas sans contrepartie. Si aucune précision officielle n'a pour l'heure été apportée dans ce domaine, il est probable que ces dernières soient soumises à des obligations particulières en matière de gouvernance et de comptabilité. Pour pouvoir bénéficier de l'intégralité des exemptions au régime de l'offre au public de titres financiers, les SAS perdraient de leur souplesse statutaire tout en conservant leur attractivité par rapport à la SA, avec notamment une absence de nombre minimum d'associés ou de capital social. Ces modifications ne pourraient être apportées sans nécessiter une large concertation de la communauté entrepreneuriale et notamment de leurs conseils, experts-comptables et avocats.

³⁵ Voir supra ¹³.

³⁶ La problématique toute aussi importante du champ de la notion de placement non garanti a été complètement occultée du débat public.

L'autorisation pour les SAS de bénéficier des exceptions de seuil prévues par le I. de l'article L. 411-2 du CMF n'aurait pas été d'un grand secours, si le seuil maximum pour procéder à une offre majoritaire était resté à son niveau actuel de 100 000 euros³⁷. Sur ce point, il convient de souligner le volontarisme du gouvernement qui, conformément aux vœux de certains acteurs du secteur³⁸, prévoit de le faire passer à 1 million d'euros. L'absence de mise en place d'un plafond en fonction des ressources de l'investisseur, comme cela est actuellement prévu au Royaume-Uni et aux États-Unis³⁹, mérite également d'être saluée. Cette disposition présente l'intérêt d'éviter de mettre à la charge des plateformes un contrôle très lourd, coûteux voire inefficace - en l'absence de fichier positif -, de leurs investisseurs. Le fait que le seuil de l'exemption de l'offre majoritaire reste en dessous du seuil de 5 millions d'euros permis par la Directive « prospectus »⁴⁰ ne semble enfin pas poser de difficultés. Très peu de start-ups sont en effet susceptibles de chercher un financement en capital supérieur à 1 million d'euros. Si tel devait être le cas, leur démarche de levée de fonds ne s'effectuerait de toute façon pas pour combler l'*equity gap*, mais plutôt dans une stratégie d'évitement d'augmentation du capital auprès d'acteurs professionnels du capital-investissement.

B. La pertinence du nouveau statut CIP

Mise en avant comme la première des propositions de modifications législatives et réglementaires par la consultation AMF-ACPR de septembre 2013, la création du statut de conseiller en investissement participatif permet d'offrir un cadre juridique spécifique aux plateformes de *crowdfunding* et plus particulièrement aux plateformes *equity*.

La lecture croisée des propositions de modifications d'ordre législatif de la consultation avec les dispositions du CMF applicables au conseiller en investissements financiers révèle la forte parenté des deux statuts. Visant tous deux les personnes morales exerçant à titre de profession habituelle l'activité de conseil en investissement mentionnée au 5° de l'article L. 321-1 du CMF, leurs conditions d'accès, notamment en termes de nationalité de la personne morale, d'âge, de qualification et d'honorabilité des gestionnaires personnes physiques ou encore d'adhésion à une association professionnelle agréée sont similaires. En matière de protection des investisseurs, les CIP sont soumis quasiment mot pour mot aux obligations applicables aux CIF. Ils sont ainsi tenus de souscrire à l'assurance responsabilité civile professionnelle prévue à l'article L. 541-3 du CMF et de se conformer à des règles de bonne conduite reprenant les dispositions de l'article L. 541-8-1 du même Code. A l'image des CIF, les CIP ne pourraient bénéficier du passeport européen prévu aux articles L. 532-16 à L. 532-27 du CMF. Contrairement aux prestataires de services d'investissement, ils ne seraient pas cependant soumis à des obligations de fonds propres.

Au titre des divergences entre les deux statuts, on notera dans le projet d'article L. 547-1 du CMF, page 2 de la consultation, la mention de la possibilité pour les CIP d'effectuer une « prise en charge des bulletins de souscription dans les conditions définies par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers ». Cette disposition, précisée dans le projet d'article 325-50 du RGAMF page 17 de la consultation, semble apporter une solution au problème précédemment évoqué de la qualification des services de réception et transmission d'ordres offerts par les plateformes. La lecture des propositions des régulateurs indique leur ralliement à

³⁷ Voir supra ³¹.

³⁸ Antoine DUROYON, « La France se voit en pionnier du *crowdfunding* », *L'AGEFI*, 17, février 2014.

³⁹ Voir supra ⁵, p.9.

⁴⁰ Directive 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation.

une lecture littérale du paragraphe 1 de l'article D. 321-1 du Code monétaire et financier. La qualification de RTO au sens du CMF ne serait retenue que pour la réception et transmission d'ordre visant exclusivement les PSI ou les entités européennes de statut équivalent.

Au-delà des propositions de modification du CMF, le projet de modification du RGAMF est riche d'enseignements concernant le regard porté par les régulateurs sur les pratiques actuelles des plateformes *equity*. La proposition d'introduction d'un article 217-1 relatif aux obligations d'information des épargnants vient valider la politique des plateformes *equity* en ce domaine⁴¹. Il prévoit que l'émetteur sera tenu de fournir à l'épargnant des informations sur : son activité économique et ses risques, sa situation financière et comptable, son équipe dirigeante et l'actionnariat existant, ainsi qu'une description des droits attachés aux titres émis, les modalités de leur remise et les perspectives de sortie pour l'investisseur. Ces dispositions présentent un bon compromis entre la nécessaire information de l'investisseur et la prise en compte des contraintes économiques et financières pesant sur les start-ups et PME cherchant un financement sur les plateformes.

Il convient de noter que les acteurs du *crowdfunding equity* disposent d'ores et déjà de procédures de sélection visant à récupérer ces informations ainsi qu'à tester la cohérence des projets qui leur sont soumis. Si celles-ci ne garantissent en rien la viabilité et la rentabilité à terme de la start-up, elles visent à détecter les *business models* les plus défaillants. Bien que chaque site de *crowdfunding* présente des procédures de sélection particulières, il semble possible d'identifier deux modèles différents.

Le premier, que l'on qualifiera « d'interne », consiste principalement en une analyse du projet par l'équipe financière de la plateforme. Les dirigeants de la start-up transmettent au site internet des informations juridiques, économiques, comptables et financières sur leur projet, un mémorandum d'information, un *executive summary* ainsi qu'une présentation de l'équipe. L'équipe financière de la plateforme décide alors ou non de valider le dossier et de le présenter aux investisseurs. Dans cette seconde phase, les investisseurs, munis du dossier d'investissement, auront la possibilité d'interroger les porteurs de projet par écrit sur des forums ou lors de vidéoconférences. La communication des porteurs de projet durant cette période est essentielle. Leur capacité à élargir leur cercle d'investisseurs au-delà de leurs proches et par suite la réussite de la levée de fonds dépendront de la perception de la start-up sur le site.

Le second modèle, pouvant être qualifié de « social » ou « collaboratif », et notamment mis en place par WiSEED⁴², fait intervenir l'audit des investisseurs plus en amont. Après une revue initiale, le projet est soumis au vote des investisseurs. Ce vote permet d'apprécier les chances de réussite de la levée de fonds, mais surtout de faire apparaître des points de difficulté qui auraient pu passer au travers de la revue initiale. Dans cette configuration, la plate-forme valorise pleinement les externalités positives dégagées par ses membres. Une fois cette étape franchie, la start-up est soumise à une *due diligence* de l'équipe financière permettant d'arrêter une valorisation. Après l'accomplissement de cette troisième étape, le financement est ouvert aux investisseurs qui pourront de nouveau solliciter les porteurs de projet. Le fait que WiSEED soit à notre connaissance la seule plate-forme *equity* à recourir à une consultation de la foule avant d'entrer en phase de *due diligence* peut s'expliquer par son ancienneté et sa position de *leader* sur le marché français.

⁴¹ Voir supra ²⁴.

⁴² Voir, WiSEED, Guide des entrepreneurs 2013-2014 : https://s3-eu-west-1.amazonaws.com/wiseed-public-fr/mediatheque/guide_entrepreneurs_2013-2014.pdf

Porteur de précisions intéressantes en ce qui concernait la qualification des opérations de réception-transmission d'ordres ainsi que sur l'information à mettre à disposition des investisseurs, le projet de réforme n'en prévoyait pas moins initialement la création d'obligations susceptibles de ralentir significativement le développement des plateformes.

C. Des clarifications et une action politique européenne nécessaires

Ainsi qu'il l'a été rappelé⁴³, l'un des premiers enjeux de la réforme du *crowdfunding* était de savoir sous quelles conditions l'activité des plateformes *equity* pouvait être appréhendée comme un service de placement non garanti, et par suite entraîner pour les plateformes la nécessité d'être agréées comme PSI avec obligation de constitution d'un capital minimum de 730 000 euros⁴⁴.

Afin de répondre à ces interrogations, l'AMF et l'ACPR ont soumis à consultation un projet de position commune. Partant de la définition donnée par le CMF du placement non garanti⁴⁵, ainsi que de leurs positions en date du 16 juillet 2012 relatives au placement et à la commercialisation d'instruments financiers⁴⁶, les régulateurs ont rappelé que :

« *Le service de placement non garanti suppose la réunion de deux conditions cumulatives : l'une est l'existence d'un service rendu à un émetteur ou cédant d'instruments financiers, l'autre est la recherche, qu'elle soit directe ou indirecte, de souscripteurs ou d'acquéreurs.* »

Concernant les plateformes *equity*, l'AMF et l'ACPR précisent que celles-ci peuvent « être regardées comme ne fournissant pas le service de placement non garanti », sous réserve : (1) qu'elles « restreignent l'accès à certains investisseurs qu'elles sélectionnent [...] » et (2) qu'elles « ne cherchent pas activement de souscripteurs pour une opération donnée ».

Si prises isolément ces deux conditions semblaient être *a priori* respectées par les plateformes ne pratiquant pas le démarchage et ayant recours au modèle d'inscription en deux phases, la lecture des précisions apportées par les régulateurs sur la portée de ces conditions indiquait le contraire.

Selon ces derniers, l'accès restreint de la plateforme à certains investisseurs impliquait en effet que la partie du site accessible au public ne doive « fournir aucun élément caractéristique permettant de trouver via une simple recherche sur Internet l'identité de l'émetteur ». Dans cette situation, les plateformes étaient donc contraintes de se « fermer » au public et de renoncer à leur modèle actuel d'une inscription en deux phases. Bien que cette solution avait le mérite de la clarté et de la cohérence compte tenu de la réglementation actuellement applicable à la publicité sur internet⁴⁷, on pouvait regretter que les régulateurs n'aient pas pris en compte les spécificités de la finance participative pour offrir aux plateformes un cadre

⁴³ Voir page 3 les développements relatifs à la qualification des services offerts par les plateformes.

⁴⁴ Règlement du Comité de la réglementation bancaire et financière n°96-15 du 20 décembre 1996 modifié, relatif au capital minimum des prestataires de services d'investissement, art. 3^{er}.

⁴⁵ Voir supra ¹⁹.

⁴⁶ Position n°2012-08 de l'AMF et position 2012-P-02 de l'ACP du 16 juillet 2012 relatives au placement et à la commercialisation d'instruments financiers.

⁴⁷ Marie-Elisabeth MATHIEU, *Fasc. 125. Transactions bancaires et financières à distance*, JurisClasseur Banque, 16 août 2005, LexisNexis.

réglementaire dérogatoire. À terme, cette disposition aurait vraisemblablement eu pour effet d'entraîner un renforcement des sites établis au détriment des nouveaux entrants.

La position des régulateurs concernant la condition d'absence de recherche active de souscripteurs pour une opération donnée présentait également des difficultés. Au-delà de l'interdiction du recours au *mailing* pour assurer la promotion d'un projet donné, celle-ci emportait qu'une « rémunération indexée sur les montants collectés serait susceptible de caractériser la fourniture de placement non garanti »⁴⁸. Cette indication était d'autant plus problématique que l'intégralité des plateformes *equity* avait fondé son modèle économique sur ce type de rémunération dit de *success fees* et qu'il leur aurait été difficile d'en changer. On voyait en effet difficilement comment une start-up ou une PME de taille réduite à la recherche de financement aurait eu les moyens de rémunérer la plateforme préalablement à la réussite de la levée de fonds.

Si le raisonnement des régulateurs présentait une certaine logique - une rémunération intéressant la plateforme à la réussite emportant nécessairement pour elle un intérêt de rechercher des souscripteurs ou acquéreurs pour le compte de l'émetteur -, on notera que la mise en place d'une rémunération forfaitaire n'emportait nullement le désintéressement de la plateforme à la réussite de la levée de fonds. Dans un marché émergent et fortement concurrentiel, celles-ci auraient en effet utilisé leur pourcentage de réussite de levée de fonds comme un argument commercial pour attirer les porteurs de projets. Ces derniers y auraient été d'autant plus sensibles qu'un modèle de rémunération forfaitaire non indexé sur la réussite du financement leur transfère *de facto* le risque d'échec de l'opération.

Bien qu'aucune déclaration officielle n'ait été effectuée en sens, il semblerait que l'AMF et l'ACPR aient été sensibles aux critiques adressées sur ces deux points par la communauté du *crowdfunding equity*. D'après nos informations, le projet de position commune en cours de préparation donnerait aux plateformes la possibilité de conserver leur modèle de présentation ainsi qu'une rémunération de type *success fees*.

Si cette avancée mérite d'être saluée, elle ne doit pas faire oublier qu'un dernier obstacle reste à lever pour permettre aux plateformes françaises de rivaliser avec leurs homologues américaines. Fondé sur les exemptions optionnelles prévues par l'article 3 de la directive MIF⁴⁹, le statut de conseiller en investissement participatif n'est en l'état pas « passeportable », ce qui restreint la capacité de déploiement des sites français sur le marché européen. Une modification des directives MIF et CAD⁵⁰ qui viserait à créer un statut européen pour les plateformes, apparaît à terme incontournable. Celui-ci pourrait prendre la forme d'un prestataire de services d'investissement allégé, notamment en matière de fonds propres.

CONCLUSION

⁴⁸ Voir *supra* ⁴⁶.

⁴⁹ Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers.

⁵⁰ Directive 2006/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit.

Dans l'hypothèse où la modification du projet de résolution commune entre l'AMF et l'ACPR sur le placement non garanti serait confirmée, la réforme du *crowdfunding* constituerait un indéniable progrès pour la sécurité juridique des plateformes.

En pratique, celle-ci devrait favoriser une consolidation du secteur. Bien qu'il soit difficile de quantifier son impact exact en termes d'augmentation des montants intermédiés sur les seules plateformes *equity*, celui-ci pourrait être substantiel. En Italie, les montants intermédiés sur l'ensemble des sites de *crowdfunding* ont été multipliés par 2,5 en un an après la publication du *Decreto sviluppo*.

Même si les États-Unis et le Royaume-Uni sont aujourd'hui les deux places fortes pour le financement participatif sur internet avec respectivement en 2012, 1, 606 milliards⁵¹ et 609 millions⁵² d'euros intermédiés, contre de 24,5 à 40 millions pour la France⁵³, ces chiffres sont à relativiser en ce qui concerne le *crowdfunding equity*. Apparue après les modèles *donation*, *reward* et *lending*, le *crowdfunding equity* ne représente aujourd'hui en volume que 5 % des montants intermédiés au niveau mondial⁵⁴. En se basant sur le palmarès établi par l'Observatoire des Entrepreneurs⁵⁵, la France se situait en 2013, avec plus de 9 millions d'euros investis en titres sur ses plateformes, au deuxième rang européen derrière la Grande-Bretagne, avec plus de 19 millions d'euros, mais avant l'Allemagne avec un peu plus de 7 millions d'euros. Le fossé entre les plateformes *equity* françaises et les plateformes britanniques ne semble donc pas insurmontable.

La responsabilité des plateformes dans la présentation de projets aux investisseurs, ainsi que la mise en place de systèmes d'échanges de titres⁵⁶ restent deux sujets sur lesquels le gouvernement et les régulateurs ne se sont encore que peu penchés et qui mériteront à terme des précisions. A cet égard, on pourrait imaginer qu'à l'image des banquiers introducteurs, les sites soient tenus d'une obligation de vérification des informations présentées par l'émetteur, ne serait-ce que pour garantir l'investisseur contre toute omission significative de nature à l'induire en erreur ou à fausser son jugement.

Si comme le met en avant le gouvernement, la France semble désormais disposer d'un cadre réglementaire compétitif, en ce qu'il autorise notamment l'accès des SAS aux plateformes et n'impose pas de plafonds de participation individuelle en fonction des ressources, il convient de tempérer tout excès d'optimisme. Le risque d'échec des projets portés par les investisseurs demeure très élevé et pourrait s'avérer constituer une importante source de contentieux.

⁵¹ Massolution, *The Crowdfunding Industry Report 2013* cité p. 12 in Observatoire des Entrepreneurs, *Financement participatif des entreprises : la mise en place d'un cadre réglementaire propice* », 14 février 2014.

⁵² COLLINS, SWART, ZHANG, *The UK alternative finance benchmarking report*, décembre 2013.

⁵³ Observatoire des Entrepreneurs, *Financement participatif des entreprises : la mise en place d'un cadre réglementaire propice* », 14 février 2014, p.20.

⁵⁴ Massolution, *The Crowdfunding Industry Report 2013* cité p. 15 in Observatoire des Entrepreneurs, *Financement participatif des entreprises : la mise en place d'un cadre réglementaire propice* », 14 février 2014.

⁵⁵ Observatoire des Entrepreneurs, *Financement participatif des entreprises : la mise en place d'un cadre réglementaire propice* », 14 février 2014, p.35.

⁵⁶ Voir supra ²⁸.

DOSSIER THÉMATIQUE

DOSSIER THÉMATIQUE

L'EXIGENCE DE TRANSPARENCE

Introduction du Directeur scientifique

Jacques Terray

Comment améliorer la lutte contre la corruption dans les marchés publics ?

Thierry Beaugé

La situation juridique des entreprises françaises, face aux enquêtes de régulateurs étrangers

Kami Haeri et Thomas Chanzy

Procedural approaches to corruption in international investment arbitration : business as usual ?

Thomas Kendra et Anna Bonini

La transparence et les marchés financiers - tendances actuelles

Didier Kling

La transparence fiscale : l'exemple de la régularisation des avoirs étrangers

Matias Labé, Nicolas Vergnet et Bob Zeller

La transparence : vertu démocratique ou vie privée en péril ?

Flore Mével et Joëlle Jeanjean-Lemoine

Alerte éthique et fonction publique : la fin d'un malentendu français ?

Nicole Marie Meyer

JACQUES TERRAY*Introduction du Directeur scientifique*



Jacques TERRAY

Vice-président de Transparency
International FranceAdministrateur d'Ethique et
Investissement

Ancien avocat au barreau de Paris

Le Droit et la Transparence.

Deux mots dont on sent intuitivement le lien intime, en même temps que la différence de nature. Le premier, le droit, organise la vie en société au moyen de prescriptions et de préceptes. Le second, la transparence, est d'abord la qualité physique qui permet de voir à travers, qu'il s'agisse de la limpidité de l'air en montagne ou de la pureté du cristal.

Quand on applique le mot de transparence à la vie en société, c'est donc qu'on utilise une image, comme on parle aussi d'une maison de verre pour un groupe de personnes qui n'a rien à cacher.

On sait les limites que comporte nécessairement le recours aux images : on ne peut pas pousser la comparaison trop loin entre le phénomène physique et la relation entre des personnes que l'on cherche à décrire. Le risque est de perdre de vue la part irréductible d'opacité des individus, celle qui garantit justement leur individualité.

Dans notre tradition française, « le droit a une liste de devoirs envers le prochain bien plus courte que la morale (...) Dans l'appréciation du mérite des actions, le droit s'en tient, en principe, aux attitudes extérieures » (Carbonnier, *Droit civil*, t.1, 1980 - 13^e édition).

Autrement dit, mensonge et dissimulation n'intéressent le droit que si l'intérêt d'autrui s'en trouve affecté.

Voilà circonscrit le domaine que le droit assigne à l'obligation de transparence, du moins dans la conception civiliste. Le serment déféré au Chef de l'État pour lui faire dire la vérité sur un écart de conduite personnelle (affaire Lewinsky) relève d'une autre tradition, puritaine, qui nous est étrangère : ce qui est ici reproché, ce n'est pas le tort fait à un tiers mais le fait d'avoir « menti », d'avoir commis une faute morale. De même, le commissaire européen piégé

par des journalistes qui se sont fait passer pour des corrupteurs : on a stigmatisé sa *disposition* à se laisser corrompre.

Reste à décrire l'intérieur du domaine, à déterminer les différents types d'opacité susceptibles de nuire à autrui dans la société d'aujourd'hui, avec la multiplicité des réseaux qui relient entre eux prestataires de services et clients, services communs et usagers, agents publics et citoyens.

Cette profusion des moyens de communiquer et de se déplacer constitue l'autre défi que la civilisation du XXI^e siècle lance aux souverains : comment localiser l'individu ou l'entité en dépit de ses déplacements, faire respecter les points de passage des flux de capitaux, de biens ou de services.

La transparence, c'est aussi l'impératif de poser des repères stables dans ce tourbillon perpétuel qu'encouragent les forces du Marché, et que garantissent les traités, Bretton Woods, OMC, Union Européenne. La revendication des grands États, ceux du G20 et de leurs alliés de la société civile, d'empêcher le retour d'une crise de l'ampleur de celle de 2007, passe notamment par le repérage des avoirs frauduleux et de leur itinéraire, puis par la domestication des capitaux flottants qui en sont pour partie le résultat.

Deux forces antagonistes sont à l'œuvre : d'un côté les tenants de la liberté absolue d'entreprendre, pour qui le marché ne doit pas être entravé par des règles étrangères à son objet : pas de limite aux leviers de la spéculation, pas d'immixtion de l'autorité publique dans le fonctionnement du marché (le gré à gré comme modèle). De l'autre les régulateurs, dont la préoccupation essentielle est de connaître à tout moment les déséquilibres en train de se creuser (les « bulles »), de détecter les signes avant-coureurs de la prochaine crise (la recapitalisation des banques), de repérer puis de sanctionner les collusions frauduleuses (le LIBOR).

Enfin, une autre brèche s'est ouverte dans le paysage de la mondialisation avec le 11 septembre 2001. Une ère de méfiance, où les frontières qui s'étaient largement ouvertes aux échanges et à la circulation des personnes se sont à nouveau hérissées de contrôles et de barrières. La lutte contre le terrorisme a entraîné, et légitimé, la surveillance clandestine des personnes, et la recherche exhaustive des indices de subversion ou d'attentats. D'où la prolifération des écoutes par les autorités du renseignement : transparence de la glace sans tain ! Une autorité sans visage (le « Renseignement ») peut savoir tout sur moi, je suis transparent pour elle, mais je n'en ai même pas conscience.

À mesure que progresse la somme d'informations que les autres possèdent sur moi, l'utilité de la confiance diminue d'autant. Comme me disait l'adjudant pendant mon service militaire devant ma protestation de bonne foi : « je vous fais confiance ; de toute manière, je vérifierai demain matin ».

Transposée au monde de la banque et du crédit, cette illusion que la transparence peut se substituer à la confiance a produit le désastre des *subprimes* : la notation triple A des obligations remplaçant l'appréciation personnelle de la qualité du risque (crédit synonyme de confiance).

De même, le métier traditionnel du banquier prêteur consistait à jauger le degré de confiance qu'il était prêt à accorder à son interlocuteur, en pleine conscience de la part d'inconnu qui

entourait le projet. Avec l'industrialisation de la profession, on a remplacé le « coup d'œil » du banquier par les critères objectifs du « *credit scoring* ». Les précautions que l'on vient d'évoquer s'imposent dans le maniement de la transparence, mais elles ne réduisent pas son impérieuse nécessité.

Dans le mouvement Transparency International, nous déplorons la disparition, à moins d'un an d'intervalle, de deux militants africains de la transparence. Le premier, un Rwandais de 31 ans, Gustave Makonene, a été retrouvé mort après avoir été torturé, en juillet 2013. Il avait recueilli peu de temps auparavant la plainte d'une victime d'extorsion mettant en cause la police locale. Le second, Gregory Mintsu, un journaliste gabonais, s'est éteint il y a quelques jours. Il s'était joint en 2009 à la plainte pénale déposée en France par Transparency France concernant les « biens mal acquis » des dirigeants de son pays. Par voie de représailles, il avait perdu son emploi et vivait depuis lors dans le dénuement, sans renoncer à son combat. C'est dire qu'on peut donner sa vie pour la transparence.

Elle permet l'accès de tous à l'information que des privilégiés, des initiés ou des complices souhaitent garder pour eux. L'exemple des marchés publics (voir l'article de Thierry Beaugé) est à cet égard emblématique de la réticence des élus à partager avec leurs concitoyens l'ensemble des données qui ont déterminé leur choix.

Dans le domaine de la résolution des conflits, l'arbitrage (confidentiel) comme alternative à la publicité des tribunaux ne doit pas servir à omettre du débat la corruption à laquelle les deux antagonistes ont pris part (voir l'article de Thomas Kendra).

Le droit d'alerte rassemble les personnes qui ont mis l'impératif de transparence au-dessus de leur propre quiétude et de leur sécurité (voir l'article de Nicole-Marie Meyer). Longtemps décrié en France comme une rupture de solidarité et assimilé à la dénonciation, il est aujourd'hui reconnu à sa juste valeur, c'est le cri des veilleurs qui protègent la cité endormie.

La transparence est pour le marché boursier comme la ligne d'horizon qui reste à la même distance à mesure qu'on avance. Le rôle de l'autorité de marché est de la promouvoir en adaptant ses règles de fonctionnement à l'incessante création de nouveaux produits, et en déjouant les manœuvres destinées à éviter le devoir d'information (voir l'article de Didier Kling). Les avancées technologiques jouent à cet égard un rôle contrasté : la trace des mouvements de capitaux en est rendue plus précise et facile. Mais que dire des logiciels qui permettent à quelques acteurs plus puissants que les autres les transactions à la microseconde ?

Encore faut-il que l'exigence de transparence n'empiète pas à l'excès sur le droit au respect de l'intimité (voir l'article de Joëlle Jeanjean-Lemoine) ni sur les règles de compétence des États (voir l'article de Kami Haeri). Sortir de la dissimulation fiscale, enfin, mérite quelques encouragements (voir l'article de Matias Labé).

Incontestablement, le progrès de la transparence va de pair avec les exigences de l'État de droit. Elle en est le support indispensable, pourvu qu'on ne la confonde pas avec la vérité.

Jacques Terray

THIERRY BEAUGÉ

Comment améliorer la lutte contre la corruption dans les marchés publics ?



Thierry BEAUGÉ

Consultant et formateur

Ancien secrétaire général de l'Union des Groupements d'Achats Publics

Fondateur de la section française de l'ONG Transparency International France

Ancien Vice-président de Transparency International France

Auteur du « Dictionnaire de la commande publique », éditions AFNOR, décembre 2006.

RÉSUMÉ

Fort de son expérience professionnelle dans le domaine des marchés publics, Thierry Beaugé avance dans cet article un certain nombre de propositions visant à améliorer le droit français. Ces propositions s'organisent autour de trois axes : l'ordre réglementaire et procédural, la rédaction des documents contractuels et les pratiques.

INTRODUCTION

La corruption coûte cher, très cher. Près de 120 milliards d'euros à l'économie européenne¹. Pour la France, de 60 à 80 milliards d'euros de fraude fiscale, 20 milliards de fraude sociale et 32 milliards de fraude sur la valeur ajoutée, selon l'Autorité de la concurrence. Dans les marchés publics, la Commission européenne a commandé une étude sur le coût de la corruption d'où il résulte qu'elle représenterait entre 3 et 4% du budget total de la commande publique européenne. Quantifiée pour l'année 2010 sur un panel de huit États membres dont la France, dans cinq secteurs économiques, la corruption pèserait entre 1,4 et 2,2 milliards d'euros. Urbanisme et construction, projets routes/rails et formation sont les plus atteints.

Qu'entend-on par corruption ?

Selon le Code pénal, art. 432-11, la corruption est le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques :

¹ Rapport anti-corruption de l'Union Européenne, publié par la Commission européenne le 3 février 2014.

1° Soit pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ;

2° Soit pour abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable.

On notera dans le 2° ci-dessus que faire obtenir un marché ou toute autre décision favorable est considéré comme de la corruption, qu'il y ait ou non un gain personnel. Par conséquent une irrégularité volontairement commise pour favoriser une entreprise est un acte de corruption.

Les marchés publics constituent un terrain de paradoxes. De très nombreux contrats, de très nombreux intervenants à l'acte d'achat, 560 000 intervenants dans la commande publique territoriale et pas plus d'une centaine de mises en cause pour manquement à la probité d'élus locaux, selon le SCPC², de nombreux contrats réguliers, passés par des personnes compétentes et responsables et, en même temps, le lieu de toutes les craintes, de toutes les tentations à l'occasion de ce moment unique où l'argent va changer de mains en passant du public au privé, et pour ce qui est de l'Union européenne, pour un montant de marchés publics de l'ordre de 2 000 milliards d'euros chaque année...

Notre propos ici n'est pas de dégager de grands axes théoriques, mais de rechercher, au plus près du terrain, ce qui pourrait faire réduire la corruption dans les marchés publics. Et comme souvent, il n'y a pas une explication au phénomène ni une solution, mais un ensemble de causes et une multitude de réponses. Il convient de distinguer ce qui relève de la réglementation et des procédures (I), de la rédaction des documents contractuels (II) et enfin ce qui relève des comportements (III).

I. LES AXES D'AMÉLIORATION D'ORDRE RÉGLEMENTAIRE ET PROCÉDURAL

Nous envisagerons successivement la dispense d'appels d'offres en dessous de 5 186 000 euros en travaux, l'insuffisant recours aux marchés négociés, le problème du délit de favoritisme et de ses effets pervers, la publication insuffisante des petits marchés, les délais de remise des offres trop courts, des contrôles à la fois trop nombreux et insuffisants et l'utilisation trop peu fréquente de l'interdiction des marchés.

A. La dispense d'appel d'offres en matière de travaux jusqu'à 5 186 000 euros

La France a mis fin à un particularisme en matière de travaux qui consistait à rendre obligatoire une procédure formelle (marché négocié, appel d'offres ou dialogue compétitif dès 200 000 euros) alors que Bruxelles ne rendait la procédure de l'appel d'offres obligatoire qu'à compter de 5 000 000 d'euros environ, sans doute pour « coller » aux dispositions européennes. C'est l'un des rares cas où elle aurait dû s'abstenir. En effet, imaginer que le maire d'une commune n'est tenu par le formalisme de l'appel d'offres en matière de travaux qu'à compter de 5 186 000 euros, pour ce qui est des seuils actuels, défie l'entendement. Les lobbies et autres groupes de pression ont bien fait leur travail, à Paris autant qu'à Bruxelles. Alors qu'en matière de fournitures et services le seuil à compter duquel l'appel d'offres est obligatoire est de 134 000 € HT pour l'État et de 207 000 € pour les collectivités territoriales, en travaux il est de 5

² Service central de prévention de la corruption.

186 000 € HT. On motive cela par l'importance des marchés de travaux, oubliant que les marchés de fournitures et de services, avec la massification actuelle, peuvent atteindre ou dépasser ces seuils. Il n'y a pas d'autre explication sérieuse que le poids des lobbies. En conséquence, un maire d'une ville moyenne peut ne jamais lancer d'appels d'offres pour ses marchés de travaux, privant ainsi la collectivité d'une transparence à laquelle elle a droit. L'intervention de la commission d'appel d'offres n'est même pas systématique. Qu'on se comprenne bien : un marché inférieur à ces seuils sur simple procédure adaptée, sur la base d'une réglementation que se donne l'acheteur lui-même et qui n'est imposée, hormis un minimum de publicité, ni par Bercy ni par Bruxelles, ne veut pas dire un marché corrompu ou peu transparent. De même que ce n'est pas parce qu'un marché est passé par appel d'offres qu'il est nécessairement régulier... Mais on est en droit de penser qu'à partir d'un montant bien moindre, 1 ou 2 millions d'euros, un formalisme imposé par l'extérieur est raisonnable pour tout le monde, acheteurs comme entrepreneurs.

B. L'insuffisant recours aux marchés négociés

Contrairement à une idée répandue, marché négocié ne signifie pas n'importe quoi. N'entrons pas dans les jeux stériles des chapelles dont les unes préconisent l'appel d'offres en toute circonstance et les autres le marché négocié comme unique remède. Pour rappel, les deux modes de passation sont des procédures formelles, mais dans l'appel d'offres rien ne se négocie, pas de possibilité pour le candidat de présenter oralement son offre, la procédure est écrite et une seule offre est remise, tandis que dans la négociation il y a rencontre avec le candidat, négociation de certains points des cahiers des charges et possibilité de remettre une nouvelle offre pour tenir compte des résultats de la négociation. En réalité chaque mode de passation a ses avantages et ses inconvénients. L'appel d'offres par sa rigidité paraît garantir un haut niveau d'égalité entre les candidats, mais il implique des cahiers des charges parfaits dès le départ. Le marché négocié, par sa relative souplesse, permet d'espérer une meilleure adéquation entre le besoin de l'acheteur et l'offre des candidats, puisqu'il permet de rectifier les cahiers des charges initiaux. Dans la directive communautaire secteur classique, (État, collectivités territoriales et hôpitaux), l'appel d'offres est obligatoire et le marché négocié dérogatoire sur les seuls cas limitativement énumérés par le Code des marchés publics, tandis que la directive « réseaux » (eau, énergie, transports, services postaux) laisse à l'acheteur le libre choix entre l'appel d'offres et le marché négocié. Usant de cette liberté, il va recourir au marché négocié dans plus de 90% des cas en raison de sa relative souplesse. La future directive secteur classique va ouvrir les cas de négociation, mais malheureusement pas vraiment en fournitures courantes et services.

Or, c'est de la rigidité du cahier des charges de l'appel d'offres (*ne varietur*) que vont naître les tentations. Cela peut être très compliqué de rédiger un cahier des charges, surtout quand on n'est pas spécialiste du domaine. Incrire par avance toutes les obligations contractuelles administratives et techniques des parties contractantes en n'ayant rien oublié (spécifications techniques opposables, normes...) et en ayant imaginé toutes les éventualités (pénalités, droits de propriété intellectuelle...). En appel d'offres, devant un cahier des charges qui s'avère mal rédigé, l'acheteur n'a plus qu'à déclarer sans suite sa consultation et recommencer. Il hésitera à perdre quatre mois de travail, quand ce n'est pas plus. C'est alors très tentant soit de rédiger un cahier des charges sur la base d'une fiche technique du produit d'un fournisseur trouvée sur Internet, soit de faire intervenir une entreprise dans la rédaction du cahier des charges en amont du lancement de la procédure, laquelle candidatera naturellement par la suite au marché, puisque là est son vrai métier... La voilà détentrice d'informations privilégiées. La négociation,

avec l'aide même du candidat qui par définition est du métier, va permettre de re-dresser un cahier des charges dont telle disposition s'avère obsolète, avant qu'il ne soit une usine à gaz, ou d'en ajouter une, indispensable. Elle va permettre une meilleure écriture des cahiers des charges, en termes fonctionnels, et partant, une meilleure adéquation entre l'offre du fournisseur et le besoin de l'acheteur. Tout le monde est gagnant : l'acheteur parce que sa copie a été améliorée, le fournisseur parce qu'il va pouvoir répondre. Or cette négociation est collégiale. Les tricheurs préfèrent l'ombre. Il faut préférer la transparence de la négociation à l'ombre de l'hyper formalisme.

C. Le problème du délit de favoritisme et de ses effets pervers (choix du « moins-disant », rejet de la négociation), le tout juridique au détriment de l'économie du contrat

La France est un des rares pays au monde à s'être doté du délit de favoritisme³ spécifique aux marchés publics, (hormis l'Algérie et le Sénégal), en plus d'un Code pénal déjà très étoffé (corruption, collusion, concussion, prise illégale d'intérêt, abus de bien social...). Pour autant, lutte-t-elle mieux que les autres grandes nations contre la corruption ? En l'occurrence, de nombreux pays n'ont pas opté pour le risque du pénal. Ils infligent tout simplement une amende au pouvoir adjudicateur, amende prononcée par une autorité administrative et non juridictionnelle.

Quoiqu'il en soit la lutte contre la corruption dans les marchés publics est tout simplement non négociable. Trop de bêtises ont été faites, notamment dans les marchés de travaux, en particulier dans le financement des partis politiques, pour se priver d'un instrument, à condition qu'il soit efficace. Or c'est là que le doute subsiste. Incontestablement la peur du gendarme joue, mais parfois plus pour sophistiquer l'infraction que pour y renoncer.

La jurisprudence en a fait progressivement un délit non intentionnel, c'est à dire qu'en dérogation de l'un des grands principes des codes pénaux modernes selon lequel il n'y a pas de délit sans intention délictuelle, il n'y a pas besoin de prouver l'intention délictuelle pour que le délit d'octroi d'avantage injustifié (de favoritisme) soit constitué. Ceci est très grave, parce que cela implique que quelqu'un de parfaite bonne foi peut se retrouver devant les tribunaux pénaux. La France est l'un des rares pays à envoyer ses fonctionnaires au pénal pour mauvaise application d'un texte, au demeurant pas toujours très simple. Conséquence : une série d'effets pervers. L'acheteur public va prendre plus de temps à se couvrir qu'à travailler sa future acquisition. Il va se couper du monde des entreprises, notamment en amont du lancement des consultations, au détriment de la qualité de la définition de son besoin. Or l'efficacité de la commande publique contraint l'acheteur à s'informer de l'offre de biens et services existante en amont de sa consultation, pour une bonne utilisation des deniers publics. Il va également fuir la négociation ressentie comme un mode de passation dangereux. Enfin, il va acheter au « moins-disant » afin de ne pas avoir à se justifier, au détriment de la qualité de la prestation ou du produit, au détriment aussi de productions françaises ou européennes sur lesquelles au moins certains contrôles qualité sont effectués. Bref, au détriment de l'économie du marché. Le moins-disant est une véritable catastrophe économique et juridique. L'appel d'offres attribué au moins-disant est aussi une façon d'organiser les ententes entre les entreprises. L'acheteur est le seul à croire encore qu'il a mis en concurrence le marché. En réalité, les entreprises se sont depuis longtemps désignées futures lauréates, à tour de rôle, sur la base de l'offre la moins-disante.

³ Article 432-14 du code pénal : délit d'octroi d'avantage injustifié, dit délit de favoritisme.

Les Algériens se mordent les doigts d'avoir adopté la version française du délit de favoritisme et ses errements judiciaires sur le caractère non intentionnel. Que de nouvelles instances engagées pour des brouilles, quand ce n'est pas un mode de règlement de comptes. Tout se passe comme si cette disposition permettait de ne plus distinguer ce qui est le principal de l'accessoire et de faire croire que tout et tous sont « pourris ». Il serait plus sain, plus juste et plus efficace pour la commande publique de réintégrer ce délit dans le champ des principes généraux en lui conférant explicitement le caractère de délit intentionnel et non de délit dit « objectif ». Les personnes de bonne foi ne passeraient plus leur temps à se couvrir, les effets pervers dénoncés ci-dessus se feraient moins sentir, les plus importants MAPA⁴ seraient enfin négociés et, là est l'essentiel, les tricheurs risqueraient toujours la sanction...

D. Une publication insuffisante des petits marchés

C'est un paradoxe que la France s'oblige à publier à partir d'un montant plus bas que la moyenne européenne, dès 15 000 euros HT, plafond des marchés dispensés de procédure, (alors que la moyenne européenne se situerait autour de 30 000 euros, avec des pays comme l'Autriche ou la Norvège qui carrément ne s'obligent à publier qu'à partir de 60 ou 65 000 euros). En même temps, la France publie mal ses petits marchés inférieurs à 90 000 euros. Le guide des bonnes pratiques⁵ donne quelques conseils. Utiles, ils restent très généraux : publicité sur le profil de l'acheteur (la plateforme de dématérialisation), au Bulletin Officiel des annonces des marchés publics⁶ (« BOAMP ») et dans la presse spécialisée, ou encore demande de devis, ce qui n'est plus une publicité mais constitue une mise en concurrence. Ici, les petits arrangements sont nombreux.

Mieux encore, pas de publication, ni de marché mais une subvention, ce qui n'implique pas d'application du Code. Dans le domaine de l'organisation de manifestations culturelles, c'est si facile de subventionner l'association qui va bien. En effet, celle-ci passe alors un marché de gré à gré de droit privé avec l'entreprise pressentie par la collectivité publique, et le tour est joué. Il serait souhaitable, tant dans le cadre d'une politique à l'égard des PME que dans celui de l'amélioration de la transparence dans ces petits marchés, qu'un lieu unique de publication soit proposé aux acheteurs et aux candidats à la commande publique.

E. Des contrôles à la fois trop nombreux et insuffisants

Le contrôle hiérarchique, tout d'abord, apparaît souvent comme insuffisant. C'est pourtant le plus proche et le plus à même d'exercer une action préventive. Par ailleurs l'audit interne est quasi-inexistant, notamment dans les collectivités territoriales de petite ou moyenne taille. Une sensibilisation des élus sur le profit qu'ils pourraient tirer d'un audit interne sérieux paraît indispensable.

La direction départementale de la concurrence consommation et répression des fraudes (DDCCRF) n'est plus nécessairement convoquée aux séances des commissions d'appels d'offres au nom de la libre administration des collectivités territoriales. Cette décision est regrettable. C'est un élément majeur de l'aggravation de la situation de la commande publique locale. La DGCCRF, c'est l'œil de la concurrence. Quand, jusqu'au dernier moment, le pouvoir

⁴ Marchés passés selon une procédure adaptée (entre 1€ et 134 000 € en fournitures courantes et services pour l'État, entre 1€ et 207 000 € en fournitures et services, pour les collectivités territoriales, et de 1€ à 5 186 000 € pour les travaux). Entre 1€ et 414 000 € en fournitures courantes et services pour les industries de réseau.

⁵ Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics, circulaire du 14 février 2012, JO du 15 février 2012.

⁶ Bulletin officiel des annonces de marché public

adjudicateur ne sait si la DDCCRF viendra ou pas en commission des marchés, il s'oblige à des dossiers nets, au bénéfice de la transparence. Inciter les collectivités à « inviter » systématiquement le DDCCRF dans leurs commissions de marchés est à notre avis un des points importants d'une déontologie de l'achat public au quotidien.

Par ailleurs trop de contrôle tue le contrôle. Qu'ils soient internes ou externes, préalables, concomitants ou postérieurs à l'acte d'achat, un trop grand nombre d'organismes peuvent se présenter en contrôleur, chacun avec son propre focus. De l'inspection ministérielle à l'inspection des finances, de la MIEM moribonde au SCPC pro actif, du contrôle de légalité aux chambres régionales des comptes, sans oublier les directions juridiques, les contrôleurs généraux et les inspecteurs généraux, la DGCCRF, l'Autorité de la concurrence, de nombreux organismes spécialisés, ainsi que les exécutifs locaux et le Parlement et enfin le juge judiciaire. Mais que sait le juge judiciaire des contrats administratifs ? En d'autres termes, il y a beaucoup de spécialistes qui soignent une partie du corps, mais aucun généraliste qui sache regarder l'ensemble, de la politique d'achat au retour sur expérience.

Une professionnalisation de l'achat à travers la reconnaissance d'un vrai métier avec ses passerelles y compris entre fonction publique d'État, de collectivités territoriales ou hospitalières, permettant de faire carrière dans cette fonction en y mettant tout le poids de l'expérience, semblerait une bonne chose à la fois pour la cohérence de l'action publique et la rationalisation de la dépense publique. Elle pourrait s'accompagner d'un contrôle préalable, exercé autrefois par les préfetures, mais supprimé au nom de la libre administration des collectivités territoriales. Par exemple le contrôle de légalité redeviendrait un contrôle *a priori* et serait renforcé (par redéploiement d'effectifs existants). Inversement certains autres organismes trop spécialisés ne s'intéresseraient plus aux marchés publics.

F. La trop rare interdiction des marchés

L'interdiction de concourir à une commande publique pour une entreprise condamnée non seulement sur le non respect du Code du travail mais aussi pour corruption rendrait les dirigeants plus sensibles au risque économique. Cette interdiction, peine accessoire, est manifestement sous utilisée par les tribunaux répressifs (judiciaires), qui l'ignorent peut être, comme moyen de lutte contre la corruption. Or elle pourrait en être une pièce maîtresse. Il est étonnant de constater que des entreprises peuvent être condamnées par l'Autorité de la concurrence à des millions d'euros d'amende pour entente illégale, sans que sur le plan pénal une interdiction temporaire d'accès à la commande publique ne soit prononcée à leur encontre. Comment expliquer cela ?

II. LES AXES D'AMÉLIORATION DANS LA RÉDACTION DES DOCUMENTS CONTRACTUELS

Nous envisagerons successivement la question des critères de jugement des offres, les spécifications techniques abusives et la maîtrise des avenants.

A. Des critères de jugement des offres nombreux, peu clairs et non expliqués

Les critères de jugement des offres se définissent avant le lancement de la consultation, dans le règlement de la consultation, sorte de règle du jeu. Pour les marchés supérieurs aux seuils

communautaires⁷ ils doivent être en outre pondérés, c'est-à-dire affectés d'une valeur indiquant leur importance relative.

La raison d'être des critères de jugement des offres est une double occasion. D'une part, c'est l'occasion pour les acheteurs publics d'indiquer par avance leurs priorités, à savoir, ce qu'ils attendent en particulier et avant tout de cette consultation. D'autre part, en intégrant les attentes des acheteurs, c'est pour les soumissionnaires, l'occasion d'optimiser leurs chances de remporter la consultation en proposant quelque chose qui soit en pleine adéquation. Trop nombreux, les critères ne révèlent plus les priorités de l'acheteur et ne permettent plus aux candidats de comprendre quelle est son attente réelle. Ils laissent à l'acheteur une trop grande marge de manœuvre par laquelle des préférences indues peuvent se manifester. Ils permettent éventuellement au seul candidat prévenu par avance de se « débrouiller », quand l'acheteur lui-même ne pervertit pas la procédure en élaborant des critères et des pondérations afin de désigner quasiment par avance le lauréat de son choix. Par ailleurs, d'une manière générale, ces critères manquent de précision tant sur ce qu'ils recouvrent que sur la manière dont ils seront appliqués dans l'analyse des offres. Cette imprécision est propice à toutes les manœuvres, alors que les voies de recours, notamment en référé, s'amenuisent de jour en jour avec une application trop stricte de la jurisprudence Smirgeomes⁸.

B. Les spécifications techniques abusives et l'allotissement

C'est un grand classique que la spécification technique abusive, contraire à l'article 6 du Code des marchés publics, désignant pratiquement la future entreprise lauréate puisque seuls ses produits respecteraient la dite spécification. La question va tourner autour de l'utilité, avérée ou prétextée, d'une telle spécification technique. Il faudrait une règle selon laquelle lorsqu'une spécification est susceptible de réduire la concurrence à moins de 50% de ce qu'elle serait en son absence (ou de manière significative), l'acheteur devrait motiver sa décision de l'imposer dans le cahier des charges techniques. C'est une question de transparence. Lorsqu'un SDIS⁹ veut acquérir des véhicules 4x4 et spécifie « de marque Kässbohrer » et équipés de pneumatiques Michelin, il commet deux erreurs. Lorsqu'un chef de pôle à l'hôpital veut acquérir des machines de dialyse rénale de telle marque, parce que, en l'absence de protocole commun à toute l'industrie concernée d'analyse des échantillons, le changement de marque de machine entraînerait la perte de tout l'historique de ses malades, il a, semble-t-il, un motif recevable, sous condition de vérification éventuelle et d'une expression claire du motif. Dans le cas contraire, son dossier devrait être refusé comme fermant de manière anormale la concurrence.

L'allotissement est désormais une mesure obligatoire dès lors que des prestations distinctes peuvent être identifiées par le pouvoir adjudicateur. Elle traduit la volonté de permettre aux PME de candidater. Cette politique et cette mesure réglementaire seront élargies à toute l'Europe par la future directive secteur classique. Mais la rédaction de l'intitulé du lot est en soi extrêmement révélatrice du degré d'ouverture à la concurrence souhaité ou pratiqué par le pouvoir adjudicateur. On trouve parfois des noms de marque, le nom d'un produit, ou encore

⁷ 134 000 euros HT pour les marchés de fournitures et services de l'État et 207 000 euros HT pour les marchés de fournitures des collectivités territoriales, 414 000 euros HT pour les marchés de fournitures courantes et services des entités adjudicatrices (eau, énergie, transports et services postaux), 5 186 000 euros HT pour les travaux (État et collectivités territoriales).

⁸ Conseil d'État, 3 octobre 2008, n° 305420. Une entreprise ne peut désormais invoquer un manquement aux obligations de publicité et de concurrence que si elle démontre qu'elle est directement lésée. Faire la preuve d'une irrégularité ne suffit pas, encore faut-il prouver que celle-ci a causé un préjudice.

⁹ Service départemental d'incendie et de secours.

la référence... du fournisseur. Pourquoi dans ces conditions faire semblant de mettre en concurrence, si ce n'est pour respecter ce que l'on considère comme un pur formalisme ? Dans le domaine du médicament, par exemple, ce n'est pas le nom du médicament qui doit être mentionné dans l'intitulé du lot mais la dénomination commune internationale (DCI) de la molécule.

C. Des avenants non maîtrisés

L'entreprise de BTP « A » remporte la consultation avec brio. Il se trouve que le critère prix était largement dominant dans le jugement des offres et que celle-ci a fait l'offre la moins-disante. Bravo ! Tout le monde est content : l'entreprise pour avoir su se montrer moins-disante, l'acheteur pour avoir épargné les deniers publics. Il sera d'ailleurs félicité lorsque sortiront les ratios si attendus des gains sur un marché, d'une consultation sur l'autre... Tout va bien, mais tout le monde a faux. Pourquoi ? Parce qu'une série d'avenants et de travaux supplémentaires sans existence réelle vont vite rétablir la réalité des prix.

Dans ce schéma, la concurrence a été faussée dès le départ, peut être avec la complicité de l'acheteur public accordant une importance démesurée au prix. De plus, les entreprises sérieuses sont démobilisées et hésiteront à l'avenir à soumissionner dans les consultations de cette collectivité. Par ailleurs, les armées de juristes de la grande entreprise titulaire sauront trouver les failles des cahiers des charges ou les oublis dans le bordereau des prix unitaires, nécessitant des travaux supplémentaires, le budget de la collectivité est maltraité, le contribuable floué. Ce devrait presque être un devoir d'attribuer les marchés au mieux disant au regard d'une pluralité de critères préalablement annoncés - mieux disant » qui n'est pas le « très disant » - et jamais au « moins disant », à moins, ce qui est rare, qu'il ne soit en même temps moins et mieux disant. Les corps de contrôle ont-ils bien intégré cela ?

Il faut donc trouver le bon réglage de curseur sur les avenants entre ce qui est légitime et traduit tout simplement des nécessités nouvellement apparues dans l'exécution du marché impliquant leur prise en compte par avenant, et l'abus n'ayant d'autre finalité que de redresser un prix initial volontairement sous-estimé pour remporter la consultation. Il faut en matière d'avenant des prescriptions simples et compréhensibles et non un parcours compliqué entre commission d'appel d'offres, assemblée délibérante, marché formel ou MAPA, etc. La future directive « classique » s'y essaie. Nous verrons la transcription qu'en fera la DAJ du MINEFI¹⁰.

III. LES COMPORTEMENTS

Nous envisagerons successivement les questions d'égalité des candidats dans l'information, de confidentialité des offres, puis la question de la déontologie et du traitement des conflits d'intérêts et enfin des apports du pacte d'intégrité. Il en va de la vie administrative comme de la vie privée. A côté des textes, il y a les comportements. A côté du Code de la route, il y a la manière de se comporter au volant. C'est au moins aussi important.

A. L'égalité dans l'information et la confidentialité des offres

Rien n'est plus simple pour fausser une consultation que de donner des informations privilégiées à une entreprise, à charge de revanche. C'est en pratique très difficile à contrôler. Plusieurs axes ici pour en diminuer le risque : organiser une bulle de confidentialité sur le

¹⁰ Direction des affaires juridiques des ministères financiers.

projet de marché à laquelle n'appartiendront que ceux qui ont besoin de savoir, à savoir prescripteur et acheteur. Autre axe : la confidentialité des échanges informatiques entre les acteurs de l'achat. Trop de fichiers sont actuellement accessibles sans mot de passe. Autre axe encore : l'adhésion des acteurs à une charte de déontologie (comme cela est précisé *infra*). Comme souvent, aucun de ces axes n'est suffisant en soi, mais leur complémentarité peut créer des résultats.

La confidentialité des offres ? Elle est insuffisamment respectée en France. Il n'y a pas de respect suffisant pour le savoir-faire industriel, le secret professionnel, les modes opératoires. L'acheteur a trop vite fait de demander à l'un de mettre en œuvre la solution proposée par un autre. C'est une des raisons pour lesquelles les fournisseurs soumissionnent toujours au dernier moment. Ils ne font qu'une confiance relative à l'acheteur sur la confidentialité de leur offre. La dématérialisation devrait ici apporter des progrès, puisque les acheteurs ne disposeront des offres qu'au moment de l'ouverture des plis ; les offres électroniques étant conservées entre temps par les plates-formes de dématérialisation. Mais que dire des commerciaux qui appellent un acheteur au téléphone pour lui donner le montant de leur soumission, dans un esprit de bonnes relations, tandis que l'offre papier ou dématérialisée suit son cours administratif ? Ainsi tout le monde est au courant des prix des soumissions quand celles-ci sont encore cachetées ou en armoire électronique... L'acheteur est en charge de la confidentialité des offres à conditions toutefois que les soumissionnaires les y aident. Si leurs forces commerciales diffusent tout (et parfois n'importe quoi selon une stratégie habilement conçue), il n'y a plus de confidentialité possible. Après l'attribution du marché, l'acheteur n'a pas à donner à un requérant le contenu du procès verbal d'analyse des offres concernant ses concurrents, ni le montant de leurs soumissions. Diffuser le montant global d'un lot par souci de transparence est une chose. C'est l'objet de l'avis d'attribution du marché. Donner les prix unitaires du lauréat dans des marchés répétitifs est autre chose, car cela revient à faciliter les ententes entre les fournisseurs. Ce n'est pas le métier de l'acheteur.

B. La déontologie et le traitement des conflits d'intérêts

On renforce notamment le droit pénal, c'est-à-dire des dispositions qui sanctionnent. On pourrait cependant faire mieux sur le plan de la prévention.

La déontologie ne consiste pas à répéter les textes ni à dire qu'il faut les respecter. La déontologie ne répare pas un trou dans une chambre à air pleine de rustines, elle apprend à rouler sur des routes sans clous... La déontologie s'intéresse à la prévention, pas à la sanction. Elle intéresse les comportements. Elle est prise de conscience.

Ainsi, à côté des textes bien souvent suffisants et largement ignorés parce que trop nombreux, des chartes de déontologie de l'achat, encore trop rares, joueraient un rôle précieux de prévention, de prise de conscience et de recommandation. Le sceptique dira avec un peu de cynisme, - ce n'est pas un troupeau d'agneaux qui empêchera le loup d'attaquer -. Oui, mais le loup sans complices sera tout de suite remarqué et progressera beaucoup moins bien. La grande force de l'éthique est qu'elle implique une adhésion individuelle.

La charte de déontologie de la fonction achat est une piste importante. Certains pouvoirs adjudicateurs y recourent, tout comme certaines entreprises. L'achat public en tirerait un premier bénéfice : l'arrêt (ou la diminution) de la suspicion aussi systématique qu'injuste, mais aussi la perspective d'une ligne jaune replacée au milieu de la route. La pratique des marchés

publics est une succession de cas, souvent différents, qui sont autant de questions qui se posent aux acheteurs publics. Les acteurs de l'acte d'achat sauraient mieux jusqu'où pouvoir aller et les bornes à ne pas dépasser. Le département de l'Essonne, la ville de Paris, le Conseil régional Île de France, ainsi que certains hôpitaux s'en sont dotés. Dans le secteur du logement social, ce n'est pas facile. Un OPAC comme Vosgelis à Epinal s'en est doté, montrant ainsi l'exemple à tout le secteur. Sensibilisation et formation ont bien entendu un rôle important à jouer.

Le traitement des conflits d'intérêts reste marginal en France. Or ils sont partout.

Comme la position dominante d'une entreprise sur un marché économique, le conflit d'intérêt n'est pas en soi condamnable. On peut avoir un conjoint qui travaille dans une entreprise de travaux qui compte bien répondre aux consultations de la collectivité. Dans le petit monde que constitue l'Hexagone, si chacun pêche dans le même vivier, on a tôt fait de pêcher le même poisson, qu'il soit expert, consultant, spécialiste, et à cela rien d'anormal. C'est l'abus de la position dominante qui est condamnable, comme l'abus du conflit d'intérêt que constituerait sa non déclaration à l'autorité hiérarchique. Il faut donc faire œuvre de pédagogie et expliquer aux acheteurs qu'ils ne seront pas mal vus s'ils déclarent un conflit d'intérêt, bien au contraire. Il faut que l'ère du soupçon cesse et c'est un bon moyen d'y contribuer. C'est même l'intérêt direct des acheteurs. A partir du moment où un fonctionnaire constate qu'il risque de se trouver en conflit d'intérêts entre ses intérêts privés ou personnels et ceux de la collectivité qu'il sert, alors il le déclarera simplement à sa hiérarchie. Celle-ci prendra les mesures qu'elle estime utiles pour empêcher tout soupçon. Du moins, si elle ne prend pas ces mesures, la responsabilité lui en incombera. En principe elle devra analyser l'étendue du pouvoir décisionnaire dont est investi le déclarant et, en fonction de cela, lui demander ou lui enjoindre de ne pas participer aux décisions de choix du titulaire du marché, c'est-à-dire aux travaux de sélection des offres et aux commissions de marchés notamment.

La future directive communautaire donne aux États membres des moyens étendus et des recommandations pour mieux lutter contre les conflits d'intérêts dans les marchés publics. On verra quel usage en fera la DAJ, mais nous préconisons des mesures absolument drastiques afin d'éliminer à la fois les risques de corruption et les soupçons.

Dans les années à venir, les grandes collectivités vont probablement se doter d'un déontologue. Pourquoi ne pas faire intervenir ce déontologue dans la passation des marchés les plus importants ou les plus délicats de la collectivité, afin de se prémunir contre le risque de corruption ?

C. Le pacte d'intégrité

Toutefois, l'acheteur n'est pas seul. Il a en face de lui des entreprises qui doivent également jouer le jeu. Pour les marchés les plus importants, la signature d'un pacte d'intégrité¹¹ aurait aussi pour effet de limiter considérablement (à défaut de totalement) les attitudes corruptrices. Par ce pacte d'intégrité, élaboré par l'ONG Transparency International, l'entreprise s'engagerait à rendre apparente en comptabilité toute dépense de relation publiques et de notoriété (cadeaux, frais de voyage, subventions) liées à sa quête du marché. Elle s'engagerait à

¹¹ L'ONG Transparency International a élaboré depuis plusieurs années un pacte d'intégrité (ou de transparence) dans les marchés publics. Celui-ci a connu de nombreuses applications sur presque tous les continents, et bien entendu en Europe, sauf en France où seul un cas a été partiellement mis en œuvre. Ce pacte complété dans sa version française d'un volet concernant les acheteurs, figure en infra.

mettre en œuvre un contrôle interne sur ses dépenses. Le président de l'entreprise retenue signerait par ailleurs une lettre par laquelle il confirmerait que l'attribution du marché n'a donné lieu à aucun avantage occulte. La question se posera ensuite de la place à faire à ces entreprises dans l'accès à la commande publique. Une condition d'accès paraît difficile aujourd'hui en l'état du droit. Néanmoins, un critère de jugement des offres sur la responsabilité sociale de l'entreprise ou une condition d'exécution du marché, au moins pour ce qui suit l'attribution du marché, est à étudier.

CONCLUSION

Ces quelques mesures non exhaustives, travaillées et mises en œuvre, permettraient sans conteste une amélioration sensible du traitement de la dépense publique mais aussi de la situation des acteurs sains qui pâtissent sans cesse de la mauvaise réputation faite par quelques affaires. A ces mesures, il faudrait ajouter la réécriture du délit de favoritisme afin de distinguer clairement ce qui relève de la corruption de ce qui est une mauvaise application de la réglementation. Cette confusion décrédibilise aujourd'hui le délit lui-même.

L'instauration d'un déontologue indépendant dans les collectivités territoriales, ressource mutualisée au sein de la communauté de communes, chargé d'élaborer et de faire vivre les chartes de déontologie comme des éléments non figés, chargé de dire la déontologie sur les principales affaires « à risques », serait à la fois un immense progrès en termes de prise de conscience collective et de comportement individuel, et un frein efficace à la corruption dans les marchés publics. Il est plus que temps de restaurer la confiance des citoyens dans leurs administrations et notamment dans la gestion de la dépense publique.

Transparence-International (France)

Section française de Transparency International



12, rue de Penthievre 75008 Paris

Tel : (33) 01 53 77 37 87 Fax : (33) 01 53 77 35 07

www.transparence-france.org / Courriel : transparence@online.fr

Le pacte de transparence

Dans des pays où la corruption est endémique, Transparency International a imaginé offrir à des responsables soucieux d'y échapper un remède ponctuel en leur proposant de subordonner l'accès à certains contrats par la signature d'un « pacte d'intégrité » : tous les candidats au marché doivent non seulement s'engager à ne faire aucun versement de complaisance mais surtout prendre des mesures précises pour assurer la transparence de tous les règlements liés au contrat, tandis que le donneur d'ordre s'oblige de son côté à faire en sorte que ses représentants s'abstiennent de toute sollicitation.

Ce dispositif s'est révélé à l'usage d'une portée plus large et des collectivités publiques très diverses, y compris en Europe, y ont vu un moyen de dissuader les entreprises de recourir à la corruption si elles étaient tentées de le faire et de rassurer leurs concurrents honnêtes sur leurs chances d'emporter le marché dans des conditions loyales.

I. UNE CONDITION D'EXÉCUTION D'UN MARCHÉ PUBLIC

En France, le nouveau Code des marchés publics a prévu la possibilité d'introduire une clause sociale ou encore environnementale dans l'exécution d'un marché public. Lorsque la personne responsable du marché estime que l'exécution du marché doit s'accompagner de modalités particulières de protection de l'environnement, elle introduit cette obligation dans le cahier des charges. Ce n'est pas un critère de jugement des offres mais de recevabilité de la soumission.

Il devrait en être de même s'agissant de la première condition d'exécution d'un marché public : que celui-ci soit exempt de corruption, ce dont doit témoigner la transparence des procédures et des comptes. Cette exigence de la directive européenne du 31 mars 2004 devra être traduite dans la loi française. Ce n'est pas restreindre la concurrence que d'exiger un engagement de transparence et de déontologie.

Cette condition d'accès à la commande publique passerait par la signature d'un pacte de transparence, inspiré du pacte d'intégrité de TI. Il ne s'agit pas de faire prendre aux parties contractantes des engagements redondants avec la loi, mais des engagements conduisant à mieux respecter la loi.

Le pacte pourrait s'appliquer non seulement à des marchés de fournitures ou de travaux mais encore à des contrats d'études, de conseil, de délégation de service public, de concessions, de prestations diverses, ou à l'octroi de permis de recherche ou de concession minière ou pétrolière.

II. DES ENGAGEMENTS SIMPLES, ÉQUILIBRÉS ET CONTRÔLABLES

A. Les entreprises candidates à un marché public :

1. sont invitées à **déclarer** toutes les dépenses promises ou payées à des tiers à l'occasion du marché et qui pourraient couvrir des avantages occultes (commissions, courtages, ristournes, vacations, honoraires, gratifications, cadeaux, frais de voyage et de séjour, subventions, dépenses de relations publiques et de notoriété, de mécénat et de parrainage, de service après-vente, factures payées à des bureaux d'études) ;

2. **s'engagent**, si elles remportent le marché, à **comptabiliser** de manière apparente et individualisée les dépenses de cette nature. Un relevé de toutes ces opérations en rapport avec le marché sera produit périodiquement par la société (au moins à la fin de chaque exercice) pendant la durée d'exécution du marché.

La direction de l'entreprise mettra en œuvre un contrôle interne des dépenses visées ci-dessus, pour s'assurer qu'elles ont été engagées par des personnes habilitées, que les prestations qu'elles sont censées rémunérer ont une consistance réelle et ont bien été accomplies, que ces prestations sont facturées à un prix normal. Ce contrôle fera l'objet chaque année d'un rapport qui sera soumis à l'approbation du conseil d'administration ou du conseil de surveillance. Le rapport sera mis à la disposition des commissaires aux comptes, qui attesteront avoir vérifié les dépenses visées ci-dessus.

3. sont avertis par le règlement de la consultation que le président de l'entreprise titulaire du marché devra, par une **lettre d'affirmation**, confirmer qu'à sa connaissance :

- i)- l'attribution du marché n'a donné lieu à aucun avantage occulte ;
- ii)- toutes les charges facturées à la collectivité correspondent à des fournitures ou prestations effectives s'inscrivant dans le cadre du marché ;
- iii)- les prix facturés sont les prix de vente réels et sincères et ne dissimulent aucun dessous-de-table ;
- iv)- toutes les dispositions mentionnées au paragraphe A) ci-dessus ont été respectées.

Il sera ainsi plus difficile pour les dirigeants de prétendre ne rien savoir des pratiques litigieuses éventuellement suivies dans les échelons d'exécution.

4. Par ailleurs le titulaire du marché obtiendra de ses **sous-traitants** et, le cas échéant, de ses associés dans une joint venture, qu'ils prennent vis-à-vis de lui les mêmes engagements que ceux qu'il a pris vis-à-vis de la personne responsable des marchés.

5. Au cas où la personne responsable des marchés ou l'un des candidats aurait des raisons de penser que l'attributaire du marché l'a emporté en transgressant ses engagements, il pourrait

recourir à un *tiers de confiance* désigné dans le pacte ou dans les conditions prévues par le pacte.

Ce tiers de confiance devrait avoir des connaissances dans le domaine de la comptabilité publique et du droit de la commande publique. Il va de soi qu'il devrait être indépendant des parties contractantes. Il aurait pour mission de garantir la transparence de la procédure et l'égalité de traitement des candidats et de rendre compte aux candidats, à l'administration contractante et le cas échéant au public du déroulement de la procédure.

Le pacte habiliterait donc le tiers de confiance non seulement à se faire communiquer tous les documents nécessaires, mais encore, s'il y a lieu, à proposer certaines sanctions aux autorités administratives et judiciaires.

B. L'acheteur public :

Parallèlement, l'acheteur public apporte aussi sa contribution à la sécurisation de l'achat par un engagement du même type. Chaque agent participant au processus de l'achat public signerait une déclaration de transparence chaque année, dans laquelle :

il affirmerait connaître

- les principales dispositions pénales pouvant concerner la commande publique, notamment les délits de corruption active (nouveau Code pénal art. 433-1) et passive (NCP art. 432-11), de prise illégale d'intérêt (NCP art. 432-12), d'abus de confiance (NCP 314-1), d'octroi d'avantage injustifié (NCP art. 432-14)...;
- les règles de conduite que le maître d'ouvrage ou le service acheteur aurait pu édicter dans un code d'éthique intérieur ;

il s'engagerait

- à informer sa hiérarchie de tout risque de conflit d'intérêt afin d'être momentanément déchargé de la procédure ;
- à ne pas utiliser sa fonction, ni les informations qu'il détient de ce fait, ni les biens dont il dispose à ce titre, dans un but personnel ou pour des activités étrangères au service ;
- à signaler à la personne responsable des marchés de la collectivité publique toute anomalie qui lui serait apparue dans la procédure.

Les membres de la commission d'appel d'offres attesteraient dans le procès-verbal n'avoir relevé aucune anomalie dans la passation du marché : ils hésiteront davantage à signer un faux qu'à fermer les yeux.

III. DES SANCTIONS

Le non respect du pacte de transparence pourrait entraîner :

- la perte du dépôt de garantie ;
- la réparation du dommage causé au donneur d'ordre ou à des entreprises concurrentes ;
- la rupture du contrat ;
- l'interdiction faite à l'entreprise en cause de concourir aux marchés de l'administration ou de l'établissement public concerné – voire, dans les cas les plus graves, à tous marchés publics – pour une période dont la durée maximale serait à définir. Les conditions de mise en œuvre de cette disposition seraient arrêtées par les pouvoirs publics français lors de la transposition en droit interne de la nouvelle directive communautaire, notamment de l'article 45¹ ;
- L'entreprise étant responsable de ses salariés dans leurs activités professionnelles, la condamnation d'un employé impliquerait la sanction de l'entreprise, sauf si celle-ci peut apporter la preuve de malversations faites à son insu et bien qu'elle ait effectivement exercé les contrôles qui s'imposaient.

¹ Article 45 Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services :

-« Situation personnelle du candidat ou du soumissionnaire

1. Est exclu de la participation à un marché public tout candidat ou soumissionnaire ayant fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement définitif, dont le pouvoir adjudicateur a connaissance, pour une ou plusieurs des raisons énumérées ci-dessous :

a) participation à une organisation criminelle telle que définie à l'article 2, paragraphe 1, de l'action commune 98/773/JAI du Conseil ;

b) corruption, telle que définie respectivement à l'article 3 de l'acte du Conseil du 26 mai 1997 et à l'article 3, paragraphe 1, de l'action commune 98/742/JAI du Conseil ;

c) fraude au sens de l'article 1^{er} de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes ;

d) blanchiment de capitaux tel que défini à l'article 1^{er} de la directive 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux.

Les États membres précisent, conformément à leur droit national et dans le respect du droit communautaire, les conditions d'application du présent paragraphe.

Ils peuvent prévoir une dérogation à l'obligation visée au premier alinéa pour des exigences impératives d'intérêt général.

(...)

2. Peut être exclu de la participation au marché, tout opérateur économique :

a) (...)

b) (...)

c) qui a fait l'objet d'un jugement ayant autorité de chose jugée selon les dispositions légales du pays et constatant un délit affectant sa moralité professionnelle ;

d) qui en matière professionnelle, a commis une faute grave constatée par tout moyen dont les pouvoirs adjudicateurs pourront justifier ;

e) ; f) ; (...)

g) qui s'est rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant les renseignements exigibles en application de la présente section ou qui n'a pas fourni ces renseignements.

Les États membres précisent, conformément à leur droit national et dans le respect du droit communautaire, les conditions d'application du présent paragraphe. »

IV. DES PRÉCÉDENTS

C'est en Amérique latine que la formule a reçu ses premières applications (Équateur, Colombie, Argentine, Mexique, Chili, Pérou, Paraguay) mais aussi en Asie (Corée, Pakistan, Népal). Elle a été utilisée par un certain nombre de collectivités locales européennes : villes de Milan, Gênes, Brême ; régions de Bade-Wurtemberg et de Hesse).

La mise en œuvre du pacte d'intégrité s'est plus d'une fois accompagnée de substantielles économies, par exemple dans des projets qui concernaient en 2001 et 2002, le service des eaux et de l'assainissement de Karachi ou la Banque Agraire de Colombie.

Quelques sociétés figurent à présent sur des listes d'entreprises exclues de marchés publics pour non-respect du pacte. C'est le cas en Italie, en Corée.

V. MISE EN ŒUVRE TECHNIQUE

L'initiative de recourir au pacte de transparence appartiendrait à chaque personne responsable de marchés. Celle-ci devrait alors veiller à assurer l'égalité entre les entreprises en respectant le processus suivant :

1. Publication préalable, au BOAMP² et au JOUE³ de l'existence d'un pacte d'intégrité qui serait exigé de tout soumissionnaire. La collectivité ou l'établissement public concerné ferait ainsi connaître par avance aux candidats l'existence de cette règle du jeu.
2. Le règlement particulier de la consultation contiendrait le dispositif concret : contenu du pacte, processus de signature, choix du tiers de confiance indépendant...
3. La vérification formelle de la signature du pacte serait analysée en même temps que les capacités techniques et financières des entreprises candidates (1^{ère} enveloppe).
4. Les candidatures non accompagnées du pacte signé seraient retournées à leur expéditeur avec mention des raisons du rejet.

² Bulletin officiel des annonces des marchés publics.

³ Journal officiel des communautés européennes.

Indices de risques de corruption dans les marchés publics

Préparation	Passation	Exécution
Définition du besoin : spécifications fermées	Publicité insuffisante	Le produit livré ou la prestation exécutée ne correspond pas au cahier des charges : sous-qualité ou surpris.
Faux besoin	Critères bâtis de sorte à privilégier une entreprise	Absence de contrôle de la prestation
Etudes préalables inutiles		
Surestimation du coût	Délais de réponse trop courts	Travaux supplémentaires sans contrepartie réelle
Sous-estimation du coût	Plusieurs propositions pour une même entreprise (On joue sur les différentes filiales)	Avenants modifiant les conditions de règlement et multiplication d'avenants
Méconnaissance de l'offre interne	Offres généralement plus élevées que l'estimation	Sous-traitance quasi totale
Hypothèses erronées	Propositions commerciales abusives	Non respect des dispositions du marché
	Offres non confidentielles	
Fractionnement du marché pour éviter certaines procédures ou certains contrôles	Doutes sur la confidentialité du dossier de soumission	Pénalités non mises en œuvre
	Jugement sur d'autres critères que ceux préalablement annoncés	
	Remise confidentielle d'une offre rectificative	
Allotissement désignant pratiquement le futur titulaire	Saupoudrage des lots sur plusieurs titulaires	
Clauses sociales locales : clientélisme		
Répartition géographique, technique ou quantitative des marchés entre entrepreneurs à l'initiative de l'administration ou des entrepreneurs eux mêmes		

NB : ce tableau se lit en colonnes

KAMI HAERI & THOMAS CHANZY*La situation juridique des entreprises françaises face aux enquêtes de régulateurs étrangers***Kami HAERI**Associé du
cabinet August & DebouzyAncien Membre du
Conseil de l'ordre**Thomas CHANZY**Étudiant de l'École de
Droit de Sciences Po

Master Droit économique

RÉSUMÉ

La multiplication des enquêtes de régulateurs étrangers en matière civile et commerciale est susceptible de mettre à mal l'intelligence économique et le secret des affaires de certaines entreprises françaises. Or, la loi du 16 juillet 1980 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique ne semble pas offrir la meilleure protection juridique face aux demandes de transmission d'informations de ces régulateurs. Les entreprises pourront néanmoins bénéficier d'une meilleure coordination internationale entre différents régulateurs afin d'harmoniser leurs procédures d'enquête.

INTRODUCTION

Pour mettre fin à des poursuites engagées par la *Securities and Exchange Commission* concernant des dessous-de-table versés à des membres du gouvernement iranien, Total a dû déboursier 150 millions de dollars en mai 2013⁴. Ce montant est à mettre en parallèle aux amendes récemment payées par d'autres entreprises françaises au régulateur américain des marchés financiers pour mettre un terme à des investigations concernant des agissements de corruption suspectés (45,372 millions de dollars versés par Alcatel Lucent en 2010⁵ ; 338 millions payés la même année par Technip⁶...). Ces exemples témoignent de l'importance prise par différents régulateurs aux pouvoirs d'enquête particulièrement vastes.

Ces investigations, notamment celles diligentées par des régulateurs anglo-saxons, se caractérisent souvent par des requêtes extensives de transmission de documents. Or, les

⁴ SEC Order of Settlement, 2013-94

<http://www.sec.gov/News/PressRelease/Detail/PressRelease/1365171575006#.UtwpJ7TjLIU>.

⁵ Complaint, SEC v. Alcatel-Lucent, S.A., No. 10-cv-24620 (S.D. Fla. Dec. 27, 2010), ECF No.1 (French company), <http://www.sec.gov/litigation/complaints/2010/comp21795.pdf>.

⁶ Securities and Exchange Commission v. Technip, Case No. 4:10-cv-02289, S.D. Tex. (Houston).

entreprises françaises peuvent se trouver dans des situations fragiles face à ces injonctions de communication d'informations qui sont parfois confidentielles. Il s'avère difficile de jongler entre des sanctions juridiques et économiques et la nécessaire protection de données sensibles ou d'avantages technologiques. Si la France s'est dotée d'un arsenal juridique pour protéger le secret des affaires de ses entreprises par la loi, dite « de blocage », du 16 juillet 1980 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique⁷, la pratique montre que ce prétendu « bouclier » s'apparente plus à un « *tigre de papier* »⁸ peu à même de bloquer ces investigations poussées.

En analysant d'abord l'importance prise par les régulateurs étrangers, aux pouvoirs d'enquête qui rendent la situation des entreprises françaises parfois délicate (I), il s'agira d'étudier les dispositions juridiques sur lesquelles celles-ci peuvent s'appuyer pour concilier au mieux exigences de transparence et protection de leur secret des affaires (II).

I. DES ENTREPRISES FRANÇAISES VULNÉRABLES AUX ENQUÊTES DES RÉGULATEURS ÉTRANGERS

Parallèlement à la libéralisation des échanges, de nombreuses législations aux champs d'application très larges ont récemment prospéré. Ces dernières sont marquées par le renforcement des pouvoirs de régulateurs en matière d'enquête (A), régulateurs bénéficiant souvent du soutien effectif de leurs juges nationaux (B).

A. LES ENQUÊTES DE RÉGULATEURS ÉTRANGERS : EXTENSIONS DES DOMAINES DE LUTTE

Depuis les années 1970, les sociétés françaises ont dû faire face à des législations étrangères aux importantes prétentions extraterritoriales. En effet, ces lois s'attachent aux effets produits, en pratique, par les activités des entreprises sur leurs juridictions, plus qu'à la localisation statutaire ou à l'établissement physique de ces entreprises. Les sociétés peuvent donc plus facilement se retrouver sollicitées pour apporter leurs concours à des enquêtes menées pour certains de leurs agissements. C'est d'autant plus le cas que ces législations touchent des secteurs variés tels que la concurrence, la lutte contre la corruption (*Foreign Corrupt Practices Act* de 1977 aux États-Unis ; *UK Bribery Act* de 2010 au Royaume-Uni), ou encore les marchés financiers (*Sarbanes-Oxley Act* de 2002).

Or, ces extensions territoriale et sectorielle s'accompagnent d'une diversification des acteurs en jeu. Les textes susmentionnés ont aussi renforcé et affiné les pouvoirs d'enquête de leurs régulateurs nationaux. On rappellera que ces derniers sont chargés de veiller à la bonne application des réglementations régissant certains secteurs comme, entre autres, les marchés boursiers (la *Securities and Exchange Commission* aux États-Unis ou la *Financial Conduct Authority* britannique), les pratiques commerciales et anticoncurrentielles (la *Federal Trade Commission* aux États-Unis), ou les agissements de corruption (le *Serious Fraud Office* au Royaume-Uni)⁹. En sus de potentielles investigations criminelles par des représentants de la

⁷ L. n°80-538, 16 juill. 1980 : JO 17 juill. 1980, p. 1799, modifiant L. n°68-678, 26 juill. 1968.

⁸ Pour reprendre la métaphore du député Bernard Carayon. Rapport n° 4159 de M. Bernard Carayon au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi (n° 3985) visant à sanctionner la violation du secret des affaires, 11 janvier 2012.

⁹ Ci-après ces régulateurs seront nommés par leurs acronymes usuels : SEC pour la *Securities and Exchange Commission* ; FCA pour la *Financial Conduct Authority* (anciennement *Financial Services Authority*) ; FTC pour la *Federal Trade Commission* ; SFO pour le *Serious Fraud Office* ; la CFTC pour la *Commodity Futures Trading Commission*. Mentionnons encore le *Public Company Accounting Oversight Board* (PCAOB) régulateur américain en matière d'audit des sociétés cotées.

force publique de l'État requérant, une entreprise est donc susceptible de face faire à des demandes de divulgation d'informations dans le cadre d'enquêtes diligentées par des régulateurs, vecteurs coercitifs de ces législations dans le domaine civil et commercial.

À titre d'exemple, toute entreprise non-américaine entre dans le champ d'application du FCPA en matière de corruption si :

- elle est définie comme un « *issuer* » au sens de la loi en étant cotée sur un marché aux États-Unis¹⁰. C'est notamment le cas si elle possède un *American Depository Receipt* lui permettant d'avoir une cotation sur le marché américain. Au 31 décembre 2012, 965 entreprises étrangères (dont 9 françaises) étaient en cela enregistrées auprès de la SEC¹¹. En outre, la SEC et le *Department of Justice* (ci-après « *DoJ* ») ont le pouvoir d'enquêter sur tous les agents, directeurs, actionnaires, employés agissant au nom d'un « *issuer* », peu importe qu'ils soient américains ou pas ;
- la société, qu'elle soit « *issuer* » ou non, participe à n'importe quel acte se rattachant à un paiement, une offre, une promesse ou une autorisation de paiement corrompu sur le territoire américain¹².

Outre-manche, concernant des infractions en matière de corruption, mais aussi de défaut de prévention de la corruption, le *UK Bribery Act* fait entrer dans son champ d'application toute personne morale ou société de personne (au sens de « *partnership* ») réalisant ses affaires ou une partie de ses affaires au Royaume-Uni, et ce indépendamment de son lieu de constitution¹³. Ainsi, et à défaut de jurisprudence à ce jour, on peut penser qu'une organisation n'ayant pas une présence suffisamment démontrée au Royaume-Uni ne soit pas soumise à cette loi¹⁴. Cependant, cette organisation reste condamnable si une entité qui lui est « associée » (« *associate person* ») commet un acte de corruption en exécutant des services pour son compte¹⁵. A cet égard, les agissements de ses employés, agents, filiales, voire de ses contractants ou fournisseurs contraindront une entreprise réalisant une partie de ses affaires au Royaume-Uni à se soumettre à une enquête diligentée par le SFO, même si ces dits agissements n'ont pas été commis sur le territoire britannique.

¹⁰ 15 U.S.C. § 78dd-1.

¹¹ *US Security and Exchange Commission: International Registered and Reporting Companies*.

¹² 15 U.S.C. § 78dd-2(a).

¹³ 7(5)c Bribery Act : a relevant commercial organization that can commit offence under section 7 of the Bribery Act is defined as « *any other body corporate (wherever incorporated) which carries on a business, or part of a business, in any part of the United Kingdom* ».

¹⁴ C'est le sens du guide relatif à la loi qui parle d'une approche basée sur le bon sens (« *common sense approach* ») pour déterminer si une entreprise étrangère est considérée comme réalisant des affaires au Royaume-Uni ; UK Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010 Guidance*.

¹⁵ Article 8 Bribery Act.

En matière de marchés financiers, le *Sarbanes-Oxley Act* s'applique aux entreprises étrangères cotées aux États-Unis ainsi qu'aux filiales de sociétés américaines, indépendamment du lieu de leur établissement. Le récent *Dodd-Frank Wall Street and Consumer Protection Act* voté en 2010 présente lui aussi un champ d'application extraterritorial étendu pour les institutions financières non américaines. En effet, ladite « *Volcker Rule* » visant à limiter les investissements spéculatifs des établissements bancaires (comme la détention d'intérêts dans des *private equity funds*), s'applique à toutes les banques non-américaines qui possèdent une succursale, une agence ou une filiale bancaire aux États-Unis¹. Cette disposition s'applique aussi à toute société, bancaire ou non, dont cette banque non-américaine détiendrait au moins 25% du capital. Ici encore, les potentialités de la loi sont énormes : une société française, par le biais d'une banque domiciliée au Japon possédant 30% de son capital tout en ayant une agence aux États-Unis, pourrait par exemple être amenée à répondre de ses agissements auprès de la SEC ou du régulateur américain en matière de produits dérivés, la *Commodity Futures Trading Commission* (CFTC).

Dans les faits, on remarque une multiplication des procédures d'enquête des régulateurs². En application du FCPA, la SEC a poursuivi 28 entreprises étrangères (sans compter les filiales étrangères d'entreprises américaines) depuis 1978, dont plusieurs grosses entreprises multinationales, comme DaimlerChrysler³, Fiat⁴, ou Total⁵.

B. LE JUGE, RENFORT EFFECTIF POUR LE RÉGULATEUR

Dans le cadre d'un refus de transmission de documents par des entreprises récalcitrantes, les régulateurs étrangers s'appuient fréquemment sur leurs propres juges nationaux afin de mener à bien leurs enquêtes.

L'exemple américain est à cet égard révélateur. En application de l'article 37(a)(3)(A) du *Federal Rules of Civil Procedure* (Code Fédéral de Procédure Civile), une partie peut saisir le juge pour qu'il sanctionne le refus du défendeur de transmettre certains documents en forçant celui-ci à se soumettre aux demandes de production de documents (« *compelling disclosure* »). S'il estime la demande de divulgation du régulateur fondée, le juge est susceptible de prononcer des sanctions pécuniaires à l'encontre du défendeur, comme le remboursement à l'autre partie des frais provoqués par la requête en divulgation⁶. Le juge peut aussi ordonner la modification du déroulement de la procédure à la défaveur de la partie réfractaire : en prenant pour avérés les faits que le refus de divulgation a empêché de déterminer ; en lui refusant le droit de s'opposer à certains éléments de défense ou d'introduire de nouvelles plaintes ; en excluant de la procédure certaines de ses pièces ; voire, à l'extrême, en rendant un jugement

¹ 12. U.S.C. §1841 ; 12. U.S.C. §1851(b)(1)(A) – (D) – (E). V. DENOIX DE SAINT MARC et K. A. NOREIKA, *Les implications de la Volcker Rule pour les institutions financières non américaines*, JCP E, 2012, n°1. D. LAMSON, *Volcker Rule : an overview and lessons learned from non-US reform efforts*, RD banc. fin., 2013, n°4, dossier 39.

² La SEC qui avait seulement engagé 10 poursuites entre 1978 et 2000 pour des violations du FCPA en matière de corruption en a, par exemple, engagée 80 entre 2001 et 2010. Depuis janvier 2011, elle en a engagées 35. Pour une liste de toutes les poursuites engagées par la SEC au titre d'une violation du FCPA :

<http://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-cases.shtml> (Page consultée le 19 janvier 2014).

³ Complaint, SEC v. Daimler AG, No. 10-cv-473 (D.D.C. Apr. 1, 2010), ECF No. 1;

<http://sec.gov/litigation/complaints/2010/comprr2010-51.pdf>.

⁴ *Securities and Exchange Commission v. Fiat S.p.A. and CNH Global N.V.*, Civil Action No. 08 CV 0221 (D.D.C.).

⁵ *Op. cit.*, SEC Order.

⁶ Rule 37(a)(5)(A).

par défaut⁷. Enfin, la société qui se refuserait toujours à transmettre les documents en question risque de se voir sanctionnée du chef de « *contempt of court* », qui s'apparente à une forme d'outrage à magistrat en droit français⁸ même si, aux États-Unis, il s'agit davantage de sanctionner par ce biais une obstruction à la justice qu'une interpellation injurieuse à l'égard d'un magistrat.

Dans l'absolu, une entreprise souhaitant sauvegarder certaines de ses données pourrait toujours chercher à légitimer son refus de production en requérant un « *protective order* » du juge. Si ce dernier considère que les charges imposées par la procédure de divulgation sont trop lourdes ou invasives, il prendra différentes dispositions afin de protéger ladite entreprise comme : l'intrediction de la procédure de « *discovery* » ; sa limitation à certains sujets seulement ; ou la modification des méthodes de divulgation prévues par la partie requérante⁹.

Néanmoins, pour décider de ce genre de mesures, le juge anglo-saxon adopte un raisonnement opérant une « balance des intérêts » en présence (le « *balancing test* »). L'injonction de transmission ou la mise en œuvre d'un *protective order* sont donc conditionnées à une appréciation « *relativiste* »¹⁰ des intérêts des différentes parties. Or, la pratique de ce test conduit fréquemment le juge anglo-saxon à faire fi du refus de communication opposé par des entreprises étrangères s'appuyant sur une loi nationale imposant le secret de certaines informations, ou interdisant ces communications en dehors des procédures régulières de coopération en la matière, telle la Convention de la Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale¹¹. Ce refus d'accorder le bénéfice de ces dites « lois de blocage »¹² a été posé par la Cour suprême des États-Unis dans son arrêt *Société Nationale Industrielle Aerospatiale v. U.S. District Court* du 15 juin 1987 (ci-après nommé « *Aerospatiale* »). L'arrêt rejette l'exception de la loi de blocage française soulevée par l'entreprise défenderesse, qui soulignait le nécessaire respect de la Convention de la Haye par la procédure de *discovery* à laquelle elle était soumise. La Cour justifie sa décision en caractérisant les dispositions de la Convention comme « *optionnelles* » car venant suppléer, et non pas remplacer, les méthodes de *discovery* prévues par les *Federal Rules of Civil Procedure*¹³. Puisque les magistrats suprêmes considéraient ces règles procédurales comme permettant la tenue de contentieux « *justes, efficaces, et peu coûteux* », le recours aux procédures prévues par la Convention de la Haye n'apparaissait dès lors pas nécessaire.

Le juge américain ne se sent donc pas obligé par une loi de blocage excipée par l'une partie si les intérêts en présence ne l'imposent pas. C'est seulement si les intérêts de la partie non-américaine sont menacés par une procédure de divulgation lourde, excessive ou pénible que la protection de ce type de lois devra être reconnue. La jurisprudence ultérieure permet d'avoir une idée des critères pris en compte par le juge anglo-saxon dans son utilisation de la balance

⁷ Rule 37(b)(2)(A)(i)-(vii).

⁸ 37(b)(1).

⁹ Rule 37(a)(5)(B) ; Rule 26(c).

¹⁰ D. BARLOW, *Rev. Soc.* 2008 p. 882, note sous Cass. crim., 12 déc. 2007, n°07-83.228.

¹¹ Convention du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale. http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=82.

¹² Ces « *blocking statute* » ont été votés par différents pays en réaction à la multiplication des législations extraterritoriales mentionnées. C'est notamment le cas de la France qui a, par la loi de blocage du 16 juillet 1980 a tenté de se doter d'un arsenal juridique adapté pour protéger les informations relatives à sa souveraineté, son ordre public ainsi qu'à l'intelligence économique de ses entreprises.

¹³ « *It appears clear to us that the optional [Hague] Convention procedures are available whenever they will facilitate the gathering of evidence by the means of authorized in the [Hague] Convention* » 541, 107 S. Ct. 2542 (surlignage ajouté).

des intérêts pour se conformer à, ou passer outre, une loi restreignant la communication de documents. Par l'arrêt *Minpeco S.A. v. Conticommodity Services Inc.*¹⁴, rendu deux semaines après *Aerospatiale* et relatif à une loi suisse en matière de protection bancaire, la Cour du *Southern District of New York* a ainsi énuméré quatre facteurs à prendre en compte : les intérêts des pays dont les législations sont en conflit, les difficultés potentielles pour la partie subissant la *discovery*, l'importance du contentieux et des documents requis, et la bonne foi de la partie refusant la transmission. Dans d'autres litiges ont été mentionnés les potentiels résultats de la procédure de *discovery*, l'existence de sanctions éventuelles en cas de transmission dans le pays du défendeur, ou encore la réalité du risque de ces sanctions¹⁵.

C'est sur ce dernier point que le juge américain s'est majoritairement appuyé pour écarter la loi de blocage française dont la violation, comme nous le verrons, n'a été sanctionnée en France qu'une fois en trente ans d'existence. On retrouve un bel exemple de l'utilisation du *balancing test* concernant la loi française par l'arrêt *Bodner v. Banque Paribas*¹⁶. Dans ce contentieux relatif à la compensation de familles juives spoliées lors de la seconde guerre mondiale, la *District Court* de l'*Eastern District of New York* a pris en compte l'absence de difficultés causées par la *discovery* pour la BNP, la faiblesse de risque de poursuites en France, les coûts abordables que devront supporter la banque en transmettant les documents, mais aussi l'urgence causée par l'âge avancé des plaignants. Le juge anglais tient d'ailleurs le même raisonnement. Le 11 avril 2013, la *Chancery Division* de la *High Court of Justice*, dans une affaire impliquant Alstom, a ainsi écarté la loi de blocage considérant la faiblesse du risque de poursuites de l'entreprise, dans l'Hexagone, transmettant des documents à une entité étrangère¹⁷.

L'impuissance de la loi à produire des effets concrets a quasiment réduit à néant sa capacité à constituer un moyen de défense crédible pour les sociétés françaises. Or, passer outre une demande de transmission, c'est prendre le risque de se retrouver devant un juge à l'arsenal procédural fourni pour sanctionner tout refus. Eu égard au très faible nombre de cas où l'opposition d'une loi de blocage a été reconnue par un juge anglo-saxon, il semblerait donc que, dans la balance des intérêts, la transparence permise par la *discovery* prime quasi systématiquement sur la protection d'un hypothétique secret des affaires. Néanmoins, l'entreprise devant faire face à une enquête d'un régulateur n'est pas totalement démunie juridiquement.

II. LES DIVERS MOYENS JURIDIQUES À LA DISPOSITION DES ENTREPRISES FRANÇAISES

Face à ces multiples enquêtes, les entreprises françaises ont divers moyens d'action à leur disposition pour tenter de concilier les exigences auxquelles elles sont soumises. Si se conformer au droit commun et notamment à la loi de blocage apparaît délicat (A), les sociétés semblent susceptibles de tirer partie de la multiplication des accords sectoriels en matière d'échanges d'informations (B).

¹⁴ *Minpeco S.A. v. Conticommodity Services Inc.*, 116 F.R.D. 517 (S.D.N.Y. 1987).

¹⁵ *Compagnie Française d'Assurance Pour le Commerce Extérieur v. Phillips Petroleum*, 105 F.R.D. at 30 : « the legislative history of the statute gives strong indications that it was never expected to nor intended to be enforced against French subjects but was intended rather to provide them with tactical weapons and bargaining chips in foreign courts ». Voir aussi *Adidas Ltd. V. SS Seatrain Bennington*, 1984 WL 423 (S.D.N.Y. 1984).

¹⁶ *Bodner v. Banque Paribas*, 114 F. Supp. 2d 117 (E.D.N.Y. 2000).

¹⁷ *National Grid Electricity Transmission plc v ABB Limited & ors* [2013] EWHC 822 (Ch).

A. LE FRAGILE BOUCLIER DE LA LOI DE BLOCAGE

Au régulateur étranger enjoignant la transmission de documents dans le cadre de son enquête, la société française peut se prévaloir de la loi de blocage du 16 juillet 1980. Celle-ci, venant compléter une loi du 26 juillet 1968 qui se limitait à la communication de documents dans le domaine du commerce maritime¹⁸, s'est inscrite dans un contexte de crise économique et de guerre froide. En effet, face à des pratiques étrangères, notamment américaines, intrusives en matière de collecte d'informations¹⁹, il s'agissait de protéger l'intelligence économique des entreprises françaises. Son article 1^{er} *bis* dispose que :

« sous réserve des traités ou accords internationaux et des lois et règlements en vigueur, il est interdit à toute personne de demander, de rechercher ou de communiquer, par écrit, oralement ou sous toute autre forme, des documents ou renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères ou dans le cadre de celles-ci. »

L'interdiction de transmission semble d'ailleurs relever d'une nécessité impérieuse pour les entreprises qui risquent d'être poursuivies pénalement dans le cas contraire, l'article 3 de la loi prévoyant que :

« Sans préjudice des peines plus lourdes prévues par la loi, toute infraction aux dispositions des articles 1er et 1er bis de la présente loi sera punie d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 18000 euros ou de l'une de ces deux peines seulement. »

Le risque de poursuites pénales joue d'ailleurs lors des procédures américaines de *Deferred prosecution agreement* (DPA) ou de *Non prosecution agreement* (NPA)²⁰. Ces modes de transactions pénales suspendent l'action publique pour le DPA, ou empêchent sa mise en mouvement pour le NPA. Or, la société utilisant ces procédures tombera potentiellement sous le coup de la loi de blocage en transmettant des informations violant les dispositions du texte.

Cependant, le contenu de ces articles soulève de nombreuses interrogations. Tout d'abord, un certain flou entoure la détermination des « documents ou renseignements » visés par le texte, le champ d'application de « l'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique » pouvant se révéler très large²¹. Ces incertitudes n'ont d'ailleurs pas été levées par la jurisprudence qui n'a pas eu à appliquer ces dispositions très souvent. Son article 1^{er}, relatif à des documents dont la « communication est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public » n'a jamais été

¹⁸ L. n°68-678, 26 juill. 1968.

¹⁹ Le député Alain Mayoud, rapporteur du texte, avait même pu parler d'une « volonté des États-Unis d'imposer au reste du monde leur législation » dans son rapport législatif. Rapport n° 1814 de M. Alain Mayoud au nom de la commission de la Production et des échanges de l'Assemblée nationale, 19 juin 1980, p. 5.

²⁰ L. COHEN-TANGUIT et E. BREEN, *Le Deferred prosecution agreement américain - Un instrument de lutte efficace contre la délinquance économique internationale*, JCP E, 2013, n°38. Ces procédures sont marquées par des engagements pris par les entreprises pour se mettre en conformité avec la réglementation en vigueur et ainsi mettre en fin aux poursuites de régulateurs.

²¹ Mis à part dans le domaine du commerce maritime couvert par la loi du 26 juillet 1968 et pour lequel avait été précisé que ces documents correspondaient à des « renseignements relatifs au fonctionnement et à l'activité interne [...] des compagnies ». V. arrêté du 6 janvier 1969 relatif à l'interdiction de la communication de documents et renseignements à des autorités étrangères dans le domaine du commerce maritime, JO du 16 janvier 1969, p. 544. V. aussi D. Barlow, note sous Cass. crim., 12 déc. 2007, n°07-83.228, *Rev. Soc.* 2008 p. 882.

invoqué. Et, à notre connaissance, l'article 1^{er} bis n'a été utilisé que trois fois par les juges du fond français, dans des cas ne concernant pas des enquêtes de régulateurs étrangers²². Le Tribunal de commerce de Paris a ainsi refusé, dans un jugement du 20 juillet 2005, la communication de documents bancaires à un juge du District de New York ; sa demande étant contraire « à l'ordre public et financier français ». Ces faibles applications semblent donc limiter la portée générale de la loi.

Les dispositions pénales n'ont surtout été mises en œuvre qu'une seule fois par le juge dans la fameuse affaire « *Executive Life* »²³. En l'espèce, le tribunal fédéral de Californie avait délivré des commissions rogatoires civiles et internationales tendant à la communication de documents dans un litige relatif au rachat illégal de l'assureur Executive Life qui opposait le commissaire aux assurances de l'État de Californie à la MAAF. Dans le cadre de cette procédure, un avocat français, correspondant en France de l'avocat américain du commissaire aux assurances, avait tenté de recueillir par téléphone des informations sur les conditions de la prise de décision du rachat de l'assureur américain auprès d'un ancien administrateur de la MAAF. Par ces tentatives d'obtention d'informations couvertes par la loi de blocage et en contournement des dispositions de la Convention de la Haye, le prévenu se rendait donc coupable de l'infraction prévue à l'article 3 de la loi. Cependant, si cet arrêt a été vivement commenté pour son caractère « pionnier » en matière d'application de la loi de blocage, sa portée reste grandement limitée par la doctrine qui voit en lui un cas isolé, et ce malgré son inscription au Bulletin criminel²⁴. De plus, le nombre de saisines du Ministre des Affaires étrangères d'une demande de transmission d'informations de la part d'une autorité étrangère reste peu significatif, preuve que les entreprises françaises ne semblent pas trop craindre les potentielles sanctions encourues²⁵.

En posant une réserve relative aux conventions, législations et règlements en vigueur, l'article 1^{er} bis souligne indirectement la nécessité de principe d'emprunter les voies balisées par les textes internationaux auxquels la France est partie, notamment la Convention de la Haye entrée en vigueur le 6 octobre 1974. L'esprit de la loi de blocage est d'empêcher toute injonction de communication de documents vers l'étranger passant outre ce texte²⁶. Le juge français, lors de ses (rares) applications de la loi, a d'ailleurs sanctionné les demandes ne respectant pas cette procédure : dans l'affaire Executive Life par exemple, la Cour de cassation reprend l'argumentaire de la Cour d'appel de Paris estimant que le témoignage requis « *aurait pu être ultérieurement sollicité conformément aux dispositions de la Convention de la Haye* ».

La Convention énumère trois moyens d'obtention de preuves à l'étranger. En premier lieu, elle instaure une commission rogatoire internationale (chap. 1) par laquelle un État demande à l'autorité compétente d'un autre État d'exécuter les mesures d'instruction sollicitées. En second lieu, la Convention permet à ses États signataires de faire exécuter une mesure d'instruction touchant l'un de ses ressortissants par l'un de ses agents diplomatique ou consulaire présent sur le territoire d'un autre État contractant (dans certains cas après

²² TGI Nanterre, 22 déc. 1993 : Juris-Data n°1993-050136 ; CA Versailles, 16 mai 2001 confirmée par Cass. 2^e civ., 20 nov. 2003 n°01-15.633 ; T. com. Paris, 20 juill. 2005.

²³ CA Paris, 9^e ch. B, 28 mars 2007 : Juris-Data n°2007-332254 ; confirmé par Cass. crim., 12 déc. 2007, n°07-83.228 ; JCP E 2008, 2016, commentaire Danis ; Rev. Soc. 2008 p. 882, note Barlow.

²⁴ Op. cit., Danis, 2007.

²⁵ Le rapport du député Carayon relative à sa proposition de loi visant à sanctionner la violation du secret des affaires parlait ainsi seulement d'une dizaine de saisines seulement par an. Op. cit., Rapp. n°4159, 2012.

²⁶ JOAN Q, 26 janv. 1981, n°35893, question du député Roger Chinaud pour laquelle le Ministre de la Justice souligne que « l'article 1^{er} bis n'interdit pas la demande, la recherche ou la communication de documents ou renseignements hors du cadre de procédures judiciaires ou administratives étrangères ».

autorisation préalable de ce dernier)²⁷. Concernant les ressortissants de l'État de résidence ou d'un État tiers, l'autorisation de l'État de résidence est toujours nécessaire pour que l'agent puisse procéder à l'acte d'instruction (article 16). Dans un dernier temps, la Convention permet la désignation d'« *un commissaire* » procédant aux actes d'instruction sur le territoire d'un État contractant, avec son autorisation préalable, concernant une procédure devant le tribunal d'un autre État contractant (article 17). En France, le Ministère de la Justice est compétent pour autoriser ces différentes mesures d'instruction.

Si d'un point de vue théorique, l'opposition de la loi de blocage visant à enjoindre l'entité enquêtrice de se conformer aux procédures édictées par la Convention de la Haye apparaît cohérente, on a vu qu'en pratique les régulateurs et juges ne faisaient pas grand cas du texte. Pour l'entreprise, opposer la loi c'est se placer dans une mauvaise posture qui risque de conduire aux sanctions pécuniaires et procédurales susmentionnées. C'est surtout mettre potentiellement en danger sa situation économique et administrative dans le pays en question (risques d'atteinte à la réputation commerciale, de pertes de marchés et d'appels d'offres futurs, de publicité négative, de difficultés administratives pour obtenir autorisations et visas...)²⁸.

B. VERS UNE RÉGULATION GLOBALE DES ENQUÊTES DE RÉGULATEURS NATIONAUX ?

Acteurs d'un monde en « *guerre économique* », parangons d'une « *pêche sauvage au renseignement* », voire, pour certains, vecteurs de l'impérialisme américain (que l'on reprenne les craintes des députés dans le rapport parlementaire de 1981)²⁹, les enquêtes des régulateurs étrangers semblent être paradigmatiques du caractère profondément « anti-coopératif » du droit des affaires en matière d'échanges d'informations³⁰.

Néanmoins, il s'agit de souligner les efforts récents et efficaces de coopération pour encadrer, voire réguler ces enquêtes en faisant collaborer les entités compétentes des États. Au lieu de s'adresser directement à l'entreprise ou à l'une de ses filiales pour obtenir les informations qu'il recherche, le régulateur possède désormais de véritables interlocuteurs identifiables avec qui traiter. Et, si ces efforts se cantonnent pour l'instant à des secteurs particuliers, ils offrent à certaines entreprises françaises des solutions opportunes face à l'impasse dans laquelle elles pouvaient se trouver. Différentes autorités administratives indépendantes françaises ont ainsi récemment été désignées comme canaux de transmission des demandes émanant de leurs homologues étrangers.

Au niveau européen, plusieurs législations ont été mises en œuvre pour favoriser la coopération entre régulateurs. La directive 2006/43/CE du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés prévoit que les autorités compétentes des États membres (en France, le Haut conseil du commissariat aux comptes) coopèrent en matière d'échanges d'informations dans ce domaine. Cette logique se manifeste aussi dans le secteur des marchés financiers avec la directive 2004/39/CE du 21 avril 2004 (directive MIF)³¹. Les

²⁷ Convention de la Haye, article 15.

²⁸ K. HAERI, *Laissez la loi de blocage tranquille !*, Gaz. Pal. 2012. p.7

²⁹ *Op. cit.*, Rapp. n° 1814, 19 juin 1980, p. 26.

³⁰ E. SCHAEFFER, *De la recherche et de l'obtention de preuves à l'étranger en matière de droit civil et des affaires*, Revue juridique et politique – Indépendance et coopération, 1985, p. 644 et s. citée par D. BARLOW, *La loi du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique : un état des lieux*, JCP E, Octobre 2007, n°43, p. 2330.

³¹ Directive 2004/39/CE du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil.

autorités compétentes identifiées comme « points de contact » servent de référents de transmission uniques lors d'enquêtes internes, mais aussi externes à l'UE³². On assiste en cela à une harmonisation progressive des relations entre les différents acteurs impliqués.

On retrouve ces réglementations en droit national. Concernant la supervision des marchés financiers et du marché des banques et des assurances, une sous-section entière du Code monétaire et financier traite de la coopération et de l'échange d'informations entre d'une part, l'Autorité des marchés financiers (AMF) et l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), et d'autre part, « *les autorités d'autres États membres de l'Union Européenne ou d'autres États parties à l'accord sur l'Espace Économique Européen* »³³. La coopération intra-européenne s'effectue donc par dérogation à la loi de blocage, mais sous réserves (i) que la demande émanant de l'homologue des ses deux Autorités « *ne porte pas atteinte à la souveraineté, à la sécurité ou à l'ordre public français* » ; (ii) qu'une procédure pénale n'ait pas déjà été engagée en France pour les mêmes faits et contre les mêmes personnes ; (iii) que la procédure ne soit pas frappée par l'autorité de la chose jugée d'une décision ayant sanctionnée les mêmes faits³⁴. Ces notions se retrouvent d'ailleurs concernant les enquêtes diligentées par des régulateurs extérieurs à l'UE ou l'EEE. En matière de régulation boursière l'article L.632-7, I. du Code monétaire et financier habilite ainsi l'ACPR et l'AMF de :

« conclure, avec des autorités homologues relevant d'un État non membre de l'Union européenne et non partie à l'accord sur l'Espace économique européen, des accords de coopération prévoyant notamment l'échange d'informations. »

Dans le domaine de la concurrence, l'article L. 462-9 du Code de commerce fait de l'Autorité de la concurrence le régulateur idoine pour les enquêtes diligentées par ses équivalents étrangers (comme le FTC américain)³⁵.

Ces dispositions législatives se sont matérialisées par des accords multilatéraux tentant d'apporter de la cohérence aux différents régimes de transmission de documents. En matière de supervision des marchés financiers, un « accord portant sur la consultation, la coopération et l'échange des informations concernant la supervision des marchés » a ainsi été signé le 25 janvier 2007 entre la SEC et le Collège des régulateurs de l'Euronext. Ce texte prévoit qu'une autorité d'un pays donné se réfère à l'autorité correspondante pour obtenir des informations, relatives à sa mission de supervision du NYSE Euronext, et ce à des fins d'enquête ou de sanction dans un autre pays contractant³⁶. L'avantage de cet accord est d'organiser toutes les modalités pratiques de la coopération entre régulateurs. Dans le même registre, les membres de l'OICV-IOSCO (L'Organisation internationale des commissions de valeurs) ont passé en 2002 un protocole d'accord concernant « *la consultation, la coopération, et l'échange d'information* » (protocole révisé en 2012). Il y est prévu que les différentes autorités signataires³⁷ fassent œuvre d'assistance mutuelle entre elles, notamment concernant l'obtention d'informations et

³² Directive 2004/39/CE, Chapitre II ; voir aussi B. Garrigues, *Coopération et échanges d'informations avec l'étranger*, Bull. Joly Bourse, 01 septembre 2007, n°5, p. 633.

³³ C. monét. Fin., art. L. 623-1.

³⁴ C. monét. Fin., art. L. 623-5.

³⁵ Mentionnons aussi le Service central de prévention de la corruption qui a été reconnu comme « autorité gouvernementale française » interlocutrice par les autorités américaines concernant des enquêtes de corruption lors des procédures d'OPA visant une société françaises. Voir A. GALLOIS, *Rapport 2012 du Service central de prévention de la corruption (SCPC)*, JCP E., 2013, n°41, p. 1547.

³⁶ Accord portant sur la consultation, la coopération et l'échange d'informations concernant la supervision des marchés, §25.

³⁷ On dénombre 97 régulateurs signataires dont la SEC, la CFTC, l'AMF, la FCA, la BaFin allemande, ou encore l'*Australian Securities and Investments Commission*. Pour la liste complète : http://www.iosco.org/library/index.cfm?section=mou_siglist.

de documents relatifs à des mouvements de fonds (montant et moment du transfert, identité de l'émetteur et du bénéficiaire, identité du courtier ou de la banque...) ³⁸.

Ces textes de « *soft law* » ne lient certes pas juridiquement les régulateurs en ne créant pas d'obligations ayant force de lois ³⁹. Ils ne sont d'ailleurs pas censés faire obstacle aux conventions internationales et aux législations nationales en vigueur. Néanmoins, ils sont autant d'exemples des efforts entrepris par les régulateurs eux-mêmes pour encadrer leurs enquêtes respectives. Si la Convention de la Haye reste le texte fondamental réglementant l'accès à l'information en matière civile et commerciale, on peut espérer que les entreprises françaises aient, à l'avenir, l'occasion de s'appuyer sur ces alternatives formalisant des « points de contact » identifiables. Gageons que ces initiatives se généraliseront à de nouveaux domaines, comme le Service Central de Prévention de la Corruption qui souhaite devenir le correspondant unique de la SEC et du *DoJ* concernant leurs poursuites au titre du FCPA ⁴⁰.

CONCLUSION

Ainsi, au développement de lois aux importants champs d'application extraterritoriaux répond une coopération plus poussée entre les régulateurs en matière de transmission d'informations. C'est à ce prix que le respect du secret des affaires de nos entreprises peut se concilier à la recherche de transparence des enquêtes. Ces réglementations sont surtout des moyens efficaces pour contourner les demandes trop « directes » des régulateurs ainsi que les situations délicates posées par la loi de blocage.

On peut se réjouir que la proposition de loi relative à la violation du secret des affaires du député Carayon, qui visait à renforcer les dispositions de la loi de blocage, ait été retenue au Sénat depuis son adoption par l'Assemblée nationale le 23 janvier 2012 ⁴¹ et que son vote soit reporté jusqu'à nouvel ordre. À cet égard, il a d'ailleurs été souligné que légiférer de nouveau en la matière, malgré les intentions louables du législateur de protection du patrimoine économique de nos entreprises, faisait courir le risque de réveiller une loi « *endormie* » ⁴² qui pouvait être invoquée de manière discrétionnaire, mais qu'il n'était pas indispensable de réactiver avec éclat. Les vrais enjeux résident dans l'adoption de meilleurs outils de coordination internationale entre autorités, régulateurs et États, ainsi qu'une harmonisation plus efficace des procédures de communication d'informations sensibles lors d'enquêtes.

³⁸ Multilateral Memorandum of Understanding Concerning Consultation and Cooperation and the Exchange of Information (MMoU).Article 7

³⁹ Accord portant sur la consultation, la coopération et l'échange d'informations concernant la supervision des marchés, §7. MMoU, 6(a).

⁴⁰ *Op. cit.*, GALLOIS, 2013.

⁴¹ Proposition de loi n° 3985 visant à sanctionner la violation du secret des affaires, adoptée le 23 janvier 2012. Le texte a été transmis au Sénat le 24 janvier 2012 mais n'a depuis pas été affecté à une commission, ni mis à l'ordre du jour.

⁴² *Op. cit.*, HAERI, 2012.

THOMAS KENDRA & ANNA BONINI¹

Procedural Approaches to Corruption in International Investment Arbitration: Business as Usual?



Thomas KENDRA
Senior Associate
International Arbitration
group
Hogan Lovells (Paris) LLP



Anna BONINI
Trainee Solicitor
International Arbitration
group
Hogan Lovells (Paris) LLP

RÉSUMÉ

Il est de plus en plus courant que des faits de corruption soient allégués au cours de procédures d'arbitrages d'investissement et que les tribunaux arbitraux jouent un rôle actif à leur sujet. Ces allégations soulèvent de nombreuses questions et ont donné lieu à de vastes débats, en particulier concernant leur régime légal et le niveau de preuve exigé. Et pourtant, il n'est pas toujours possible de prévoir clairement quelles solutions pratiques et procédurales vont être adoptées par les tribunaux arbitraux, lorsqu'ils sont confrontés à de telles allégations. Cet article examine, à la lumière de deux sentences récentes rendues dans les affaires Niki Resources c. Bangladesh et Metal-Tech c. Ouzbékistan, comment les tribunaux résolvent les divers problèmes qui se posent d'un point de vue pratique et procédural. Il s'agira de déterminer s'il existe aujourd'hui assez d'exemples pour permettre à une partie ou à un tribunal concerné de bénéficier d'une certaine prévisibilité procédurale quant aux solutions communément retenues par les tribunaux, et leur articulation avec d'éventuelles procédures internes parallèles. Alors qu'il existe de nombreuses solutions pratiques, il est en effet possible de constater le développement d'une tendance des tribunaux arbitraux à être de plus en plus impliqués dans la procédure et à formuler leurs propres solutions concernant des allégations de corruption.

INTRODUCTION

Corruption allegations have only relatively recently come before tribunals in international investment arbitration, with allegations of bribery first being raised in an arbitration under the auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes ("ICSID") in 1992². Since then, however, they have become a commonplace part of investment arbitration, with tribunals taking an increasingly active role in the area.

¹ The views expressed in this article are the views of the authors only, they are not intended to have any legal significance and they do not represent the views of Hogan Lovells.

² *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egypt* (ICSID Case No. ARB/84/3), Award on the Merits (20 May 1992), ¶¶127-132. Subsequent cases can be divided in two main categories:

These developments have occurred in parallel with the proliferation of multilateral treaties on the fight against corruption³ and the adoption of anti-corruption legislation in most jurisdictions⁴. As a result, the arbitral tribunal in the leading investment case *World Duty Free* acknowledged the emerging international consensus that corruption, in any of its forms, must be prevented and sanctioned, noting that “*bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy*”⁵.

“The consideration of corruption in international investment arbitration raises many difficult questions. Some issues relate to the principle and theory of such a situation, including for instance the applicable burden and standard of proof to be applied to such allegations⁶, the means of attribution of the corrupt behaviour of a public official to the relevant State⁷ and the effects of a finding of corruption in terms of the tribunal's jurisdiction and the admissibility of claims⁸.”

Other questions relate to the practical aspects of how a tribunal will address such allegations, what steps a tribunal can be expected to take and the effect of such issues on the rest of the arbitration. The present article focuses on these latter, practical questions thrown up by the increasing proliferation of corruption allegations. In particular, in the light of two recent ICSID decisions dealing with corruption⁹, we take this opportunity to consider the procedural approaches applied by international investment tribunals to corruption and bribery allegations and whether, based on these and other decisions, it is possible to identify an emerging fixed procedure which parties can expect to see applied in investment arbitration cases.

-
- cases in which the respondent State seeks dismissal of claims on the allegation that the investment agreement was tainted by bribes paid by the investor (e.g. *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. El Salvador* (ICSID Case No. ARB/03/26), Award (2 August 2006); *World Duty Free Company Limited v. Kenya* (ICSID Case No. ARB/00/7), Award (4 October 2006)); and
 - those in which the investor complains that it was the victim of wrongful treatment by the host State as a consequence of its refusal to satisfy demands for bribes (e.g. *F-W Oil Interests, Inc. v. Trinidad and Tobago* (ICSID Case No. ARB/01/14), Award (3 March 2006); *EDF (Services) Limited v. Romania* (ICSID Case No. ARB/05/13), Award (8 October 2009)).

See A. Crivellaro, ‘The Courses of Action Available to International Arbitrators to Address Issues of Bribery and Corruption’, 10(3) *Transnational Dispute Management* (2013) 22. The present article will focus on the first, more common category of cases, although some considerations may be equally applicable to the second group.

³ See e.g. UN Declaration against Corruption and Bribery in International Commercial Transactions, 16 December 1996; UN Convention Against Corruption, 31 October 2003; Inter-American Convention Against Corruption, 29 March 1996; OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 21 November, 1997; Council of Europe Criminal and Criminal Law Conventions on Corruption, 27 January and 4 November 1999; African Union Convention on Preventing and Combating Corruption, 11 July 2003.

⁴ See e.g. UK Bribery Act (2010); Italy Anti-Corruption Law (2012); Brazil Anti-Corruption Law (2013).

⁵ *World Duty Free* (note 2), ¶157.

⁶ S. Wilske & T.J. Fox, ‘Corruption in International Arbitration and Problems with Standard of Proof: Baseless Allegations or Prima Facie Evidence?’, in: S.M. Kröll & E.E. Bergsten (eds.), *International Arbitration and International Commercial Law : Synergy, Convergence and Evolution: Liber Amicorum Eric Bergsten* 489 (Kluwer, 2011); C.B. Lamm, H.T. Pham & R. Moloo, ‘Fraud and Corruption in International Arbitration’, in: B.M. Cremades & M.A. Fernandez-Ballestros (eds.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (2010) 699.

⁷ A.P. Llamazon, ‘State Responsibility for Corruption: The Attribution Asymmetry in International Investment Arbitration’, 10(3) *Transnational Dispute Management* (2013) 81; S.H. Dudas & N. Tsolakidis, ‘Host-State Counterclaims: A Remedy for Fraud or Corruption in Investment-Treaty Arbitration?’, 10(3) *Transnational Dispute Management* (2013) 24.

⁸ A.J. Menaker, ‘The Determinative Impact of Fraud and Corruption on Investment Arbitration’, 25(1) *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal* (2010) 67; Z. Douglas, ‘The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration’, 29(1) *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal* (2014) 1.

⁹ *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh and others* (ICSID Cases No. ARB/10/11 and No. ARB/10/18), Decision on Jurisdiction (19 August 2013); *Metal-Tech Ltd. v. Uzbekistan* (ICSID Case No. ARB/10/3), Award (4 October 2013).

After briefly summarising the two recent ICSID decisions in this area (I), this article considers the raising of corruption allegations (II), the subsequent procedural steps that may be taken (III) and the potential relationship with domestic proceedings dealing with the same issues (IV), before making a brief conclusion on these issues.

I. TWO RECENT ICSID DECISIONS: *NIKO* AND *METAL-TECH*

Two recent ICSID decisions, both issued in the second half of 2013, deal extensively with allegations of corruption.

The first case, *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh and others*¹⁰, concerned a natural gas exploitation project conducted jointly by a Barbados-incorporated company and a state-owned Bengali entity. After the conclusion of a Joint Venture Agreement and the development of the relevant gas fields, the joint venture partners entered into negotiations with Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation with a view to concluding a Gas Sale and Purchase Agreement. During these negotiations, and with a view to securing the contract, the claimant delivered a luxury car to the then State Minister for Energy of Bangladesh and invited him, at its costs, to an exposition in Calgary, Canada. When the delivery of the car became public knowledge in Bangladesh, the Minister resigned and returned the vehicle. The Gas Sale and Purchase Agreement was eventually finalised and executed several months later. Niko Resources subsequently brought an ICSID claim in respect of outstanding payments under this Agreement (rather than on the basis of an investment treaty), while an investigation into its potential involvement in bribery was already underway in Canada. Niko Resources was eventually convicted by the Canadian courts, based on a guilty plea, in respect to the two above-mentioned incidents concerning the Bengali Minister for Energy, and sentenced to the payment of a CAD 9.5m fine¹¹.

The respondents did not rely on these acts of corruption as grounds for avoiding the Joint Venture Agreement, the Gas Sale and Purchase Agreement or the arbitration clauses contained therein¹². Instead, they argued that ICSID jurisdiction should be declined whenever the claimant has violated the principles of good faith and international public policy by attempting to procure a contract by bribery¹³. The tribunal, in its decision on jurisdiction, rejected this contention and held that there was no proof of any causal link between the acts of corruption and the conclusion of the contracts and that the doctrine of 'clean hands' did not entitle the respondents to escape the tribunal's jurisdiction in the circumstances¹⁴. The tribunal also noted that in contractual disputes, such as the one at hand, which are based on a contractual ICSID arbitration clause (rather than on an investment treaty), "*alleged or established lack of good faith in the investment does not justify the denial of jurisdiction but must be considered as part of the merits of the dispute*"¹⁵.

The second case, *Metal Tech Ltd. v. Uzbekistan*¹⁶, concerned a purported breach of the Israel-Uzbekistan Bilateral Investment Treaty ("BIT"). During the proceedings, it transpired that the claimant, an Israel-incorporated company that had entered into a joint venture with the

¹⁰ *Niko Resources* (note 9).

¹¹ *Idem*, ¶389.

¹² *Idem*, ¶463.

¹³ *Idem*, ¶377.

¹⁴ *Idem*, ¶¶453-464 and ¶¶483-485.

¹⁵ *Idem*, ¶471.

¹⁶ *Metal-Tech Ltd.* (note 9).

Uzbek Government in respect of a molybdenum production plant, had entered into a series of consulting agreements with foreign companies and Uzbek individuals.

The arbitral tribunal assessed, based on the evidence before it, that the payments under these purported consultancy agreements effectively amounted to corruption in violation of Uzbek law. Accordingly, since the applicable BIT only protected investments “*implemented in accordance with the laws and regulations*” of the host State¹⁷, the dispute was not covered by Uzbekistan's consent to arbitration under the BIT and the tribunal declined jurisdiction over all of the claims and counterclaims¹⁸. Interestingly, the tribunal indirectly acknowledged that the Uzbek authorities' conduct in accepting or soliciting the bribes was also, to some extent, blameworthy: rather than allocating the costs based on the generally applied principle that 'costs follow the event', the tribunal ordered each party to bear its own costs¹⁹.

These two decisions, as rare examples of where allegations of corruption have had a significant impact on the tribunal's award, are valuable additions to the body of international jurisprudence allowing a party to piece together the procedural expectations connected with allegations of corruption. The likely procedural path of such allegations is examined below.

II. RAISING ALLEGATIONS OF CORRUPTION

Two main considerations should be borne in mind by a party considering raising allegations of corruption in the context of investment treaty arbitration. First, even though there are no strict deadlines by which such issues should be put before the tribunal, the timing of raising an allegation of corruption may have significant effects. Second, it should be kept in mind that, when the evidence before them raises suspicions, arbitral tribunals may investigate suspect activities *proprio motu*, even if neither party to the arbitration has alleged corruption.

A. The timing of corruption allegations

Investment tribunals have adopted differing views as to the effects of a finding of corruption, or illegality in general. Some tribunals have treated corruption allegations as a jurisdictional issue²⁰, others as affecting the admissibility of the claims made, and therefore forming part of the merits of the case²¹. While the factors affecting this apparently conflicting treatment are not examined here, what is clear is that the qualification and effect of a similar allegation as either a jurisdictional or an admissibility issue may impact the timing at which it should be raised.

In principle, jurisdictional objections should be raised by the respondent in the initial stages of the proceedings. Article 23(2) of the UNCITRAL Arbitration Rules provides, for instance, that

¹⁷ Article 1(1) of the Agreement between the Government of the State of Israel and the Government of the Republic of Uzbekistan for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments of 4 July 1994.

¹⁸ *Metal-Tech Ltd* (note 9), ¶423.

¹⁹ *Idem*, ¶¶414-422.

²⁰ *TSA Spectrum de Argentina SA v Argentina* (ICSID Case No. ARB/05/5), Award (19 December 2008), ¶¶163-176.

²¹ “The Tribunal concludes that the Claimant is not legally entitled to maintain any of its pleaded claims in these proceedings on the ground of *ex turpi causa non oritur actio*”, *World Duty Free* (Note 2), ¶179. See also, *Fraport AG Airport Services Worldwide v. Philippines* (ICSID Case No. ARB/03/25), Award (16 August 2007).

“a plea that the arbitral tribunal does not have jurisdiction shall be raised no later than in the statement of defence”²².

If, however, the facts giving rise to suspicions of corruption emerge later on, this does not necessarily preclude the respondent State from bringing them to the tribunal's attention. The UNCITRAL Rules specify that *“the arbitral tribunal may, in either case, admit a later plea if it considers the delay justified”²³*, and the discovery of new facts is generally regarded as a justification for failure to raise an objection to the jurisdiction of the tribunal at the time otherwise required²⁴.

In bifurcated ICSID proceedings, it is generally open to the parties to put forward allegations of corruption both at the jurisdictional and at the merits phase. When ruling on jurisdictional objections in *SGS v. Pakistan*, for instance, the arbitral tribunal took note of, and placed on the record, the respondent's reserving its right to adduce evidence of bribery and corruption at the merits stage²⁵.

Further, even where the evidence of corruption comes to light after an ICSID award has been rendered, it is open to the respondent to request a revision of the award under Article 51 of the ICSID Convention²⁶. This procedure is contingent upon the discovery of new facts and must be commenced within 90 days of their discovery²⁷.

RSM v. Grenada is a particularly instructive authority in this respect. In that case, part of the evidence of corruption was discovered after the end of the oral hearing, when the proceedings were formally closed. The claimant sought to reopen those proceedings under ICSID Arbitration Rule 38²⁸, in order to introduce evidence of corruption, but its application was denied because the new evidence would not have been decisive²⁹. After the award was issued against it, RSM sought its annulment on the basis that *“Grenada's alleged corruption practice was not known to [it] when it commenced the [...] Arbitration”³⁰*. In connected ICSID proceedings subsequently commenced by the claimant, the tribunal found that:

“The evidence of corruption relied upon by RSM was also obtained by it prior to the delivery of the Award, and, in one case, prior to the Merits Hearing. [...] To

²² Article 23(2) of the 2010 UNCITRAL Arbitration Rules. The ICSID Convention, while not containing a specific provision to this effect, grants the tribunal the power to 'bifurcate' proceedings and determine jurisdictional issues as a preliminary question (Article 41(2) of the ICSID Convention).

²³ Article 23(2) of the 2010 UNCITRAL Arbitration Rules.

²⁴ D.D. Caron, L.M. Caplan & M. Pellonpää, *The UNCITRAL Arbitration Rules: a Commentary* (OUP, 2006), at 448-449, citing the Report of the Secretary-General on the Revised Draft Set of Arbitration Rules, UNCITRAL, 9th Session, Addendum (UN Doc A/CN.9/112/Add.1), noting that “[t]he arbitrators may admit a plea... if the delay was justified under the circumstances” and giving the example of “a plea based on facts newly discovered”.

²⁵ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Pakistan* (ICSID Case No. ARB/01/13), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (6 August 2003), ¶141.

²⁶ Article 51(1) of the ICSID Convention provides that “Either party may request revision of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on the ground of discovery of some fact of such a nature as decisively to affect the award, provided that when the award was rendered that fact was unknown to the Tribunal and to the applicant and that the applicant's ignorance of that fact was not due to negligence”.

²⁷ Article 51(2) of the ICSID Convention.

²⁸ Rule 38(2) of the ICSID Arbitration Rules provides that “Exceptionally, the Tribunal may, before the award has been rendered, reopen the proceeding on the ground that new evidence is forthcoming of such a nature as to constitute a decisive factor, or that there is a vital need for clarification on certain specific points”.

²⁹ Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg and RSM Production Corporation v Grenada (ICSID Case No. ARB/10/6), Award (10 December 2010), ¶7.1.20.

³⁰ *Idem*, ¶7.1.18.

the extent that further evidence of corruption became available after the issue of the [...] Award, RSM could also have sought revision of that award under the provisions of Article 51. It did not, but instead instituted annulment proceedings³¹”.

In practice, when credible evidence of corruption comes to light after an award has been issued in favour of the investor, the latter may have no choice but to walk away from its award. In *Siemens v. Argentina*, for instance, an ICSID tribunal had ruled against the respondent and ordered it to pay compensation exceeding USD 200m to the claimant³². A few months later, in the midst of a corruption scandal that exploded around Siemens, a former employee admitted that the contract which had been at the heart of the ICSID proceedings had been secured through bribes to Argentine officials³³. Siemens had no realistic option but to waive its rights under the award³⁴.

While there appear to be no strict procedural deadlines by which allegations of corruption must be made, the timing of such contentions is likely to involve a number of strategic considerations for the alleging party.

On the one hand, prematurely alleging bribery without sufficient evidence may be detrimental to the credibility of a party and could be perceived as an attempt to derail the procedure³⁵. As noted by Professor Wälde in his separate concurring opinion in *International Thunderbird v. Mexico*, the frequency with which parties to investment arbitration make unsubstantiated insinuations of corruption can be viewed as regrettable:

“Such insinuations are now frequently employed by both claimant investors and respondent governments. They should be disregarded – explicitly and implicitly, except if properly and explicitly submitted to the tribunal, substantiated with a specific allegation of corruption and subject to proper legal and factual debate for the tribunal [...]”³⁶.

On the other hand, waiting until sufficient evidence has been gathered to substantiate a claim of corruption may expose the alleging party to estoppel-based arguments. In *World Duty Free*, for instance, the claimant argued that the respondent's prior failure to object to the formation of the contract through bribery meant that it was estopped from raising the objection at a later stage of the proceedings and had waived its right to avoid the contract on the basis of corruption. The claimant's arguments appeared to rest on the assumption that the knowledge of the bribe at the time of conclusion of the contract by its recipient, the Kenyan President, could be imputed to the respondent, the Republic of Kenya. The tribunal rejected these arguments, holding that there was “no warrant at English or Kenyan law for attributing knowledge to the state (as the otherwise innocent principal) of a state officer engaged as its agent

³¹ *Idem*, ¶7.1.28-30.

³² *Siemens A.G. v. Argentina* (ICSID Case No. ARB/02/8), Award (6 February 2007).

³³ M.A. Raouf, ‘How Should International Arbitrators Tackle Corruption Issues?’, in: B.M. Cremades & M.A. Fernandez-Ballestros (eds.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (2010) 1, at p. 11.

³⁴ S. Kulkarni, ‘Enforcing Anti-Corruption Measures through International Investment Arbitration’, 10(3) *Transnational Dispute Management* (2013) 50.

³⁵ F. Hugeneder & C. Liebscher, ‘Investment Arbitration – Corruption and Investment Arbitration: Substantive Standards and Proof’, in: C. Klausegger, P. Klein et al. (eds.), *Austrian Arbitration Yearbook* (2009) 557.

³⁶ *International Thunderbird Gaming Corp. v The United Mexican States* (NAFTA, UNCITRAL Rules), Separate Opinion of T. Wälde (1 December 2005), ¶20.

*in bribery*³⁷. On this basis, it found that the pleading of avoidance of the agreement by Kenya was made “*unequivocally and timeously*” after it was discovered in the claimant's memorial itself³⁸. Nevertheless, the tribunal did not exclude that protracted inaction after evidence of bribery has emerged may imply a waiver of the connected rights³⁹.

B. Arbitral tribunals' power to investigate corruption *sua sponte*

The power of arbitral tribunals to investigate potential incidents of bribery *sua sponte*, when an allegation is not specifically put forward by one of the parties, has been the subject of extensive scholarly debate.

On the one hand, an award could be subject to annulment or refused enforcement if arbitrators “*stray into ultra petita territory by inquiring into the existence of corruption and ruling upon its consequences, where such issues are not raised by the parties*”⁴⁰.

On the other hand, failure to investigate clear evidence of corruption may result in a decision which “*inadvertently endorses bribery and opens the resulting award to annulment or non-recognition*”⁴¹. Further, it has been suggested that if an ICSID tribunal were to ignore a suspected issue of corruption, this issue “*would never, and never again, be handled by a judge with such proximity to the events*”⁴².

The recent *Metal-Tech* ruling represents a significant development in this respect. Whilst in previous investment cases allegations of corruption had generally been made by one of the parties, in *Metal-Tech* neither party had put forward such a claim. At the hearing, however, evidence emerged to the effect that the claimant had paid over USD 4m under a number of consulting services contracts⁴³ - a significant sum, considering the total value of the project was in the region of USD 20m⁴⁴. Based on these “suspicious” circumstances, the tribunal decided to inquire on its own motion as to whether corruption had occurred:

“In light of these new elements, at the close of the January Hearing, the Tribunal indicated that it had decided to order the Parties to produce additional information and documents, pursuant to its powers under Article 43 of the ICSID

³⁷ *World Duty Free* (note 2), ¶185.

³⁸ *World Duty Free* (note 2), ¶183. Similarly, in *Fraport*, the tribunal noted that estoppel could only apply when the host State knew about the illegality and deliberately accepted it, see *Fraport* (note 21), ¶¶346-347.

³⁹ Delay in raising the issue appears to have been at the basis of the dismissal of the claims in *William J. Levitt v. Iran* (Iran-US Claims Tribunal), Award (22 April 1987) and in the commercial arbitration case of *Westacre (UK) v. Jugoimport (Yugoslavia)* (ICC Case No. 7047), ASA Bull. 301 (1995).

⁴⁰ M. Hwang & K. Lim, ‘Corruption in Arbitration – Law and Reality’, 8(1) *Asian International Arbitration Journal* (2012) 1, at p. 14; V. Pavic, ‘Bribery and International Commercial Arbitration – The Role of Mandatory Rules and Public Policy’, 43(4) *Victoria University of Wellington Law Review* (2012) 661, at p. 670; K.S. Gans & D.M. Bigge, ‘The Potential for Arbitrators to Refer Suspicions of Corruption to Domestic Authorities’, 10(3) *Transnational Dispute Management* (2013) 20, at p. 23.

⁴¹ V. Pavic (note 40), at p. 670. See also, H. Raeschke-Keller, ‘Corrupt Practices in the Foreign Investment Context: Contractual and Procedural Aspects’, in: N. Horn & S. Kröll, *Arbitrating Foreign Investment Disputes* (Kluwer, 2004) 471, at pp. 495-496.

⁴² R. Kreindler, ‘Legal Consequences of Corruption in International Investment Arbitration: an Old Challenge with New Answers’, in: L. Lévy & Y. Derains (eds.), *Liber Amicorum en l’honneur de Serge Lazareff* (2011) 383, at 384, citing the Paris Court of Appeal decision in *Schneider v. Nigeria*, Cour d’Appel de Paris (Case 08/11757), Decision of 10 September 2009.

⁴³ *Metal-Tech* (note 9), ¶86.

⁴⁴ *Idem*, at ¶199.

Convention, which would be reflected in a procedural order issued after the hearing⁴⁵.

This *sua sponte* investigation by the tribunal, while to some extent reflecting the activist stance adopted in *World Duty Free*⁴⁶, also suggested a development of approach compared to prior arbitral practice. In some of the previous cases, arbitrators appeared in fact to have been careful to avoid dealing with potential issues of corruption, even when the parties made specific allegations in this respect. As noted by a commentator, “it is sometimes astonishing to notice how arbitrators have tried to rationalize avoiding inquiry into strong indicia of corruption on thin procedural grounds⁴⁷”.

In *Fraport v. Philippines*, for instance, the respondent had raised specific allegations of bribery and other forms of corruption⁴⁸. Nevertheless, the award did not rule directly on the issue, declining jurisdiction on the alternative basis that the claimant had “*knowingly and intentionally circumvented*” the applicable anti-dummy legislation⁴⁹. Similarly, in *F-W Oil Interests Inc v Trinidad and Tobago*, the arbitral tribunal refrained from conducting any further investigation into allegations of corruption, once those allegations were withdrawn by the claimant⁵⁰.

Following the *Metal Tech* award, therefore, parties to investment arbitration should be aware that the mere adduction of evidence raising suspicions of corruption may prompt a *sua sponte* investigation by the arbitral tribunal, even if neither party makes specific allegations in this respect.

III. DEALING WITH THE ALLEGATIONS

In *World Duty Free*, the leading case on corruption in investment arbitration, the arbitral tribunal's fact-finding task was relatively straightforward. In that case, the claimant attached to its memorial a witness statement in which its majority shareholder, Mr Ali, candidly admitted that he had secured a meeting with the then Kenyan President, and thereby the successful conclusion of a concession contract, by making him a “*personal donation*” of USD 2m. The circumstances of this payment were that the cash sum was put in a briefcase, which was left by the wall as Mr Ali met with the President. “*After the meeting we collected the briefcase from where we had left it. On the departing journey I looked in the briefcase and saw that the money had been replaced with fresh corn*”⁵¹.

Shortly after the claimant's memorial was filed, Kenya applied to the tribunal for the dismissal of all claims on the basis that, as a matter of public policy, the concession contract, having been obtained through illegal means, was unenforceable. This allegation was then repeated in the respondent's subsequent written submissions. The issue was further addressed through written and oral pleadings, with the tribunal specifically requesting submissions on the

⁴⁵ *Idem*, ¶86.

⁴⁶ See Section 4 below.

⁴⁷ M.A. Raouf (note 33), at p. 10.

⁴⁸ *Fraport* (note 21). There is, however, no indication that the parties made corruption a central plank of the case, either in the written or oral submission.

⁴⁹ *Idem*, at ¶401.

⁵⁰ *F-W Oil* (note 2), at ¶15. See also *Thunderbird* (note 36) and *Azurix Corp. v. Argentina* (ICSID Case No. ARB/01/12), Award (14 July 2006).

⁵¹ *World Duty Free* (note 2), at ¶130.

question of corruption. In particular, even though the fact and circumstances of the payment were undisputed, the claimant argued that the payment, far from being a bribe, was justified by the Kenyan “*Harambee*” culture and submitted evidence from an expert explaining this traditional gift system. The tribunal rejected this argument and concluded that the “*personal donation*” made to the Kenyan President was a bribe, which invalidated the concession contract⁵².

In most cases, however, evidence of corruption is not as blatant, or as readily available, as in *World Duty Free*. As a result, investment tribunals have dealt with issues of corruption flexibly, inviting submissions from the parties and, where necessary, amending the procedural timetable to accommodate the particularly complex nature of such allegations.

In *Metal-Tech*, for instance, the tribunal's approach also reflected on the procedure adopted. As mentioned above, following the disclosure of the amounts paid under the consultancy contracts at the hearing, the tribunal ordered the parties to produce additional information and documents, pursuant to Article 43 of the ICSID Convention⁵³. Through a series of procedural orders, the tribunal subsequently directed the parties to submit evidence on specific issues, including a detailed list of questions concerning the circumstances and modalities of the suspect payments under the consultancy agreements. Following the submission of further witness statements, the tribunal also granted the claimant's request for an additional oral hearing⁵⁴.

In the case of *Azpetrol v. Republic of Azerbaijan*, a claim brought under the Energy Charter Treaty, the director of the claimant revealed in the course of his oral evidence at the hearing on jurisdiction, that funds had been provided to bribe officials in Azerbaijan to avoid a government investigation of the investor's operations⁵⁵. Following that testimony, the parties agreed that the proceedings be adjourned and the respondent filed an application to dismiss all claims on the grounds of international public policy. The tribunal set out a timetable for the parties to file pleadings about the bribery allegation but, shortly after that, a settlement brought an end to the proceedings⁵⁶.

These cases suggest that when faced with allegations of corruption, a tribunal is likely to consider such an allegation in the same way as it would with any new argument: it may therefore require an exchange of submissions and sometimes hearings on the issue, even if this entails an adjustment to the initial schedule.

Scholars have also argued that increased reliance on procedural tools (such as the arbitral tribunals' power to call upon the parties to produce documents and witnesses or to conduct site visits)⁵⁷ would be particularly appropriate in cases where allegations of corruption are made⁵⁸. It is still difficult, however, to identify a level of consistency in the resort to such measures within investment arbitration practice. The recent awards nevertheless suggest that, in respect of corruption allegations, tribunals may be prepared to take a more active role, soliciting submission and requesting evidence from the parties, than they might for other

⁵² *Idem*, ¶136.

⁵³ *Metal-Tech* (note 9), at ¶86.

⁵⁴ *Idem*, ¶¶87-99.

⁵⁵ *Azpetrol v. Republic of Azerbaijan* (ICSID Case No. ARB/06/15), Award (8 September 2009), ¶6.

⁵⁶ *Idem*, ¶¶7-10.

⁵⁷ Rule 34(2) of the ICSID Arbitration Rules.

⁵⁸ See e.g. S. Kulkarni (note 34).

jurisdictional or factual issues.

IV. INTERACTION WITH DOMESTIC CRIMINAL PROCEEDINGS

The interaction between international investment arbitration proceedings dealing with issues of corruption and domestic criminal prosecution, often proceeding in parallel and arising out of the same factual matrix, can - perhaps inevitably - lead to complexities.

In principle, the outcome of criminal proceedings relating to the corruption allegation will not determine the arbitral tribunal's decision⁵⁹. As a result, while a tribunal may stay the arbitral proceedings where there is a pending criminal procedure, awaiting its outcome, this is not obligatory and indeed appears to be rare⁶⁰. Rather, the tribunal may continue with its own assessment. In *TSA Spectrum de Argentina SA v. Argentine Republic*, for example, the arbitral tribunal came to its own conclusion that corruption was not established based on the available materials, even though investigations into criminal offences in connection with the concession had been initiated in Argentina and were still pending⁶¹.

Some tribunals have even intervened in pending criminal proceedings. Indeed, the commencement of criminal proceedings in parallel with arbitral proceedings will not necessarily be looked upon unfavourably by the tribunal⁶², yet if it considers that the criminal prosecution will be detrimental to its own review of the issue, it may take steps to halt the parallel proceedings. This was the case in *Quiborax SA v. Bolivia*, where the tribunal issued a provisional measure requiring the suspension of the criminal proceedings initiated by Bolivia until the release of the award, on the basis that the criminal proceedings were likely to discourage the claimants' potential witnesses from appearing before the tribunal and therefore damage the integrity of the arbitration⁶³. The tribunal considered that the Bolivian authorities should await its conclusion: "*Once this arbitration is finalized, Respondent will be free to continue the criminal proceeding [...]*"⁶⁴. A similar decision was taken in *Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe*, where the tribunal ordered the respondent, as a

⁵⁹ For instance, in *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador* (ICSID Case No. ARB/07/26), Award (2 August 2006) ¶¶209-210, the tribunal noted: "[...] it is important to repeat that, as the legality of the investment is a premise for this Tribunal's jurisdiction, the determination of such legality can only be made by the Tribunal hearing the case, i.e. by this Tribunal. [...] Consequently, any resolutions or decisions made by the State parties to the Agreement concerning the legality or illegality of the investment are not valid or important [...] in order to decide whether or not the Arbitral Tribunal is competent to hear the dispute brought before it".

⁶⁰ See e.g. D. Chilstein, 'Droit pénal et arbitrage', 24(1) *Revue de l'Arbitrage* (2009) 3, especially at p. 44. In fact, it is extremely rare for an international tribunal to stay its proceedings in light of pending domestic proceedings. We can quote two cases, both not involving criminal proceedings. In *Southern Pacific Properties* (note 2), at ¶15, the tribunal stayed the proceedings on some of the respondent's jurisdictional objections pending final disposition by French courts of concurrent proceedings before the ICC involving the same dispute (French courts decided the respondent had not agreed to submit the dispute to arbitration under the auspices of the ICC). In *SGS* (note 25), ¶¶174-176, the tribunal decided to stay the proceedings, awaiting a decision of courts determining the amount to be paid by the Philippines, because of a provision in the relevant agreement that gave exclusive jurisdiction to State courts over the matter.

⁶¹ *TSA Spectrum* (note 20), ¶¶174-175.

⁶² In *Azpetrol*, for example, the claimant alleged that the respondent's institution of criminal proceedings amounted to a persecution of the claimant. The tribunal rejected this allegation: "[...] the tribunal does not see this reference to the prosecuting authorities, or the conduct of those authorities in approaching the relevant authorities in the Netherlands and the United Kingdom, as "persecution", given the very serious nature of the admissions [...]", *Azpetrol* (note 55), at ¶7.

⁶³ *Quiborax SA, Non Metallic Minerals SA and Allan Fosk Kaplun v. Plurinational State of Bolivia* (ICSID Case No. ARB/06/2), Decision on Provisional Measures (26 February 2010), ¶163.

⁶⁴ *Idem*, at ¶165.

provisional measure, to “*take no further steps*” in respect of the threats of criminal proceedings it made to claimant via a letter from the Attorney General⁶⁵.

It has also been suggested that the argument of estoppel may be raised to defeat a respondent state’s objection based on corruption, where that state failed to prosecute the purportedly illegal conduct domestically⁶⁶. The tribunal in *World Duty Free*, however, rejected similar arguments and dismissed the investor’s claims based on corruption even though “*no attempt ha[d] been made by Kenya to prosecute [the former President] or to recover the bribe in civil proceedings*”⁶⁷. While sympathising with the investor’s feeling of unfairness in this respect, the tribunal noted that this conclusion was required by public policy, as “*the law protects not the litigating parties but the public; or in this case, the mass of tax-payers and other citizens making up one of the poorest countries in the world*”⁶⁸.

Domestic criminal proceedings may nevertheless provide evidence that will be assessed by the tribunal. In *Africa Holding Co. v. Democratic Republic of Congo*, for example, the tribunal agreed to consider evidence from local criminal proceedings⁶⁹. In the same vein, in *Niko Resources*, the tribunal admitted and indeed solicited information concerning the outcome of various domestic proceedings and investigations and concluded, based on the claimant’s guilty plea before Canadian courts, that it had indeed committed the acts of corruption for which it had been sanctioned in Canada⁷⁰. Conversely, a finding by a reputable domestic investigative or judicial body that no misconduct has occurred has sometimes prompted international tribunals to find that the relevant allegations of corruption were unsubstantiated⁷¹.

In line with the ‘zero tolerance’ approach to corruption displayed by ICSID tribunals in cases such as *World Duty Free* and *Metal-Tech*, there have been suggestions by eminent scholars that arbitral tribunals would have a power, or even a duty, to report suspected or confirmed cases of corruption to the competent local authorities⁷². There appears, however, to be no publicly available precedent in which an international tribunal notified domestic authorities of the suspicious evidence emerged during the arbitration proceedings⁷³.

⁶⁵ *Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe* (ICSID Case No. ARB/10/25), Directions Concerning Claimant’s Application for Provisional Measures (13 June 2012), ¶8.

⁶⁶ *Wena Hotels Limited v. Egypt* (ICSID Case No. ARB/98/4), Award (8 December 2000), ¶116: “[...] given the fact that the Egyptian government was made aware of this agreement by Minister Sultan but decided (for whatever reasons) not to prosecute Mr. Kandil, the Tribunal is reluctant to immunize Egypt from liability in this arbitration because it now alleges that the agreement with Mr. Kandil was illegal under Egyptian law”.

⁶⁷ *World Duty Free* (note 2), at ¶180.

⁶⁸ *Idem*, ¶181.

⁶⁹ *Africa Holding Co. v. Democratic Republic of Congo* (ICSID Case No. ARB/05/21), Award (29 July 2008), ¶52.

⁷⁰ *Niko Resources* (note 9), at ¶422.

⁷¹ See e.g. *SPP* (note 2), at ¶¶127-132; *EDF* (note 2), at ¶228; *Niko Resources* (note 9), at ¶¶423-429.

⁷² S. Nadeau-Séguin, ‘Commercial Arbitration and Corrupt Practices: Should Arbitrators Be Bound by a Duty to Report Corrupt Practices?’, 10(3) *Transnational Dispute Management* (2013) 19; C.A.S. Nasarre, ‘International Commercial Arbitration and Corruption: the Role and Duties of the Arbitrator’, 10(3) *Transnational Dispute Management* (2013) 32; V. Pavic (note 40), at pp. 669-674; M. Hwang & K. Lim (note 40), at pp. 47-50.

⁷³ See A. Crivellaro (note 2), at p. 21.

CONCLUSION

The recent arbitral decisions dealing with corruption allegations appear to highlight an increasing willingness on the part of tribunals to deal with such allegations themselves rather than allowing domestic courts to have free reign in this area. A flexible but rigorous approach is gradually being developed, imposing no strict procedural deadlines, adjusting the procedural timetable to accommodate such claims where required, treating the issue independently of the outcome of domestic criminal proceedings and even, such as in the case of *Metal-Tech*, investigating suspicious circumstances *sua sponte* where neither party has requested the tribunal to do so.

A “standard procedure” has not yet emerged and indeed may not – allegations of corruption are fact-specific and a discretion of the tribunal in this regard would seem preferable – with different considerations being relevant where such claims are put forward by the claimant, as giving rise to a violation of investment protection guarantees, or by the respondent state, as a jurisdictional objection or a defence on the merits. At the same time, some predictability is desirable, and the increasing number of awards dealing with the topic should allow both parties and tribunals faced with such allegations in the future to continue to refine the various procedural options and approaches that may be adopted by investment arbitration tribunals in this field.

DIDIER KLING

La transparence et les marchés financiers – Tendances actuelles



Didier KLING

Commissaire aux comptes
Vice-président de la Chambre de
commerce et d'industrie de
région Paris Ile-de-France
Président d'honneur du Conseil
national des commissaires aux
comptes

RÉSUMÉ

Le principe de transparence en matière financière est aujourd'hui traversé par deux tensions contradictoires. La première s'attache à pousser plus loin encore l'idéal informationnel, tandis que la seconde vise à modérer cet idéal. Ce double mouvement se retrouve pareillement sur les deux fronts classiques de transparence : celle qui oblige les émetteurs et se trouve modulée ; celle qui concerne les opérations, qui apparaît approfondie.

INTRODUCTION

S'il est un domaine où l'exigence de transparence est peu discutée, c'est bien celui des marchés financiers. Le principe de transparence est en effet essentiel au bon fonctionnement du marché ; c'est même un des principes directeurs autour duquel le droit des marchés financiers s'est construit. En effet, un haut niveau de transparence est une condition nécessaire pour que de la confrontation des ordres sur le marché puisse se former le juste prix des instruments qui y sont négociés, lequel est censé incorporer toute l'information disponible. On admet généralement aujourd'hui que l'imparfaite transparence du marché des *subprimes* a été sinon la cause, du moins un facteur d'aggravation de la crise bancaire et financière ayant éclaté fin 2007¹.

Il est alors logique que les textes qui structurent le fonctionnement des marchés s'attachent tous, à des degrés divers, à parfaire cette exigence cardinale.

Trois des principales directives en ce domaine sont même spécialement dévolues à cet objectif : la directive 2001/34/CE du 28 mai 2001 « concernant l'admission de valeurs mobilières à la cote officielle et l'information à publier sur ces valeurs » ; la directive 2003/71/CE du 4 novembre 2003 « concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation », dite directive

¹ R. BUENAVENTURA et V. ROSS, Transparence et stabilité financière, in Banque de France, « Les produits dérivés de gré à gré : nouvelles règles, nouveaux acteurs, nouveaux risques », *Revue de la stabilité financière* n° 17, avril 2013, p. 125.

« Prospectus »² ; la directive 2004/109/CE du 15 décembre 2004 sur « l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé », dite directive « Transparence »³. Quant à la directive-cadre 2004/39/CE du 21 avril 2004, « concernant les marchés d'instruments financiers (directive « MIF »), elle consacre de nombreuses dispositions à la transparence, conçue comme inséparable de l'intégrité du marché⁴.

Globalement, l'historique des réformes intervenues récemment en la matière marque une lente mais progressive marche vers l'intégration des législations nationales en vue de créer un marché unifié à l'échelle de l'Union européenne. Ainsi, les directives récentes s'attachent à encadrer toujours plus la marge de manœuvre laissée aux États membres pour transposer les normes communautaires. Par exemple, si le principe demeure que les États membres sont libres d'imposer des règles plus strictes que celles posées par la directive Transparence⁵, cette liberté se trouve désormais encadrée, notamment s'agissant de la publication d'informations périodiques sur une base plus fréquente que les rapports financiers annuels et semestriels⁶. Il en va de même des règles organisant les informations à délivrer lors de franchissement de seuils : les États membres ne peuvent soumettre un détenteur d'actions à des exigences plus strictes que celles énoncées dans la directive⁷.

Autre manifestation de cette intégration en cours, le législateur européen se préoccupe aujourd'hui de la diffusion sur une base communautaire des données dont il impose la publication. Jusqu'alors, à la fois pour des raisons techniques, linguistiques et proprement juridiques (insuffisante harmonisation), la publicité des informations était organisée sur le territoire de chaque État par des organismes ou des vecteurs nationaux (en France, registre du commerce et des sociétés, *BODACC* et *BALO*). La numérisation progressive des données et, surtout, leur forte harmonisation permettant leur comparabilité donnent désormais un sens à une diffusion communautaire. C'est pourquoi l'Autorité européenne des marchés financiers (« AEMF » ou « ESMA ») a été chargée de mettre en place et d'exploiter un « Point d'accès électronique européen », c'est-à-dire un portail internet permettant d'accéder aux informations réglementées diffusées par tout émetteur soumis à la réglementation communautaire⁸.

Cela précisé, il n'en reste pas moins que le droit contemporain des marchés financiers laisse apparaître un curieux paradoxe ; et même un double paradoxe.

D'abord, à rebours de l'objectif général, la régulation des marchés s'est elle-même révélée, parfois, attentatoire à la transparence. Ainsi, la suppression du principe de concentration des ordres par la directive MIF, la volonté de mise en concurrence des différentes plateformes d'exécution des ordres (systèmes multilatéraux de négociation) également promue par la

² Modifiée en dernier lieu par les directives 2010/73/UE et 2010/78/UE du 24 nov. 2010.

³ Récemment amendée par la directive 2013/50/UE du 22 oct. 2013.

⁴ Voir considérant 44 « Dans le double objectif de protéger les investisseurs et d'assurer le bon fonctionnement des marchés des valeurs mobilières, il convient de garantir la transparence des transactions et de veiller à ce que les règles prévues à cet effet s'appliquent aux entreprises d'investissement lorsqu'elles opèrent sur ces marchés... ».

⁵ Dir. 2004/109/CE du 15 déc. 2004, art. 3, 1.

⁶ Dir. 2004/109/CE du 15 déc. 2004, art. 3, rédaction et Dir. 2013/50/UE du 22 oct. 2013, art. 1^{er}, 2, a, qui admet néanmoins des dérogations à cette règle.

⁷ Dir. 2004/109/CE du 15 déc. 2004, art. 3, 1 *bis*, rédaction et Dir. n° 2013/50/UE du 22 oct. 2013, art. 1^{er}, 2, b, admettant là encore des exceptions.

⁸ Dir. 2004/109/CE du 15 déc. 2004, art. 21, *bis*, créé par la directive 2013/50/UE 22 oct. 2013, art. 1^{er}, 14 : le dispositif doit être opérationnel au plus tard le 1^{er} janvier 2018).

même directive ont incontestablement fragmenté la liquidité et favorisé l'apparition de systèmes de négociation opaques.

C'est ainsi que se sont développées des bassins de liquidité opaques (« *dark pools* ») et les *crossing networks*. Un *dark pool* désigne un système électronique d'exécution d'ordres qui permet aux prestataires de services d'investissement (PSI) ou aux entreprises de marché, de croiser les ordres de leurs clients, ayant des intérêts contraires, via un carnet d'ordres. Ils sont dits opaques parce qu'ils opèrent sans transparence pré-négociation⁹, contrairement à l'obligation qui s'impose à toute entreprise de marché comme à toute personne qui gère un système multilatéral de négociation de publier « les prix à l'achat et à la vente ainsi que le nombre d'instruments financiers correspondant, affichés par ses systèmes pour les actions admises aux négociations sur le marché réglementé qu'elle gère »¹⁰. Il n'y a là nulle infraction aux règles impératives de transparence, mais l'exploitation subtile d'une dérogation prévue par la directive au cas où « les transactions portent sur une taille élevée par rapport à la taille normale de marché pour les actions ou les catégories d'actions en question »¹¹. Les ordres répondant à ce critère sont dits « cachés » dans la phase pré-négociation. D'où l'exploitation faite par les *dark pools* de cette dérogation¹².

Quant aux *crossing networks* développés par certains intermédiaires financiers, ils correspondent à des systèmes d'internalisation simple et non systématique, cette dernière supposant une activité de négociation pour compte propre (C. mon. fin., art. L. 425-1). Or, ici, le plus souvent, l'intermédiaire financier exécutera les ordres de ses clients face à ceux d'autres clients et non face à son compte propre. La démarche paraît donc s'apparenter à la réalisation d'applications au sens technique, c'est-à-dire à une activité qui consiste à rapprocher des ordres émanant de clients¹³.

L'un et l'autre de ces systèmes, résultats des ouvertures permises et même encouragées par la directive MIF, nuisent incontestablement à l'idéal de transparence.

Un autre paradoxe, mieux connu celui-là, réside en ceci que la transparence n'a de sens que si elle est précisément ajustée à la finalité qui lui est assignée. Selon un adage souvent répété mais juste, trop de transparence nuit à la transparence. Sans même parler du coût qu'elle peut représenter pour ceux qui y sont assujettis, une transparence mal calibrée peut être porteuse d'opacité. Par ailleurs, la transparence n'étant pas une finalité en soi, elle doit se conjuguer avec d'autres principes directeurs du droit des marchés financiers, en particulier l'exigence de stabilité et celle de liquidité¹⁴.

Pour reprendre l'exemple de la dérogation à partir de laquelle les *dark pools* ont prospéré dans l'espace européen, il existe des dispositions spéciales concernant la négociation des blocs d'actions d'une taille significative ; spéciales en ceci que la communication de leurs

⁹ C'est-à-dire la communication d'un ordre ou d'un intérêt à acheter ou vendre à d'autres intervenants de marché avant exécution effective de cet ordre.

¹⁰ C. mon. fin., art. L. 421-21 ; art. L. 424-7, I, al. 1^{er}.

¹¹ Dir. n° 2004/39 du 21 avr. 2004, art. 29, 2.

¹² Sur ces dispositifs, voir B. BRÉHIER et P. GUÉRIN, « Un peu de lumière sur les *Dark Pools* », *Bull. Joly Bourse* 2009, p. 456 ; T. Bonneau, « *Dark pools et dark orders* », *RDBF* nov. 2011, comm. 212.

¹³ V. Règles de marché Euronext, Livre I, art. 4402, qui définit « l'application garantie » comme consistant « en la production et l'exécution simultanées au même cours par un seul Membre des Marchés de Titres d'Euronext de deux ordres client de sens opposés pour la même quantité d'un titre donné ».

¹⁴ Un marché est liquide lorsqu'il permet à un investisseur d'entrer et/ou de sortir à tout moment du marché.

caractéristiques est différée¹⁵ ou bien que les informations relatives à leur taille limitées ou bien encore que l'anonymat des contreparties préservé ou à une combinaison de ces paramètres. Une transparence totale serait, ici, susceptible de dissuader les opérateurs intervenant sur ces blocs de risquer leurs capitaux, et donc de faciliter la négociation, car le fait d'exposer leurs positions à l'ensemble du marché les rendrait vulnérables à ceux qui souhaiteraient prendre des positions de sens opposé aux leurs. La liquidité s'en trouverait nécessairement affectée.

Au résultat, le principe de transparence est aujourd'hui traversé par deux tensions contradictoires. La première s'attache à pousser plus loin encore l'idéal informationnel, tandis que la seconde vise à modérer cet idéal. Ce double mouvement se retrouve pareillement sur les deux fronts classiques de transparence : celle qui oblige les émetteurs¹⁶ et se trouve modulée (I) ; celle qui concerne les opérations, qui apparaît approfondie (II).

I. MODULATION DES OBLIGATIONS DE TRANSPARENCE INCOMBANT AUX ÉMETTEURS ?

Deux traits marquants se dégagent lorsque l'on examine l'évolution qu'ont connue, au cours des cinq dernières années, les normes encadrant la transparence à laquelle se trouvent assujetties les entreprises qui souhaitent se financer par appel au marché. D'une part, le législateur s'efforce, aujourd'hui plus que par le passé, de limiter au strict nécessaire la pression informationnelle pesant sur les émetteurs, en supprimant toute obligation qui s'avérerait soit objectivement inutile soit redondante. D'autre part, et dans le même temps, il s'efforce d'aller toujours plus loin dans l'idéal de transparence totale, s'attachant à traquer les zones d'opacité porteuses de dysfonctionnements, voire de risques pour le marché.

A. La traque des informations inutiles

En premier lieu, un tournant majeur, en droit français, a été de toute évidence l'abandon de l'ancienne notion « franco-française » d'appel public à l'épargne au profit de celle, plus communautaire d'offre au public de titres financiers¹⁷. Portée par l'ordonnance n° 2009-80 du 22 janvier 2009, la réforme procédait, non pas seulement de la nécessité d'ajuster le droit français au standard communautaire, mais plus fondamentalement de moduler la charge informationnelle pesant sur les entreprises.

Il convenait en particulier de distinguer clairement, ce que ne permettait guère le dispositif de l'appel public à l'épargne, deux situations : celle de l'entreprise qui opère un appel ponctuel au marché, et qui doit logiquement être soumise à une exigence de transparence ponctuelle (à travers l'élaboration d'un prospectus) ; celle de l'entreprise dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé (la société « cotée »). Cette dernière doit logiquement être soumise à une contrainte de transparence qui soit à la fois périodique (notamment, établissement, publication et dépôt auprès de l'Autorité des marchés financiers d'un « rapport financier » annuel et semestriel¹⁸) et permanente (injonction faite à tout émetteur de porter,

¹⁵ C'est le choix du droit français : pour les marchés réglementés, v. C. mon. fin., art. L. 421-22, II ; RGMAF, art. 514-6, al. 2 ; Règles de marché d'Euronext, Livre I, art. 4404/2 sur la négociation de blocs (26 sept. 2013).

¹⁶ On se contentera d'indiquer que, en droit européen des marchés financiers, la notion d'émetteur est assez curieusement définie puisqu'elle englobe les personnes physiques (Dir. 2004/109/CE du 15 déc. 2004, art. 2, d, redac. Dir. 2013/50/UE du 22 oct. 2013, art. 1^{er}, 1, a, i) ainsi que les « groupements d'entreprises enregistrés sans personnalité juridique et les trusts » (Dir. 2004/109/CE du 15 déc. 2004, art. 2 bis, créé par Dir. 2013/50/UE du 22 oct. 2013, art. 1^{er}, 1, b).

¹⁷ C. mon. fin., art. L. 411-1 s.

¹⁸ C. mon. fin., art. L. 451-1-2 ; RGAMF, art. 222-3 et s.

dès que possible, « à la connaissance du public toute information privilégiée définie à l'article 621-1¹⁹ et qui le concerne directement »²⁰.

En second lieu, plusieurs ajustements normatifs ont visé à alléger les « charges administratives » des émetteurs en matière d'information légale. Tel fut l'objet successivement de la directive 2010/73/UE du 24 novembre 2010 (modifiant la directive 2003/71/CE « prospectus »), puis de la directive 2013/50/UE du 22 octobre 2013 (modifiant notamment la directive 2004/109/CE « Transparence »).

Avec l'adoption de la directive 2010/73/UE, un des objectifs a été, dans la perspective peu contestable de renforcer la compétitivité des sociétés dans l'Union européenne, de supprimer certaines obligations inutiles ou excessives et d'augmenter le nombre des opérations pouvant être réalisées sans prospectus. Plus fondamentalement encore, il convenait d'adapter les règles en sorte que celles-ci ne constituent pas un obstacle insurmontable interdisant aux émetteurs de petite et moyenne dimension d'accéder aux marchés de capitaux. Cela s'est traduit par trois séries de modifications importantes : le champ d'application du placement privé s'est trouvé élargi ; des dérogations nouvelles ont été apportées à l'obligation d'établir un prospectus ; le contenu même du prospectus a été allégé. Ces modifications ont été transposées en droit français en 2012 par trois textes complémentaires²¹.

Quant à la directive 2013/50/UE²², son adoption procède de la même idée initiale que celle à l'œuvre dans la directive 2010/73/UE : la nécessité de réduire la charge administrative qu'entraînent les obligations de transparence pour les petits et moyens émetteurs²³. Il est ainsi relevé que « l'obligation de publier des déclarations intermédiaires de la direction ou des rapports financiers trimestriels constitue une charge importante pour de nombreux petits et moyens émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur des marchés réglementés, sans être nécessaire à la protection des investisseurs ». De surcroît, il est fait état de possibles effets pervers induits par ces contraintes non maîtrisées. En effet, de telles obligations informationnelles, par la pression qu'elles créent pour les émetteurs, « incitent aussi à la performance à court terme et découragent l'investissement à long terme ». D'où l'idée que les États membres ne devraient pas être autorisés à imposer, dans leur législation nationale, la publication d'informations financières périodiques sur une base plus fréquente que les rapports financiers annuels et les rapports financiers semestriels²⁴.

En revanche, il est prévu que les États membres peuvent imposer aux émetteurs de publier des informations financières périodiques complémentaires à la double condition qu'elles ne constituent pas une charge financière disproportionnée et qu'elles soient proportionnées aux facteurs qui contribuent à la prise de décisions par les investisseurs²⁵. Dans certaines hypothèses en effet, la nature des activités de l'émetteur peut rendre nécessaire l'édition d'obligations plus fréquentes de publication de rapports financiers pour permettre au public de suivre les évolutions survenues.

¹⁹ C'est-à-dire une information précise qui n'a pas été rendue publique et qui si elle était rendue publique, serait susceptible d'avoir une influence sensible sur le cours des instruments financiers concernés ou le cours d'instruments financiers qui leur sont liés.

²⁰ RGAMF, art. 223-2.

²¹ Ord. n° 2012-1240 du 8 nov. 2012 ; D. n° 2012-1242 et n° 2012-1243 du 8 nov. 2012.

²² La directive est entrée en vigueur le 26 novembre 2013 ; elle devra être transposée au plus tard le 26 novembre 2015 par les États membres.

²³ Dir. 2013/50/UE du 22 oct. 2013, considérant 4.

²⁴ Dir. 2004/109/CE du 15 déc. 2004, art. 3, 1, mod. par Dir. n° 2013/50, art. 1^{er}, 2, a.

²⁵ Dir. 2004/109/CE du 15 déc. 2004, art. 3, 1, *bis* créé par la directive 2013/50/UE préc., art. 1^{er}, 2, b.

Il faut d'ailleurs noter que font expressément partie de ces émetteurs spécifiques, justiciables de contraintes plus fortes, les « établissements financiers ». La directive indique à cet égard que le principe qu'elle énonce – interdiction, sauf exception, d'imposer des rapports financiers trimestriels – doit s'entendre « sans préjudice de la faculté des États membres d'imposer la publication d'informations financières périodiques complémentaires aux émetteurs qui sont des établissements financiers »²⁶.

Dans le même ordre d'idées et toujours pour la même raison, les « déclarations intermédiaires de la direction » ont été supprimées²⁷. Il s'agissait de l'obligation imposée aux dirigeants des émetteurs d'actions admises à la négociation sur un marché réglementé de publier des informations, spécialement une description générale de la situation financière et des résultats de l'émetteur et des entreprises qu'il contrôle, au cours du premier semestre d'un exercice et une seconde déclaration intermédiaire de la direction au cours du semestre suivant.

Ces déclarations n'apportaient, à dire vrai, pas grand-chose, mais s'avéraient fort contraignantes pour les émetteurs car elles obligeaient les dirigeants à certifier les informations données dans un délai très restreint. Du reste, il était déjà prévu que les émetteurs qui, en vertu de leur législation nationale (ou en vertu des règles du marché réglementé ou de leur propre initiative), publiaient des rapports financiers trimestriels étaient dispensés de cette publication. A partir du moment où ces publications trimestrielles disparaissent, il est heureux que soit formellement abrogée cette exigence inutile.

Deux autres allègements significatifs sont opérés qui s'inscrivent exactement dans la même logique et qu'on ne signalera donc que pour mémoire : ont été abrogées l'obligation, pour tout émetteur de valeurs mobilières admises à la négociation sur un marché réglementé, de rendre publiques les « nouvelles émissions d'emprunts et en particulier toute garantie ou sûreté s'y rapportant »²⁸ ; ainsi que l'obligation, lorsqu'un émetteur propose de modifier son acte constitutif ou ses statuts, de communiquer le projet de modification à l'autorité compétente de l'État membre d'origine ainsi qu'au marché réglementé sur lequel ses titres ont été admis à la négociation²⁹.

Le texte permet également aux sociétés cotées de publier le rapport financier semestriel dans un délai de trois mois à compter de la fin de la période de déclaration. Elles disposeront donc d'un mois de plus qu'auparavant.

En contrepartie en quelque sorte, le rapport financier semestriel comme le rapport financier annuel doivent rester à la disposition du public pendant au moins dix ans au lieu de cinq auparavant³⁰. Notons qu'il est prévu que ces rapports seront établis selon un format d'information électronique unique³¹. Mais cette évolution du support n'est envisagée qu'à compter du 1^{er} janvier 2020 et pour autant que l'Autorité européenne des marchés financiers ait réalisé dans ce laps de temps une analyse coûts-bénéfices.

²⁶ Dir. 2013/50/UE du 22 oct. 2013, art. 1^{er}, 2, b.

²⁷ Dir. 2004/109/CE du 15 déc. 2004, art. 9, réécrit par la directive n° 2013/50/UE préc., art. 1^{er}, 5.

²⁸ Dir. 2004/109/CE du 15 déc. 2004, art. 16, 3, abrogé par Dir. 2013/50/UE du 22 oct. 2013, art. 1^{er}, 11.

²⁹ Dir. 2004/109/CE du 15 déc. 2004, art. 19, 1, al. 2, abrogé par Dir. 2013/50/UE du 22 oct. 2013, art. 1^{er}, 12.

³⁰ Dir. 2004/109/CE du 15 déc. 2004, art. 4, 1 et art. 5, 1 mod. par Dir. 2013/50/UE, art. 1^{er}, 3, a et art. 1^{er}, 4.

³¹ Dir. 2004/109 du 15 déc. 2004, art. 4, 7 créé par Dir. n° 2013/50 du 22 oct. 2013, art. 1^{er}, 3, b.

On notera que l'entreprise de marché Nyse-Euronext n'a pas tardé à intégrer ces éléments nouveaux à ses règles de marché. C'est ainsi que l'AMF a été conduite à approuver le 15 octobre 2013 les modifications des règles d'Euronext concernant en particulier les obligations permanentes d'information des émetteurs³². Les nouvelles « règles harmonisées » d'Euronext prévoient la suppression de la communication par les émetteurs de leurs informations réglementées (notamment, les rapports annuels et intermédiaires) à Euronext. La suppression a été justifiée en considération de ce que de telles informations sont désormais accessibles dans les conditions prévues par la directive européenne Transparence³³.

B. La quête de nouveaux territoires

En même temps que s'opère cette traque contre les contraintes inutiles ou redondantes, une autre lutte se développe, qui s'attache, elle, à mettre en pleine lumière des aspects jusqu'alors tus de la situation des émetteurs. Cette lutte revêt deux aspects. L'approfondissement de la transparence réside à la fois en ceci que de nouvelles obligations sont posées à l'égard des émetteurs mais aussi en ceci que l'arsenal des sanctions à l'encontre des émetteurs défaillants a été durci.

1. Des contraintes toujours renouvelées

Que des obligations légales nouvelles apparaissent à la faveur des mutations de l'activité des entreprises et de l'environnement légal ne doit pas étonner outre mesure. Sauf à observer que, malgré la démarche, évoquée plus haut, d'ajustement *a minima* des exigences informationnelles, globalement le fardeau tend à s'alourdir pour les émetteurs. On en donnera ci-après quelques exemples.

Depuis une loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 « relative aux nouvelles régulations économiques », les sociétés anonymes cotées sont tenues de publier chaque année par la voie du rapport de gestion dressé par le conseil d'administration, la manière dont elles prennent en compte les conséquences de leur activité sur l'environnement. Or, cette exigence a subi au fil de réformes successives trois modifications qui se sont toutes traduites par un alourdissement de la densité de la règle.

D'abord, le contenu même de l'obligation s'est étoffé pour englober les « engagements sociétaux en faveur du développement durable et en faveur de la lutte contre les discriminations et de la promotion des diversités »³⁴.

Ensuite, son champ d'application s'est étendu. Alors que l'obligation était initialement imposée aux seules sociétés cotées, la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (loi « Grenelle 2 ») y a assujéti les sociétés anonymes non cotées dont le total de bilan ou le chiffre d'affaires et le nombre de salariés excèdent certains seuils³⁵. Au résultat, sont concernées les sociétés dont le total de bilan ou le chiffre d'affaires

³² Instr. Euronext 1-01, 26 sept. 2013 ; Déc. AMF, 15 oct. 2013.

³³ L'instruction prend toutefois le soin de rappeler aux émetteurs qu'il leur incombe toujours de transmettre à l'entreprise de marché compétente toutes informations susceptibles d'influer sur les cours des titres, au plus tard au moment où ces informations sont rendues publiques.

³⁴ C. com., art. L. 225-102-1, al. 5.

³⁵ C. com., art. L. 225-102-1, al. 6, modifié ; art. R. 225-104, al. 1^{er}, modifié.

excède 100 millions d'euros et dont le nombre de salariés excède 500 ; ce qui aboutit à réduire le domaine de l'obligation nouvelle au regard de ce qu'envisageait l'exposé des motifs du projet de loi Grenelle II (total du bilan supérieur à 43 millions d'euros seulement).

Enfin, les modalités d'exécution de la formalité ont été durcies, dans la mesure où il ne suffit plus de publier ces informations ; il est aussi imparti aux entreprises, là encore à la suite de la loi Grenelle 2, de les faire vérifier, un peu à la façon dont les commissaires aux comptes délivrent leur certification pour les états financiers, par un organisme tiers indépendant³⁶. Mais il a fallu attendre la parution d'un arrêté en date du 13 mai 2013 pour voir fixer les conditions dans lesquelles l'organisme tiers indépendant doit conduire sa mission de vérification³⁷. Il est notamment indiqué que, afin de délivrer son avis motivé sur la sincérité des informations, il incombe à l'organisme de s'assurer que la société a mis en place des processus de collecte visant à l'exhaustivité et à la cohérence des informations devant être mentionnées dans le rapport de gestion. Poursuivant l'analogie avec la certification par les commissaires aux comptes, l'arrêté précise que l'organisme doit clore son avis motivé sur la sincérité des informations en déclarant soit qu'il n'a pas relevé d'anomalie significative de nature à mettre en cause la sincérité des informations présentées ; soit que la sincérité des informations présentées appelle de sa part des réserves, décrites dans son rapport.

Au regard de l'accroissement assez substantiel que représentent ces nouvelles obligations, on ne s'étonnera pas que l'entrée en vigueur du nouveau dispositif a dû être retardée. La loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 dite « Warsmann IV » (la quatrième loi de « simplification » proposée par ce sénateur) a reporté l'entrée en vigueur des dispositions pour les sociétés cotées en prévoyant que les mentions devront figurer pour la première fois dans les rapports établis en 2013, au titre des exercices ouverts après le 31 décembre 2011, c'est-à-dire au titre de l'exercice 2012³⁸.

Pour les sociétés non cotées, une entrée en vigueur progressive a été prévue, qui décale les obligations dans le temps selon la taille de la société³⁹. Par exemple, si les sociétés dont le total du bilan ou le montant du chiffre d'affaires dépasse un milliard d'euros et dont le nombre de salariés est supérieur à 5 000 sont traitées comme les sociétés cotées – l'information doit concerner les exercices ouverts après le 31 décembre 2011, et donc figurer dans le rapport établi en 2013 au titre de l'exercice 2012 –, l'obligation ne s'impose qu'à compter des exercices ouverts après le 31 décembre 2013 (devant figurer dans le rapport établi en 2015 au titre de l'exercice 2014), pour les sociétés dont le total du bilan ou le montant du chiffre d'affaires ne dépasse pas 400 millions d'euros ou dont le nombre de salariés est inférieur à 2 000. Par ailleurs, l'obligation de faire vérifier les informations sociales et environnementales n'entrera en vigueur, pour les sociétés non cotées, qu'à compter de l'exercice clos au 31 décembre 2016, donc en 2017⁴⁰.

Cet exemple de la RSE illustre parfaitement deux aspects au cœur de la problématique contemporaine de la transparence.

La loi Grenelle II a également décidé de soumettre aux mêmes obligations de transparence certaines entreprises à statut spécifique et, notamment, les mutuelles d'assurances (C. mut. art. L 114-17) ainsi que les établissements de crédit, les sociétés de financement et les entreprises d'investissement (C. mon. fin., art. L. 511-35, rédac. L. n° 2014-1 du 2 janv. 2014).

³⁶ C. com., art. L. 225-102-1, al. 7, modifié ; art. R. 225-105-2.

³⁷ C. com., art. A. 225-1 à A. 225-4.

³⁸ L. n° 2010-788, art. 225, VII, mod.

³⁹ D. n° 2012-557 du 24 avr. 2012, art. 2, I et II.

⁴⁰ D. n° 2012-557, art. 2, III.

D'abord, le législateur, français comme communautaire, est conscient des charges induites par toute obligation nouvelle. C'est pourquoi il prend soin d'aménager dans le temps l'exigence et de la moduler en fonction de la situation de l'émetteur, avec toutefois le double risque de faire apparaître des effets de seuils et de contrarier l'objectif initial de transparence. Mais quoique conscient de l'alourdissement qui s'ensuit, la quête de la transparence l'emporte sur toute autre considération.

Ensuite, la transparence est ici tout à la fois une fin et un moyen. Une fin, parce qu'elle est conçue comme une donnée qui doit être prise en compte par les investisseurs pour décider, ou non, de souscrire ou d'acquérir des titres émis par les sociétés concernées. Pour autant, l'utilité de la contrainte légale ne se limite pas, dans l'esprit de ses concepteurs, à cette fonction purement informative. A travers elle, c'est bien entendu un comportement vertueux qu'on cherche à promouvoir dans un domaine où il serait difficile d'édicter une norme substantielle claire. Au-delà des dispositions inscrites, notamment, dans le Code de l'environnement il serait sans doute difficile de définir par une règle positive la façon dont une entreprise doit « prendre en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité ».

La même approche a été adoptée s'agissant de la rémunération des mandataires sociaux de sociétés cotées, elle-aussi devant être mentionnée dans le rapport⁴¹. Plutôt que de réglementer au fond, le choix a été fait d'approfondir l'exigence de transparence, du moins à l'égard des personnes qui détiennent des mandats « dans une société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé »⁴².

Toutefois, cette stratégie censée avoir des vertus modératrices a très largement échoué. Alors que, dans les années 80, les patrons des sociétés cotées gagnaient en moyenne 30 fois le SMIC, le différentiel a été porté en 2002 à 354 fois⁴³ pour se situer en 2012 autour de 180 fois le SMIC. La transparence par l'information s'est ainsi progressivement enrichie d'une transparence plus exigeante, requérant sinon le consentement⁴⁴ du moins la consultation de la collectivité des associés. Ce faisant, l'approfondissement de la transparence s'est faite non par la voie de la norme étatique, le législateur ayant finalement renoncé après bien des hésitations à légiférer⁴⁵, mais en sollicitant celle de l'autorégulation.

Ceci a abouti aux préconisations inscrites dans le « Code de gouvernance » Afep-Medef réaménagé en juin 2013, et explicitées par un « guide pratique du Haut Comité de gouvernement d'entreprise » diffusé le 10 février 2014. Il en résulte que le « Code de gouvernance » recommande au conseil d'administration de présenter à l'assemblée générale ordinaire annuelle les éléments de la rémunération due ou attribuée au titre de l'exercice clos à chaque dirigeant mandataire social (part fixe ; part variable annuelle et, le cas échéant, pluriannuelle ; rémunérations exceptionnelles ; options d'actions, actions de performance et autres éléments de rémunération de long terme ; etc.⁴⁶). Il est précisé que la présentation doit

⁴¹ C. com., art. L 225-102-1, al. 1^{er} à 3.

⁴² C. com., art. L 225-102-1, al. 11.

⁴³ A COURET, « Le dirigeant de société anonyme en France », in CREDA, *Aspects juridiques de la direction des sociétés anonymes*, Litec, 2008, n° 363 s.

⁴⁴ L'approbation de l'assemblée générale est néanmoins requise pour l'attribution de « parachutes dorés » qui se trouvent soumis depuis une loi « Breton » n° 2005-842 du 26 juillet 2005 à la procédure des conventions réglementées (C. com., art. L. 225-22-1, art. L. 225-42-1 et art. L. 225-90-1).

⁴⁵ Pour une recension détaillée de ces hésitations, v. J. BONNARD, « Salaire des patrons : la promesse de Hollande qui a fait long feu », *Le Monde* 25 mai 2013.

⁴⁶ Code de gouvernance Afep-Medef, art. 24.3.

être suivie d'un vote consultatif des actionnaires ; ce, à compter des assemblées générales de 2014. Il est également préconisé, si l'assemblée générale ordinaire émet un avis négatif, que le conseil d'administration, sur avis du comité des rémunérations, délibère sur ce sujet lors d'une prochaine séance et publie immédiatement sur le site internet de la société un communiqué mentionnant « les suites qu'il entend donner aux attentes des actionnaires ». Autre façon de dire que, même si les rémunérations des mandataires sociaux doivent être déterminées à partir des propositions formulées par un comité des rémunérations majoritairement composé d'administrateurs indépendants⁴⁷, même si elles doivent être soumises à la discussion de la collectivité des actionnaires, leur « détermination » relève de la compétence exclusive du conseil d'administration⁴⁸.

Dans ce cas de figure, la sanction n'est pas à proprement parler d'ordre juridique. L'idée est que l'émetteur, qui ne satisfera pas aux recommandations du « Code de gouvernance » et qui ne se serait pas justifié sur sa pratique déviante, sera sanctionné par le marché lui-même, les investisseurs devant marquer leur préférence pour des émetteurs plus transparents, donc plus vertueux.

Pourtant, cette approche, privilégiant l'autorégulation – ce que d'aucuns appellent le droit mou ou souple – qui avait les faveurs des législateurs communautaires et nationaux pendant les années 2000, a désormais perdu de son lustre. L'autorégulation en matière de régulation financière ayant fait preuve de certaines insuffisances, notamment n'ayant pas été en mesure de juguler le déclenchement de la crise de 2007-2008, un durcissement très net se fait jour depuis lors en droit financier. Le phénomène très sensible à l'occasion de la révision du règlement⁴⁹ et de la directive⁵⁰ abus de marché touche aussi les obligations de transparence.

2. Des sanctions affûtées

La détermination de la juste sanction pour prévenir les entorses aux obligations de transparence s'avère particulièrement délicate.

D'un côté, il est peu douteux qu'il faille effectivement dissuader toute transgression, susceptible d'affecter le bon fonctionnement du marché. Il n'est sans doute pas inutile de relever que deux des trois comportements constitutifs d'abus de marchés sont des atteintes directes à l'obligation de transparence : c'est évident s'agissant du délit comme du manquement de « diffusion de fausses informations »⁵¹, mais cela l'est tout autant à propos du délit comme du manquement d'initié⁵² qui sanctionne le fait d'avoir abusivement exploité une information privilégiée (sur les perspectives ou la situation d'un émetteur ou de ses titres), c'est-à-dire une information précise non publique et qui si elle était rendue publique, serait

⁴⁷ Code de gouvernance Afep-Medef, art. 18.1 et art. 23.1.

⁴⁸ C. com., art. L. 225-53.

⁴⁹ La proposition de règlement sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché), du 20 oct. 2011 (COM(2011) 651 final) a été adoptée le 10 septembre 2013 par le Parlement européen : le texte prévoit notamment que les entreprises condamnées pour abus de marché pourraient se voir infliger une amende pouvant aller jusqu'à 15 % de leur chiffre d'affaires annuel et/ou de 15 millions d'euros. Les particuliers condamnés seraient soumis à des amendes allant jusqu'à 5 millions d'euros ou, dans certains cas, à une interdiction permanente d'exercer certaines professions dans des entreprises d'investissement.

⁵⁰ Proposition modifiée de directive relative aux sanctions pénales applicables aux opérations d'initiés et aux manipulations de marché du 25 juill. 2012 (COM(2012) 420 final). La directive, qui devrait être adoptée en juin 2014, a été officiellement approuvée par le Parlement européen le 4 février 2014 notamment en ce qu'elle impose aux États membres d'introduire dans leur législation interne des sanctions pénales en cas d'abus de marché.

⁵¹ C. mon. fin., art. L. 465-2-1 ; RGAMF, art. 632-1.

⁵² C. mon. fin., art. L. 465-1 ; RGAMF, art. 621-1.

susceptible d'avoir une influence sensible sur le cours des instruments financiers concernés. Et on notera que le législateur classe lui-même parmi les « atteintes à la transparence des marchés » le délit de manipulation de cours, alors pourtant que le cœur de l'abus ne participe pas de la lutte contre les atteintes à la transparence.

Mais d'un autre côté, une sanction pénale ou administrative, même « effective, dissuasive et proportionnée » au sens de l'article 14-1 de la directive n° 2003/6/CE du 28 janvier 2003 (« abus de marché »), n'est pas suffisante, lorsqu'elle est prise isolément par la réglementation interne d'un État membre, pour assurer le respect de l'exigence de transparence. C'est pourquoi le législateur communautaire a entrepris de réorienter l'arsenal des sanctions à partir de trois idées principales.

En premier lieu, les autorités communautaires ont pris conscience de la nécessité d'unifier, non pas seulement la règle substantielle, mais aussi la sanction dont celle-ci est assortie. C'est ainsi que la directive n° 2013/50/UE déjà évoquée enjoint aux États membres de « s'assurer que les sanctions et les mesures administratives pouvant être appliquées incluent la possibilité d'imposer des sanctions pécuniaires suffisamment élevées pour être dissuasives »⁵³. Sur cette base, la directive définit une série d'exigences minimales à respecter concernant non seulement la nature des manquements à sanctionner, mais aussi les « circonstances pertinentes » à prendre en compte pour appliquer les sanctions⁵⁴ et même le quantum des sanctions pécuniaires administratives⁵⁵.

En second lieu, afin d'assurer l'effectivité de la sanction, il est prévu que, lorsque les infractions (au sens non technique du terme) sont le fait de personnes morales – ce qui sera fréquemment le cas s'agissant de l'information réglementée –, les États membres sont invités à prévoir que les sanctions s'appliquent aux mandataires sociaux de la personne morale concernée⁵⁶. Le texte réserve toutefois ici les « conditions prévues par le droit national ».

Toujours afin de parfaire l'effectivité de la sanction, l'information est mise au service de la répression, puisqu'il est prescrit que les décisions imposant une mesure ou une sanction administrative fassent « normalement » l'objet d'une publicité, avec cette idée qu'il s'agit là d'un outil important pour informer les participants aux marchés des comportements considérés comme déviants et pour promouvoir la diffusion plus large des bonnes pratiques⁵⁷. L'adverbe normalement permet de faire exception au principe de diffusion de la sanction lorsque la publication pourrait perturber la stabilité du système financier ou une enquête officielle en cours ou encore lorsqu'elle serait susceptible de causer un préjudice disproportionné et grave aux institutions ou personnes physiques en cause.

En troisième et dernier lieu, la technique de l'injonction est activée pour assurer le respect effectif de la règle prescrivant une obligation de transparence. En effet, il est parfaitement envisageable qu'un émetteur préfère être sanctionné, fût-ce en payant une substantielle pénalité financière, plutôt que de déférer à l'injonction de transparence à laquelle il se trouve

⁵³ Dir. 2013/50/UE du 22 oct. 2013, cons. 16 et art. 1^{er}, 19 et 20.

⁵⁴ Dir. 2004/109/CE du 15 déc. 2004, art. 28 *quater*, créé par Dir. n° 2013/50, art. 1^{er}, 21.

⁵⁵ Dir. 2004/109/CE du 15 déc. 2004, art. 28 *ter* nouveau.

Par exemple, pour les personnes morales : sanction pécuniaire pouvant aller jusqu'à 10 millions d'euros ou 5 % du chiffre d'affaires annuel ou encore deux fois le montant de l'avantage retiré de l'infraction ou du montant des pertes que l'infraction a permis d'éviter.

⁵⁶ Dir. n° 2004/109/CE du 15 déc. 2004, art. 28, 2, nouveau.

⁵⁷ Dir. n° 2004/109/CE du 15 déc. 2004, art. 29, mod. par Dir. n° 2013/50/UE du 22 oct. 2013, art. 1^{er}, 22 et 23.

pourtant assujetti. Le droit français pour anéantir cette stratégie a mis en place d'efficaces mécanismes d'injonction. Ainsi, tout intéressé a la possibilité de saisir le président du tribunal, statuant en référé, pour lui demander d'enjoindre sous astreinte au dirigeant de toute personne morale de procéder au dépôt des pièces et actes au registre du commerce et des sociétés auquel celle-ci est tenue par des dispositions législatives ou réglementaires⁵⁸. Et la Cour de cassation a légitimement décidé d'appliquer largement ce texte au champ d'application lui-même très large. Elle a ainsi jugé que l'action tendant à assurer l'accomplissement des formalités de publicité incombant aux sociétés commerciales est, sauf abus, ouverte à toute personne, sans condition tenant à l'existence d'un intérêt particulier. D'où il résulte par exemple qu'un salarié, en conflit avec son employeur, a qualité pour saisir le juge à cette fin⁵⁹.

Il est intéressant de relever que le législateur communautaire entend, lui aussi, renforcer cet instrument. Il était déjà admis que la législation d'un État membre puisse « exiger de l'émetteur qu'il rende publiques les informations [...] par les moyens et dans les délais que l'autorité juge nécessaires » et que, « dans le cas où l'émetteur, ou les personnes qui le contrôlent ou sont contrôlées par lui, s'abstiennent de le faire, l'autorité compétente [puisse], après avoir entendu l'émetteur, publier ces informations de sa propre initiative »⁶⁰. La réforme de 2013 s'attache à fortifier l'efficacité de l'injonction en admettant que les autorités nationales compétentes soient habilitées à imposer une déclaration publique qui précise l'identité de la personne physique ou morale responsable et la nature de l'infraction ou encore à imposer une injonction ordonnant à la personne physique ou morale responsable de mettre un terme au comportement infractionnel en cause et lui interdisant de le réitérer⁶¹.

Cet exemple de l'injonction témoigne de ce que la transparence s'impose non seulement aux émetteurs, mais aussi aux dirigeants de ces émetteurs et, au-delà, à tous les opérateurs de marché. A leur égard, l'évolution de l'environnement normatif est, de façon quasi-univoque, celle d'un approfondissement croissant.

II. APPROFONDISSEMENT DES OBLIGATIONS DE TRANSPARENCE CONCERNANT CERTAINES OPÉRATIONS

Peu de disparitions donc, peu d'allègement, pour les obligations de transparence incombant aux opérateurs de marché lorsqu'ils accomplissent telle ou telle opération. On peut le comprendre car, ici, le risque que la transparence s'avère économiquement préjudiciable est faible, alors qu'il demeure impératif d'assurer la parfaite information du marché. Surtout, lorsque l'opération est une pure opération de marché, auquel cas, même lorsqu'un émetteur en est initiateur, il doit être redevable d'une totale transparence⁶². En somme, la dialectique à l'œuvre n'est plus, ici, suppression/adjonction en vue d'un ajustement proportionné de la transparence, mais celle d'une ouverture progressive du compas se traduisant par une densification des contraintes là où la transparence existe déjà et par l'émergence de nouvelles exigences dans les domaines jusqu'alors vierges.

⁵⁸ C. com., art. L. 123-5-1.

Auquel font échos les articles L. 661-1, II et R. 210-18 du Code de commerce (même libellé à l'article 20, alinéa 2, du décret n° 78-704 du 3 juill. 1978).

⁵⁹ Cass. com. 3 avr. 2012, F-P+B, n° 11-17.130, *Bull. civ.* IV, n° 75, l'employeur étant, en l'espèce, une SAS.

⁶⁰ Dir. n° 2004/109 du 15 déc. 2004, art. 24, 4, b.

⁶¹ Dir. n° 2004/109 du 15 déc. 2004, art. 28 *ter*, créé par Dir. n° 2013/50 du 22 oct. 2013, art. 1^{er}, 21.

⁶² V. par exemple, les nouvelles règles d'information s'imposant, depuis un arrêté du 20 août 2010, aux émetteurs qui déclenchent un programme de rachat de leurs propres obligations sur le marché : RGAMF, art. 238-1, qui prescrit à tout émetteur d'informer le marché des rachats de titres effectués dès lors que ces rachats dépassent le seuil de 10 % d'une même émission.

A. Une transparence densifiée

La densification de la transparence imposée aux opérateurs a épargné peu de domaines. Aussi peut-on sans doute se contenter d'illustrer le phénomène à partir d'un exemple particulièrement significatif, celui des franchissements de seuils. Apparues au début des années 80 et constamment renforcées depuis lors, les obligations d'information prescrites en cas de franchissement d'un seuil en capital ou en droit de vote ont été conçues pour prévenir les prises de contrôle rampantes et informer le marché sur les rapports de force au sein des sociétés. La règle va connaître de multiples retouches chacune ambitionnant d'étendre un peu plus encore le champ de l'obligation de transparence. Cette extension s'est produite dans quatre directions complémentaires.

D'abord, c'est le type de marché concerné par l'obligation de déclaration qui a évolué. Initialement prescrite à l'endroit des seules sociétés dont les actions étaient admises aux négociations sur un marché réglementé, l'obligation de déclaration à la société joue désormais lorsque les actions ont été émises par une société ayant son siège sur le territoire français et admises aux négociations sur un marché réglementé d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou sur un marché d'instruments financiers admettant aux négociations des actions pouvant être inscrites en compte chez un intermédiaire. Autrement dit, toutes les plateformes de négociation sont concernées, y compris celles reposant sur un système multilatéral de négociation organisé (SMNO) du type *Alternext* ou même sur un système multilatéral de négociation simple.

La nature des informations à délivrer, a pareillement été peu à peu étoffée : ce n'est pas seulement l'indication du franchissement de seuil lui-même qui doit être transmise, mais aussi un certain nombre d'informations « séparées » (notamment le nombre de titres que la personne possède donnant accès à terme aux actions à émettre et les droits de vote qui y seront attachés)⁶³ ainsi que, lors du franchissement de certains seuils, une déclaration d'intention faisant état des objectifs visés au cours des six mois à venir⁶⁴.

De même encore, le nombre des seuils donnant lieu à déclaration, à la hausse ou à la baisse, a été progressivement augmenté. En dernier lieu, le seuil de 30 % déclencheur de l'offre publique obligatoire a été ajouté à la liste par la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 (C. com., art. L. 233-7, I, al. 1^{er}), de telle sorte qu'on en décompte désormais pas moins de onze différents.

Enfin, la dernière extension notable concerne les éléments à prendre en compte pour calculer les seuils. La question a suscité de longues controverses. En effet, l'utilisation de certains contrats dérivés a permis de déjouer le dispositif de transparence et a donné lieu à deux affaires retentissantes : celle de la « montée » de la société *LVMH* dans le capital de la société *Hermès* ; et celle concernant la « montée » de la société *Wendel* au capital de la société *Saint Gobain*. Dans les deux cas, un opérateur a pu acquérir, grâce au recours à un *equity swap* pour l'un ⁶⁵, à

⁶³ C. com., art. L. 233-7, II : si les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé, la personne qui franchit le seuil légal doit également informer l'AMF, laquelle porte ces informations à la connaissance du public. Dans les autres cas (sociétés dont les actions sont admises sur un marché non réglementé), l'obligation d'information de l'AMF est conditionnée par une demande du gestionnaire de marché (cf., s'agissant d'*Alternext*, RGAMF, art. 223-14, I sur renvoi de l'art. 223-15-1 ; Règles d'*Alternext*, art. 4.3.1 (ii)).

⁶⁴ C. com., art. L. 233-7, VII.

⁶⁵ Pour un exposé de l'espèce et de ses implications tant pratiques que théoriques, v. A. GAUDEMET, « L'irruption de LVMH dans le capital d'Hermès », *D.* 2010, p. 2640 ; S. DARIOSECQ et F. Martin LAPRADE, « LVMH/Hermès : quelle réglementation pour quelle transparence ? », *Bull. Joly Bourse et produits financiers* 2011, p. 152.

un *total return swap* pour l'autre⁶⁶, une participation significative dans le capital de la société « cible ».

Afin de couper court à ces stratagèmes, il est désormais prévu que, pour déterminer si les seuils de participation sont atteints par un opérateur, il convient de tenir compte non seulement des actions ou droits de vote détenus directement dans la société, mais aussi par « assimilation » : des actions ou des droits de vote possédés par d'autres personnes pour le compte de cet opérateur ; des actions ou des droits de vote possédés par un tiers avec lequel l'opérateur est présumé agir « de concert » ; des actions déjà émises ou des droits de vote que cette personne ou l'une des personnes mentionnées ci-dessus est en droit d'acquérir à sa seule initiative, immédiatement ou à terme, en vertu d'un accord ou d'un instrument financier dérivé (par exemple, grâce à des obligations échangeables ou remboursables en actions) ; des actions déjà émises ou des droits de vote sur lesquels porte tout accord ou instrument financier réglé en espèces et ayant pour l'opérateur un effet économique similaire à la possession desdites actions⁶⁷.

Cette dernière extension, qui résulte de la loi n° 2012-387, 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, permet d'inclure dans le numérateur du calcul du seuil tous les contrats financiers ayant pour sous-jacent les actions de la société concernés même lorsqu'ils sont stipulés dénouables en espèces. Toute la famille des dérivés de crédit paraît ainsi désormais prise en compte dans l'obligation de transparence, en particulier les dérivés de rendement total ou *Total Return Swaps* utilisés dans l'affaire *Wendel* et les *Equity Swaps* présents au cœur du contentieux *LVMH / Hermès*.

On notera que la directive 2013/50/UE s'est alignée sur la position finalement adoptée par le législateur français en reprenant la notion d'« effet économique similaire » (à la possession « en dur » des actions). Le texte impose donc, comme en droit français, aux investisseurs de procéder à la notification de tous les instruments financiers ayant un effet économique similaire à la détention d'actions et de droits d'acquérir des actions⁶⁸.

De ces multiples retouches législatives, réglementaires et infra-réglementaires a émané un dispositif d'une très grande complexité, que certains n'ont pas hésité à qualifier de « mastodonte réglementaire »⁶⁹. Elle impose d'alimenter le marché en déclarations fréquentes, y compris d'ailleurs lorsque le seuil est franchi passivement (par exemple, du fait d'un rachat d'actions, qui emporte relation automatique et augmentation de la participation de certains actionnaires leur faisant franchir un seuil). Parfois même, l'indication adressée au marché pourrait apparaître comme incohérente. C'est ainsi que, en présence d'obligations échangeables contre des actions, l'assimilation au numérateur devra être à la fois pratiquée par le titulaire des obligations échangeables et par l'entité qui assure le portage des actions à échanger.

⁶⁶ Pour une présentation détaillée, v. A. GAUDEMET, « Affaire Wendel-Saint-Gobain : un parfum de LVMH ? », *D.* 2011, p. 855 ; H. LE NABASQUE, « Total return swap : l'obsession du numérateur », *Rev. sociétés* 2011, p. 212.

⁶⁷ C. com., art. L. 233-9, I.

⁶⁸ Dir. n° 2013/50 du 15 déc. 2013, art. 13, 1, b, rédac. Dir. n° 2013/50 du 22 oct. 2013, art. 1^{er}, 9, a.

⁶⁹ R. ELINEAU, Fasc. 2131, Franchissement de seuils, n° 1, *J.-Cl. Banque – Crédit – Bourse* : et, encore, convient-il de souligner que l'analyse remonte à septembre 2008.

Pour autant, malgré la densité du flux informationnel, l'excès est ici préférable à l'opacité. C'est cette même position quasi-philosophique⁷⁰ qui a conduit à imposer de nouvelles obligations de transparence dans des domaines jusqu'alors épargnés.

B. De nouveaux horizons pour la transparence

Là encore, même à s'en tenir à la période récente, les illustrations de cette créativité sont très nombreuses. Mais il en est deux, qui en raison de leur importance et des débats qu'elles ont nourris, méritent une attention particulière : il s'agit des ventes à découvert et des opérations sur instruments dérivés.

1. Transparence des ventes à découvert

La vente à découvert est une technique utilisée par un opérateur de marché lorsque celui-ci estime que le niveau de cours du moment est trop élevé et qu'il pense que le marché ne tardera pas à découvrir cette surévaluation. L'investisseur vend alors massivement des titres qu'il ne possède pas avec l'espoir que cela entraînera mécaniquement une baisse des cours. Une fois la négociation intervenue, le vendeur à découvert dispose, selon les règles de marché, d'un délai de trois jours pour livrer les titres⁷¹ ; délai qu'il met à profit pour emprunter les titres (généralement à des investisseurs à long terme qui cherchent à rentabiliser les titres qu'ils ont en portefeuille) afin de réaliser son obligation de livraison. L'opération se dénoue, pour le vendeur à découvert, par un rachat des titres sur le marché à un prix qu'il espère décoté afin, d'une part, de les restituer à l'entité prêteuse et, d'autre part, de réaliser une plus-value.

Les ventes à découvert (ou « *shortselling* ») ont été accusées d'avoir aggravé la crise financière de l'automne 2008 : ce qui a conduit à une réaction des autorités régulatrices de la plupart des pays, interdisant provisoirement ce type de pratique pour tout ou partie des valeurs traitées sur les marchés réglementés⁷². Après quelques hésitations, il a néanmoins été décidé de ne pas interdire le mécanisme – qui présente quelques vertus –, mais de l'encadrer très strictement.

Tel fut l'un des objets de la loi de régulation bancaire et financière n° 2010-1249 du 22 octobre 2010. Quoique le texte français ait anticipé la réglementation européenne⁷³, notre droit a dû faire l'objet de quelques ajustements en 2013⁷⁴. Au résultat, l'encadrement des ventes à découvert repose notamment⁷⁵ sur la mise en place d'un dispositif de transparence des positions courtes nettes. Cette obligation de transparence vaut pour les positions courtes prises

⁷⁰ Pour une approche critique, M. ROUSSILLE, B. BRÉHIER, P. PAILLER, A.-C. ROUAUD, H. BOUCHETA, « « MIF II » : ce que pourrait coûter une transparence à tout prix, Réflexions sur les enjeux de l'obligation de transparence », *Bull. Joly Bourse* 2012, p. 496.

⁷¹ C. mon. fin., art. L. 211-17-1, II ; RGAMF, art. 570-2, al. 2.

⁷² En France, l'AMF a décidé en septembre 2008 d'interdire les ventes à découvert sur les titres de capital ou donnant accès au capital d'un certain nombre d'établissements de crédit et entreprises d'assurances (April Group, Axa, BNP Paribas, CIC, CNP Assurances, Crédit Agricole, Euler Hermès, Natixis, Scor et Société Générale). L'interdiction reposant sur un simple communiqué a été prorogée à plusieurs reprises et n'a pris fin qu'en février 2012, date à laquelle est entré en vigueur le nouveau dispositif instaurant une transparence sur ces opérations.

⁷³ Règl. UE 236/2012 du 14 mars 2012 sur les ventes à découvert et sur les contrats d'échange sur dettes souveraines ; Règl. délégué 918/2012 du 5 juil. 2012.

⁷⁴ L. n° 2013-100 du 28 janvier 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'UE en matière économique et financière.

⁷⁵ Substantiellement, le dispositif s'articule autour d'un volet préventif – la vente à découvert d'actions n'est autorisée que si le vendeur répond à certaines exigences – que complètent les règles de transparence et d'un volet répressif (l'AMF a compétence pour sanctionner toute violation des dispositions du règlement n° 236/2012, dans les conditions de droit commun qui encadrent la procédure de sanction).

sur toutes les actions admises aux négociations sur un marché européen ainsi que sur la dette souveraine émise par un État membre de l'UE⁷⁶. La transparence ainsi mise en place décline une obligation de déclaration et une obligation de publication en cas franchissement de certains seuils à la hausse ou à la baisse. L'obligation de déclaration à l'AMF (uniquement) s'impose à toute personne venant à détenir une position courte nette égale ou supérieure à 0,2 %, 0,3 % ou 0,4 % du capital d'une société ; l'obligation de publication joue en cas de dépassement du seuil de 0,5 % du capital d'une société et va se traduire par une déclaration faite à l'AMF qui la rend publique et donc accessible à l'ensemble des investisseurs.

2. Transparence des opérations sur instruments dérivés

Comme on l'a vu plus haut, une première mesure de transparence concernant les instruments dérivés a consisté à prendre en compte les contrats financiers ayant pour sous-jacents des actions de sociétés pour apprécier les franchissements de seuils donnant lieu à déclaration, voire obligeant à lancer une offre publique d'acquisition.

Mais les contrats financiers soulèvent bien d'autres difficultés pour l'intégrité du marché. Ce sont, plus exactement, les contrats négociés de gré à gré qui ont suscité de légitimes inquiétudes. Ces contrats permettent de prendre des positions parfois très importantes dans la plus totale opacité puisque, dans sa structure originelle, le contrat est conclu entre deux personnes qui ne sollicitent pas les services d'une plateforme de négociation. Or, tout contrat, financier ou non du reste, génère un risque de contrepartie, c'est-à-dire le risque que le cocontractant ne soit pas en mesure de respecter l'engagement pris. Ce qui peut avoir des effets dévastateurs par exemple lorsque la partie victime de la défaillance de son cocontractant avait pensé pouvoir, en recourant à un instrument dérivé, se couvrir contre un risque (de change, de taux d'intérêt, de variation d'un indice quelconque). Le risque de contrepartie, sans être totalement inexistant, demeure théorique lorsque le contrat est traité sur un marché en raison de l'intervention d'une chambre de compensation jouant le rôle de contrepartie. Mais rien de tel avec les contrats conclus de gré à gré : la gestion du risque est nécessairement bilatérale sur ces derniers, multilatérale sur les premiers.

A la suite de la crise bancaire et financière de 2007-2009, et des risques systémiques qui se sont révélés à cette occasion, un consensus international s'est fait jour pour fixer certaines règles obligatoires applicables aux contrats financiers conclus de gré à gré. L'absence de tout encadrement des marchés dérivés de gré à gré ne paraît plus acceptable. Initiée, comme souvent, aux États-Unis⁷⁷, la réflexion a débouché sur le plan européen par l'adoption d'un règlement n° 648/2012 du 4 juillet 2012 sur « les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux » (dit règlement « EMIR »).

Le point de départ de la construction a été le constat de l'opacité à laquelle se trouvaient confrontées les autorités de régulation au regard des contrats financiers, dits OTC (pour « *Over The Counter* »), c'est-à-dire conclus de gré à gré. Ce voile noir, d'autant plus préoccupant que les sommes en jeu sont considérables, a rendu très délicate l'adoption, pendant cette période troublée, de mesures appropriées capables de conjurer les effets de la crise. Aussi, l'encadrement réalisé s'articule autour de deux axes complémentaires : d'une part, une obligation de

⁷⁶ RGMAF, art. 223-37 qui se borne à renvoyer au Règlement n° 236/2012 du 14 mars 2012 en indiquant que c'est ce texte qui « fixe les règles de transparence applicables aux positions courtes nettes ».

⁷⁷ C'est l'un des aspects de la substantielle réforme réalisée, le 21 juillet 2010, par le législateur américain avec la loi « Dodd-Frank » (*Wall Street Reform and Consumer Protection Act*).

compensation auprès d'une « contrepartie centrale » (*Central counterparty*) ; d'autre part, une obligation d'information au profit d'un « dépositaire central de données » (*Trade repository*).

L'exigence de transparence vise tous les contrats financiers conclus de gré à gré, dont l'une des parties est soit une entreprise financière, soit une entreprise commerciale de droit commun mais ayant ouvert des positions significatives. Concrètement, les transactions sur ces instruments dérivés doivent être déclarées à des centres de conservation des données, appelés « référentiels centraux ». Les autorités de régulation européennes et nationales ont accès à ces référentiels, afin d'avoir une meilleure idée de l'importance des positions ouvertes, de l'identité des parties contractantes ; ce qui devrait permettre de détecter plus rapidement d'éventuelles difficultés en germe, comme l'accumulation de risques par un opérateur. Les référentiels centraux, enregistrés auprès de l'Autorité européenne des marchés financiers (« AEMF ») et soumis à sa surveillance, sont également tenus de publier des positions agrégées par catégorie de dérivés, de manière à ce que les participants au marché aient une vision plus claire du marché des dérivés de gré à gré dans son ensemble.

En France, c'est l'AMF qui a été désignée comme l'autorité compétente chargée de contrôler le respect de l'obligation de déclaration des transactions à un référentiel central de données ; et ce, quel que soit le statut de la contrepartie au contrat dérivé⁷⁸. Ce faisant a été opérée une petite révolution car, par le biais du règlement EMIR et la transposition qui en a été faite en France, l'AMF étend désormais sa compétence à l'égard des sociétés non cotées qui se livrent à des opérations sur produits dérivés⁷⁹.

Assez rapidement toutefois et sans remettre en cause le principe de cette nouvelle exigence de transparence, sont apparues deux difficultés, assez classiques dès lors que l'on tente d'organiser une transparence en quelque domaine qu'on se trouve.

D'abord, s'est posée une interrogation sur la conciliation entre l'obligation de déclaration envisagée et les diverses règles qui peuvent prescrire au contraire des obligations de confidentialité (secret professionnel, notamment en matière bancaire). Après de nombreuses discussions, la difficulté a été résolue par l'insertion d'une disposition, dans le règlement EMIR, qui immunise le déclarant de toute responsabilité résultant de cette divulgation⁸⁰. L'immunité a un champ d'application très large et même inconditionné, puisqu'il énonce qu'une déclaration réalisée en vertu de la norme européenne « n'est pas considérée comme enfreignant les éventuelles restrictions à la divulgation d'informations imposées par ledit contrat ou par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives ».

Ensuite, le risque de devoir sacrifier à des déclarations multiples et redondantes a été souligné⁸¹. Risque écarté au regard de l'espace communautaire puisque la proposition de révision de la directive MIF harmonise les modalités de transparence qu'elle met en place avec les déclarations reçues dans le cadre d'EMIR⁸². Mais ce risque ne peut évidemment être conjuré au regard d'obligations déclaratives concurrentes imposées par des législations extérieures à

⁷⁸ C. mon. fin., art. L. 612-1, II, 1°, rédaction L. n° 2013-672 du 26 juil. 2013.

⁷⁹ En ce sens, M. ROUSSILLE, « Et l'AMF étend sa compétence... sur les sociétés non cotées ! », *Dr. sociétés* janv. 2014, repère 1.

⁸⁰ Règl. 648/2012 du 4 juil. 2012, art. 9.4, qui vise à la fois l'entité ayant procédé à la déclaration, mais aussi ses dirigeants ou salariés.

⁸¹ Pour une analyse détaillée, v. J. PELLET, « Les obligations de déclaration dans EMIR », *RDBF* janv. 2013, dossier 3.

⁸² Proposition de directive concernant les marchés d'instruments financiers, abrogeant la directive 2004/39/CE du 20 oct. 2011, art. 60.

⁸³ Le 14 janvier 2014, un accord est intervenu entre le Parlement européen et le Conseil sur les grandes orientations inscrites dans la Proposition MiFID II.

l'Union européenne. Or, il est assez courant qu'un contrat financier conclu de gré à gré soit soumis à deux législations différentes, voire parfois concurrentes, chacune prétendant imposer sa compétence. Les praticiens cherchent à éviter les possibles répétitions en centralisant les déclarations portant sur des contrats de dérivés de gré à gré sur un nombre limité de référentiels centraux⁸⁴.

⁸⁴ J. Pellet, *Ibid.*

Matias Labé & Nicolas Vergnet & Bob Zeller

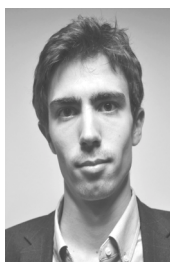
La transparence fiscale : l'exemple de la régularisation des avoirs étrangers



Matias LABÉ

Docteur en Droit

Avocat
CMS Bureau
Francis Lefebvre



Nicolas VERGNET

Étudiant en
Master Droit
économique



Bob ZELLER

Étudiant en
Master Droit
économique

RÉSUMÉ

Depuis 2013, un nouveau dispositif fondé sur un impératif de transparence facilite la régularisation fiscale des avoirs étrangers détenus par des contribuables français. Cet article présente la circulaire Cazeneuve dans le mouvement plus général de lutte contre l'évasion fiscale et décrit notamment la procédure et les modalités de taxation issues de ce nouveau dispositif.

INTRODUCTION

Le 21 juin 2013, le ministre Bernard Cazeneuve appelait les contribuables détenant des avoirs non déclarés à l'étranger à se mettre au plus vite en conformité avec le droit, tout en fixant par une circulaire un ensemble de mesures d'assouplissement des sanctions devant être appliquées par l'administration fiscale (cette circulaire ayant fait l'objet d'une circulaire complémentaire le 12 décembre 2013). Ces mesures d'incitation devaient permettre d'amorcer une dynamique de régularisation, dans un contexte plus général de redressement des finances publiques.

Presque huit mois jour pour jour après le lancement de cette nouvelle procédure de régularisation, qui fait suite à la « cellule de dégrisement » mise en place par le précédent gouvernement, l'ancien ministre délégué du Budget a dressé le 19 février 2014 un bilan encourageant devant la Commission des finances de l'Assemblée Nationale, faisant état de près de 16 000 demandes de rectifications, chiffre en hausse de près de 50% depuis le 31 décembre 2013¹. Au 7 février 2014, le service de traitement des déclarations rectificatives (STDR) avait déjà rassemblé 2 621 dossiers présentant toutes les pièces nécessaires à leur traitement, pour un montant cumulé de 2,386 milliards d'euros. Quant aux 241 dossiers d'ores et déjà traités par l'administration à cette date, ils ont rapporté à l'État la somme de 230

¹ Compte rendu de l'audition de M. Bernard Cazeneuve sur les premiers résultats de la procédure de mise en conformité spontanée devant la Commission des Finances de l'Assemblée nationale, disponible sur le site de l'Assemblée nationale: http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr-cfiab/13-14/c1314063.asp#P2_90

millions d'euros. Au vu de ces résultats, les effectifs initiaux du STDR ont été doublés (passant de 25 à 50 agents), et continueront d'être accrus « autant que cela sera nécessaire »².

Toutefois, si cette procédure de régularisation semble connaître un certain succès, il est sans doute prématuré de parler de *satisfecit*. En effet, l'efficacité du système de régularisation mis en place par la circulaire Cazeneuve ne peut être évaluée que dans le cadre d'un mouvement plus général de lutte contre l'évasion fiscale, au sein duquel le choix des mesures d'incitation et de sanction à l'échelon national ne constitue qu'un facteur dont l'importance doit être mise en perspective (I). D'autre part, il est nécessaire d'analyser les modalités pratiques de ce système de régularisation fondé sur un impératif de transparence (II).

I. CONTEXTE NATIONAL ET INTERNATIONAL

Sur le papier, l'efficacité du système de régularisation des avoirs non déclarés à l'étranger, qui cherche à promouvoir l'impératif de transparence vis-à-vis de l'administration fiscale, découle de la combinaison de mesures d'incitation et d'un cadre répressif renforcé.

Cette orientation s'appuie également sur les évolutions récentes du cadre fiscal international, dans lequel l'échange d'informations entre États s'intensifie. Toutefois, le rôle des institutions bancaires ne peut être négligé, celles-ci contribuant, indirectement mais dans une proportion non négligeable, au succès des divers systèmes de régularisation.

A. Contexte national

La circulaire Cazeneuve met en place un traitement des déclarations rectificatives sur le fondement du droit commun par le STDR, placé sous l'autorité de la direction nationale des vérifications des situations fiscales (DNVSF). Ce traitement s'opère sur le fondement du droit commun. La régularisation ne dispense par conséquent pas le contribuable du paiement de l'intégralité de l'imposition supplémentaire correspondante, pas plus qu'elle ne l'exonère des intérêts de retard, majorations et amendes pour défaut de déclaration³, que la circulaire vient cependant atténuer en fonction de la situation du contribuable, au moyen d'un barème incitatif.

A cet égard, il est intéressant de souligner que ce système instaure une relation de transparence entre les parties en présence : le contribuable connaît d'avance les pénalités auxquelles il sera soumis, l'administration dispose dès le début de la procédure de toutes les informations relatives aux avoirs concernés. En mettant en place cette procédure, qu'il présente comme un mécanisme de « catapulte » ne laissant « aucune place à la transaction »⁴, le gouvernement a ainsi souhaité prendre le contre-pied des mesures d'amnistie fiscale, telles qu'elles ont pu être pratiquées en Espagne ou en Italie⁵, mais également celui de la cellule de dégrisement mise en place par la précédente majorité, qui reposait en partie sur la prise de contact anonyme du contribuable « repent »⁶.

² *Ibid.*

³ Code général des impôts, articles 1727 à 1729, 1736 et 1766.

⁴ *Supra* ¹.

⁵ « De l'Italie à l'Allemagne, la régularisation des évadés fiscaux fait polémique », *Le Monde*, 18/05/2013.

⁶ « Impôts: nous avons testé la cellule de régularisation de Bercy », *La Tribune*, 01/09/2009.

Pour mémoire, cette cellule mise en place entre avril et décembre 2009 avait permis au Trésor de récupérer entre 1,2 et 1,3 milliards d'euros, pour un total de 4 700 demandes représentant 7,3 milliards d'euros d'actifs déclarés⁷. A l'heure actuelle, le chiffre de 2,386 milliards d'euros d'avoirs déclarés avancé par le ministre Cazeneuve, qui ne correspond qu'à 16% du total de dossiers reçus par Bercy, semble augurer du succès d'une politique de régularisation qui, tout comme la précédente, est annoncée comme devant être limitée dans le temps. Passé un délai « couperet » encore à déterminer, les contribuables concernés ne pourront plus prétendre au bénéfice de la circulaire, dont le barème a d'ores et déjà été relevé par une circulaire du 12 décembre 2013 faisant suite à l'entrée en vigueur de la loi de lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière⁸.

Cette dernière loi représente le volet répressif de la politique menée par le gouvernement : alors que le traitement des déclarations rectificatives par le STDR entend encourager les démarches spontanées de la part des contribuables (les contribuables qui font ou ont fait l'objet d'un contrôle s'en trouvent exclus), celui de la fraude fiscale se trouve considérablement durci, avec l'introduction à l'article 1741 du Code général des impôts d'un délit de fraude fiscale en bande organisé ainsi que d'une aggravation des sanctions en cas d'utilisation d'un compte à l'étranger (peine de 2 millions d'euros et de 7 ans d'emprisonnement contre 500 000 euros et 5 ans d'emprisonnement pour la fraude « simple »).

On le voit, le « dispositif Cazeneuve » repose ainsi tout autant sur le principe de la main tendue (mais ferme) que sur la peur du gendarme.

B. Contexte international

Au-delà de l'alternative régularisation-répression, il importe de souligner que le dispositif Cazeneuve et l'opportunité qu'il offre aux contribuables de régulariser leurs situations s'inscrit dans le mouvement global de développement de l'échange d'informations entre États et de mobilisation contre la fraude fiscale.

La signature de l'accord FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*) entre les États-Unis et la Suisse en date du 14 février 2013, qui oblige les institutions bancaires à transmettre les informations relatives aux comptes américains, constitue sans doute le meilleur exemple des pressions exercées au niveau international sur les pays attachés à leur secret bancaire. À l'inverse, le modèle RUBIK (*Require Banks to Take Immediate Action*) proposé par les autorités suisses, qui organise un système de prélèvement forfaitaire sans que le contribuable disposant d'avoirs en Suisse ait à se faire connaître des autorités fiscales, est loin de faire l'unanimité auprès des pays ayant choisi d'y avoir recours⁹. L'échange d'informations entre États semble donc être en voie de devenir la règle¹⁰.

Enfin, lorsqu'il s'agit d'évaluer l'efficacité du dispositif français, il importe de souligner le rôle non négligeable joué par les institutions bancaires elles-mêmes dans le processus de régularisation des actifs. Dans le cas de la Suisse, qui représente à elle seule plus de 80% des

⁷ « Evasion fiscale: 1,2 à 1,3 milliard d'euros récupérés grâce à la "cellule de régularisation" », *Le Monde*, 18/08/2011.

⁸ Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.

⁹ « Evasion fiscale: l'accord avec la Suisse a été un échec cuisant pour le Royaume-Uni », *Le Monde*, 20/02/2014.

¹⁰ Florent Ruault, « Avoirs non déclarés détenus à l'étranger: dernières nouvelles de la procédure de régularisation », *BPAT* 1/14, 07/02/2014.

comptes déclarés auprès du STDR¹¹, on assisterait en effet à un mouvement sans précédent des établissements bancaires qui pousseraient leurs clients à se mettre en règles vis-à-vis de leur administration fiscale d'origine, allant jusqu'à leur adresser un ultimatum au 30 mai 2014¹², éventuellement assorti d'un blocage des avoirs et d'un renvoi auprès d'un avocat fiscaliste pour entamer une procédure de régularisation¹³. Si la crainte de voir leur responsabilité engagée sur le fondement de la complicité de fraude fiscale constitue sans doute un facteur décisif de cette nouvelle politique des banques helvétiques¹⁴, cette réaction du secteur bancaire suisse ne doit sans doute pas être sous-estimée dans la réussite éventuelle du dispositif Cazeneuve.

II. PROCÉDURE DE RÉGULARISATION

Après avoir examiné le champ d'application de la circulaire Cazeneuve (A), nous examinerons les modalités de traitement de fond des dossiers auxquelles conduit son application (B) avant d'envisager les modalités pratiques de présentation des dossiers (C).

Rappelons au préalable que si les présents développements ne traiteront pas des aspects de droit pénal, l'application de la circulaire devrait logiquement, comme l'a oralement laissé entendre l'administration, pouvoir écarter tout risque de peine ou d'emprisonnement sur le fondement de la fraude fiscale (ce qui ne sera pas nécessairement le cas du délit pénal de blanchiment).

A. Le champ d'application de la procédure

La Circulaire du 21 juin 2013 indique que sont concernées par le dispositif de régularisation les personnes physiques qui détiennent des avoirs à l'étranger et qui décident de régulariser spontanément leur situation fiscale.

Le Ministre a fait de la spontanéité de la démarche du contribuable une condition substantielle de l'acceptation de son dossier dans la mesure où la circulaire précise que sont exclus du dispositif de régularisation :

« les contribuables qui font l'objet d'un examen de situation fiscale personnelle (ESFP), de contrôles relatifs aux droits d'enregistrement, ou d'une procédure engagée par l'administration ou les autorités judiciaires portant sur des actifs et comptes non déclarés détenus à l'étranger ». Dans un premier temps, cette condition a conduit à exclure théoriquement du champ de la circulaire les contribuables ayant fait l'objet d'un ESFP au cours des années non prescrites. Toutefois et d'après les informations à notre disposition, il semblerait que l'administration admette de traiter ces dossiers en considérant que les règles de droit commun s'appliqueraient aux années ayant fait l'objet de l'ESFP alors que les années non couvertes par cette procédure de vérification pourraient bénéficier des aménagements de la circulaire ;

« les contribuables dont les avoirs ont pour origine une activité occulte ». L'activité occulte doit être comprise par référence à l'article L 169 du LPF qui dispose que *« l'activité occulte*

¹¹ Voir *supra* ¹.

¹² « La France met les banques genevoises au pied du mur: les établissements bancaires posent un ultimatum à leurs clients français », *Le Matin Dimanche*, 02/02/2014.

¹³ « Des banques bloquent les avoirs de leurs clients non-régularisés: les établissements cherchent à se prémunir contre de futures mises en cause de leur responsabilité », *Le Temps*, 13/02/2014.

¹⁴ « Ces juges français qui font trembler les banquiers suisses », *Le Temps*, 05/02/2014.

est réputée exercée lorsque le contribuable n'a pas déposé dans le délai légal les déclarations qu'il était tenu de souscrire et soit n'a pas fait connaître son activité à un centre de formalités des entreprises ou au greffe du tribunal de commerce, soit s'est livré à une activité illicite. »

Dans le cadre du traitement pratique des dossiers, le STDR semble admettre que l'activité n'est pas considérée comme occulte lorsqu'un entrepreneur ne déclare pas toutes les recettes d'une activité déclarée. En outre, le STDR a, à notre connaissance, pu admettre que si un contribuable a perçu une seule commission à l'étranger, la ponctualité de cette perception semble ne pas exclure ledit contribuable du bénéfice de la circulaire. Enfin, le STDR accepte de traiter la régularisation des actifs qui proviennent de l'exercice en période prescrite d'une activité occulte.

Observons que l'administration se réserve la possibilité de ne pas accepter les dossiers dans lesquels apparaîtraient d'importants retraits opérés sur le compte et qui ne pourraient pas être justifiés par le financement du train de vie du titulaire (sous réserve de l'hypothèse dans laquelle le titulaire informerait l'administration de la destination du retrait dans des conditions compatibles avec le champ d'application de la circulaire, ce qui sera notamment le cas en présence d'un retrait opéré au profit d'un tiers et ayant caractérisé un don manuel taxable).

B. Les modalités de traitement au fond

L'application de la circulaire entraîne l'acquittement de l'ensemble des impositions éludées et non prescrites dans les conditions de droit commun, auxquelles vont venir s'ajouter les amendes et pénalités bénéficiant des plafonnements prévus par la circulaire.

Régulariser une situation passée suppose de faire application de l'ensemble des dispositions en vigueur au titre des années concernées. Les rappels d'impôts susceptibles d'être appliqués concernent donc de nombreuses dispositions de notre système fiscal, que ce soit en matière d'impôt sur le revenu des personnes physiques (IRPP) ou d'impôt de solidarité sur la fortune (ISF), de droits de mutation (en cas de donation ou de succession par exemple) mais également de dispositions plus particulières telle que l'imposition en cas de gestion de portefeuille par l'intermédiaire de structures étrangères bénéficiant d'un régime fiscal privilégié (article 123 bis du Code général des impôts).

Viennent s'ajouter aux sommes dues les intérêts de retard ainsi que les différentes amendes, majorations et pénalités.

Le traitement des régularisations de ces situations fiscales passées et l'application à ces dernières de l'ensemble des dispositions en vigueur au titre des années concernées pose un nombre important de questions sur les modalités d'application pratiques (en matière de prescription et de recouvrement) et techniques (sur les modalités de calcul des impositions éludées). Dans le cadre d'une conférence tenue par l'Institut des avocats conseils fiscaux (IACF) le 18 novembre 2013, l'administration a eu l'occasion d'apporter certaines précisions concernant le traitement de situations particulières et sur la manière de calculer les rappels d'imposition¹⁵ (étant souligné que l'administration n'a pas publié de commentaires officiels qui pourraient valablement lui

¹⁵Le compte-rendu de cette conférence est publié au Feuilleter Rapide Fiscal Social 1/14 du 3 janvier 2014. Mentionnons qu'une conférence s'est également tenue le 12 mai 2014 mais la teneur des échanges entre les praticiens et l'administration n'est pas encore publiée au jour de la publication du présent article.

être opposés sur ce point). Ces précisions, qui mériteront d'être confirmées par écrit par l'administration, nous permettent de dresser un premier état des lieux sur les modalités de traitement au fond des impositions résultant de la procédure.

1. Régularisation de l'impôt sur le revenu

Les impositions sont en principe dues dans les limites de la prescription triennale de droit commun prévue par le livre des procédures fiscales. Toutefois, les règles de prescription allongées portant le délai de reprise de l'administration à dix ans prévus aux articles L. 169 du LPF (en matière d'impôt sur le revenu et d'impôt sur les sociétés) s'appliquent également.

Concrètement, les contribuables ayant détenu des avoirs d'une valeur supérieure à 50.000 euros devront s'acquitter de l'ensemble des impositions éludées sur les dix années précédentes pour les revenus des années 2006 et suivantes.

Comme nous l'avons mentionné, les impositions éludées non-prescrites sont imposées selon les règles de droit commun de l'IRPP applicables en fonction des années. Le revenu soumis à l'impôt sur le revenu est calculé en faisant application de règles particulières à chaque revenu catégoriel : il s'agira souvent d'intérêts, dividendes et plus-values de cession de valeurs mobilières.

Des questions se posent s'agissant des modalités de taxation des dividendes et intérêts (a), de calcul des plus-values de cession de titres réalisées durant la période (b) ou encore s'agissant de la CSG déductible sur les revenus de capitaux mobiliers (c). L'administration a pu apporter les premières précisions sur les modalités de traitement de ces points.

a. Modalités de taxation des dividendes et intérêts

L'imposition de ces revenus suit les modalités de droit commun (soumission au barème progressif avec en principe application d'un abattement en base de 40% pour les dividendes).

Toutefois, il convient de rappeler que depuis le 1^{er} janvier 2013, les intérêts et dividendes font obligatoirement l'objet d'un prélèvement à la source non libératoire (auquel s'ajoutent les prélèvements sociaux), qui constitue un paiement par anticipation de l'impôt finalement dû l'année suivant celle de la perception du revenu. Ce prélèvement est acquitté au plus tard le 15 du mois suivant celui de la perception du revenu.

La question s'est posée de l'obligation pour les titulaires de comptes étrangers ayant informé l'administration de leur intention de régulariser leur situation (sans le cas échéant avoir procédé au dépôt complet de leur dossier), de la nécessité d'appliquer ces règles et de procéder eux-mêmes à la liquidation de ces retenues (ce qui est la règle de droit commun dans la situation d'établissement teneurs de comptes situés à l'étranger).

Sur ce point, et d'après les informations dont nous disposons, l'administration n'exigerait pas que le dispositif de retenue soit appliqué aux revenus de l'année 2013 issus du compte révélé (la liquidation globale de l'impôt sur le revenu intervenant dans le cadre de la mise en recouvrement des suppléments d'impôts consécutifs à la régularisation). En revanche, pour l'année 2014, l'administration exigerait que les titulaires d'avoirs procèdent à l'application de la retenue de droit commun au risque de se voir appliquer des pénalités de retard, ce qui obligerait ces titulaires à être mensuellement informés des revenus générés par leur compte.

b. Calcul des plus-values de cessions de titres

Lorsqu'un contribuable a opéré des cessions de titres durant la période non prescrite et qu'il n'est pas possible de déterminer le montant exact des éventuelles plus-values réalisées, faute notamment d'informations sur le prix de revient des titres cédés, deux possibilités sont envisageables :

- La première consiste à considérer un prix de revient nul sur la totalité des titres cédés et à soumettre par conséquent la totalité du prix de cession aux règles de l'impôt sur les plus-values. Cette situation revient cependant à imposer un gain qui n'a potentiellement pas été réalisé et qui correspond à la différence entre le prix de revient effectif des titres et un prix de revient nul ;

- La seconde consiste à soumettre au barème progressif la totalité de l'enrichissement du compte non déclaré sans distinguer les revenus catégoriels en faisant masse des intérêts, des dividendes et des éventuelles plus-values. Si cette solution permet de prendre en compte une prise de valeur effective, elle remet en cause le principe même de la régularisation qui consiste à calculer les rappels d'impôts selon les règles qui auraient dû être appliquées.

c. CSG déductible

Ensuite, calculer les rappels d'impôts selon les règles de droit commun conduit à admettre en déduction du revenu brut global du contribuable une fraction de la CSG dont il fait l'objet.

La question se posait de savoir si cette dernière pouvait être imputée indifféremment sur les revenus des années régularisés ou si elle ne pouvait être imputée qu'au titre de l'année de son paiement. C'est cette dernière solution qui a été retenue par l'administration.

2. Régularisation de l'impôt de solidarité sur la fortune

La régularisation des avoirs détenus à l'étranger a pour effet de les faire entrer dans l'assiette imposable à l'ISF pour les années 2007 et suivantes. L'impôt est dû au moment du dépôt du dossier au STDR. Cela signifie que le contribuable signe un chèque ou effectue un virement au moment du dépôt du dossier afin de régulariser sa situation au regard de cet impôt.

Mentionnons que les suppléments d'impôts et pénalités (hors pénalité pour non déclaration du compte, conformément à la position restrictive prise par l'administration sur ce point) ont vocation à augmenter, année après année, le montant du passif pris en compte pour déterminer le patrimoine net taxable du 1^{er} janvier 2007 au 1^{er} janvier 2014.

L'administration a également tenu à préciser que les rehaussements de revenus et d'impôts qui découlent de la procédure de régularisation n'entraînent pas un nouveau calcul du bouclier fiscal.

3. Régularisation des droits de donation et succession

Demeurent exigibles les droits de mutation à titre gratuit en cas de transmission par voie de succession intervenue depuis le 1^{er} janvier de la dixième année précédant la révélation de la

transmission, sans pouvoir remonter avant 2007¹⁶. La liquidation des droits s'opère sur la base de la valeur réelle des biens concernés à la date de la transmission considérée.

Il résulte de ce qui précède que les avoirs trouvant leur origine dans une succession antérieure à 2007 ne sont pas susceptibles, dans le cadre de la régularisation, de rendre exigible un complément de droits de succession. Comme pour l'ISF, les droits en principal sont dus lors du dépôt du dossier.

Concernant les droits de mutation à titre gratuit rendus exigibles en cas de transmission par voie de donation (hypothèse de régularisation du donataire), il convient de distinguer selon que :

- le donateur est vivant au jour de la révélation : la donation est taxable quelle que soit la date à laquelle elle est intervenue (y compris depuis plus de 15 ans) ;
- le donateur est décédé au jour de la révélation : la donation n'est taxable que si le donateur est décédé depuis le 1^{er} janvier de la dixième année précédant la révélation de la transmission, sans pouvoir remonter aux donations réalisées par des personnes décédées avant 2007.

La liquidation des droits de donation s'opère sur la base de la valeur réelle des biens concernés à la date de la transmission considérée.

Précisions concernant les retraits

L'administration attache une importance particulière aux retraits effectués sur le compte dans la mesure où elle redoute que de tels retraits ne dissimulent des dons manuels consentis par le titulaire du compte.

L'administration admet alors de ne pas qualifier de tels retraits de dons manuels à la condition que, eu égard à leur importance, ils puissent être considérés comme finançant le train de vie du titulaire (ce dont le titulaire doit, le cas échéant attester).

4. En cas de détention d'avoirs par une structure interposée (art. 123 bis du CGI)

Lorsqu'un contribuable détient des avoirs par le biais d'une structure interposée située dans un État à fiscalité privilégiée, les dispositions de l'article 123 bis du Code général des impôts sont susceptibles d'être appliquées. Ces dispositions ont pour objet d'imposer en France les bénéfices ou revenus positifs d'une entité (fiducie, trust, personne morale, organisme etc.) située dans un État à fiscalité privilégiée (tel que défini à l'article 238 A du Code général des impôts) dans laquelle le ou les contribuables détiennent, directement ou indirectement, 10 % au moins des actions, parts, droits financiers ou droits de vote et dont le patrimoine est principalement composé d'actifs financiers et monétaires (a). La personne est imposée au titre des revenus de capitaux mobiliers, même en l'absence de toute distribution, à hauteur de sa quote-part de détention de l'entité sur les bénéfices ou revenus positifs de cette dernière (b).

¹⁶La troisième loi de finances rectificative pour 2012 a allongé le délai de reprise de l'administration de 6 ans à 10 ans, en matière de droits d'enregistrement et d'impôt de solidarité sur la fortune, lorsque des avoirs détenus à l'étranger n'ont pas été déclarés. La prescription de 10 ans s'applique aux délais de reprise venant à expiration postérieurement au 31 décembre 2012, soit à compter de l'année 2007 (l'année 2006 ayant été prescrite au 31 décembre 2012).

L'application des dispositions de cet article peut très rapidement se montrer complexe dans une situation de régularisation. Nous nous bornerons dans le cadre de la présente étude à rappeler les principaux contours de ce dispositif.

a. Les conditions relatives à la structure

Pour que l'article 123 bis trouve à s'appliquer, il faut que l'actif de l'entité interposée soit composé à plus de 50% de valeurs mobilières, de créances, de dépôts ou de comptes courants. Le contribuable doit normalement établir un bilan de départ au titre de la première année d'application des dispositions. Néanmoins, il arrive qu'aucune comptabilité n'ait été tenue. Dans cette situation, l'administration considérera que l'actif est composé par le strict capital.

b. Calcul de l'imposition

i. Détermination du bénéfice et de l'imposition

Le bénéfice de l'entité est déterminé en faisant application des règles relatives à l'impôt sur les sociétés puis taxé selon les règles relatives aux revenus de capitaux mobiliers au titre de l'impôt sur le revenu (les sommes étant considérées comme des revenus distribués).

Faire application des règles relatives à l'impôt sur les sociétés supposerait de reconstituer la comptabilité de l'entité pour déterminer le résultat. Eu égard à la difficulté d'établir ce résultat, l'administration admet l'utilisation d'une méthode simplifiée, consistant à reconstituer le bénéfice à partir des relevés bancaires.

Une fois ce revenu identifié, il convient de lui appliquer un coefficient de 1,25 et de l'imposer entre les mains des contribuables en tant que revenus de capitaux mobiliers au prorata des droits qu'ils détiennent dans l'entité.

ii. Elimination des doubles impositions

Afin d'éviter qu'un même revenu soit imposé deux fois, l'article 123 bis prévoit que l'impôt sur les bénéfices déjà acquitté par l'entité interposée à l'étranger vienne s'imputer sur l'imposition due au titre de l'article 123 bis du Code général des impôts.

Il arrive également que des revenus réputés distribués l'aient été effectivement. Ces derniers viennent normalement s'imputer sur les revenus réputés distribués. Il en résulte que seule la fraction des distributions effectives excédant le montant imposé en application de l'article 123 bis donne normalement lieu à taxation. Les contribuables doivent donc établir un suivi très précis des sommes qui sont soumises à la taxation prévue à l'article 123 bis d'une part et celles qui sont imputées sur ces sommes d'autre part.

iii. Liquidation de l'entité

L'administration n'exige pas que l'entité soit liquidée ou rapatriée en France. La liquidation de l'entité donne lieu à la constatation d'un boni de liquidation. Si une liquidation a été effectuée avant la régularisation, l'administration accepte de considérer que la prescription triennale s'applique à la taxation du boni de liquidation.

5. Intérêts de retard, amendes et majorations

S'agissant des intérêts de retards, ces derniers courent jusqu'à la date de dépôt du dossier auprès du STDR.

En outre, des amendes et majorations vont être appliquées afin de régulariser la situation. Le niveau des amendes et majorations repose essentiellement sur la qualité « active » ou « passive » du contribuable.

La situation d'un contribuable « passif » est celle dans laquelle les avoirs ont été reçus par succession, donation ou qu'ils ont été constitués à un moment où le contribuable n'était pas résident français. Dans cette circonstance, il peut sembler complexe d'établir la preuve de l'origine des avoirs pour le contribuable. Une déclaration sur l'honneur ainsi qu'un faisceau d'indices permettront à l'administration d'établir au cas par cas la cohérence de l'explication du contribuable.

La situation du contribuable « actif » vise principalement les autres origines d'avoirs dont notamment la constitution d'avoirs par un contribuable alors qu'à la date de cette constitution il résidait fiscalement en France.

a. Concernant les majorations

Les contribuables se verront appliquer des majorations plafonnées tel que prévu par la circulaire.

La majoration pour manquement délibéré sera ramenée conformément à la circulaire de 40 % à 15% pour les contribuables dits « passifs » et 30% pour les contribuables « actifs ».

Si le contribuable n'a jamais été redevable de l'ISF mais que sa régularisation a pour effet de le soumettre pour la première fois à cet impôt, seule une majoration de 10% sera appliquée (étant précisé que la nouvelle mouture de la circulaire datée du 12 décembre 2013 porte, pour les ISF 2014 et suivants, cette sanction à 15% ou 30 % selon la situation « passive » ou « active » du contribuable).

b. Concernant l'amende pour non déclaration du compte

Rappelons que cette amende est prévue à l'article 1736 IV du CGI et sanctionne l'absence de déclaration de comptes détenus à l'étranger de l'article 1649 A du CGI (déclaration qui doit accompagner la déclaration annuelle des revenus du titulaire).

Elle se prescrit à la fin de la quatrième année suivant celle au cours de laquelle l'infraction a été commise ce qui signifie que les dossiers déposés en 2014 auprès du STDR rendent exigibles les pénalités dues au titre des années 2009 à 2012 (déclarations qui auraient dû être réalisées de 2010 à 2013).

Cette amende est en principe :

- pour les années 2011 et suivantes de 5 % de la valeur du compte au 31 décembre de l'année au titre de laquelle la déclaration devait être faite, sans pouvoir être inférieure à 1.500 € (compte ouvert dans un État « coopératif ») ou 10.000 € (compte ouvert dans un État non « coopératif ») ;
- pour les années antérieures, de 1.500 € ou 10.000 € selon que le compte est localisé dans un ETNC (absence de convention d'assistance administrative).

Toutefois, la circulaire permet de limiter cette amende à 1,5 % ou 3% du montant des avoirs selon que le contribuable est qualifié de « passif » ou « actif ».

c. Modalité pratiques de traitement des dossiers

La circulaire indique que les contribuables souhaitant procéder à la régularisation de leur situation doivent déposer un dossier comprenant l'ensemble des documents nécessaires à l'administration pour procéder au traitement. Ce dépôt intervient auprès du STDR, dont l'adresse est le 17/19, place de l'Argonne, 75938 Paris Cedex 19.

Il convient d'insister sur l'importance que présente le dépôt du dossier complet dès lors qu'il s'agit de l'événement qui conduit à interrompre le cours de l'intérêt de retard finalement dû par le contribuable.

Les documents qui doivent composer le dossier du contribuable afin que le caractère complet du dépôt soit validé, sont les suivants :

- un écrit exposant de manière précise et circonstanciée l'origine des avoirs détenus à l'étranger, accompagné de tout document probant justifiant de cette origine ou constituant un faisceau d'éléments de nature à l'établir ;
- les justificatifs relatifs aux montants des avoirs détenus, directement ou indirectement, à l'étranger et des revenus de ces avoirs sur la période régularisée ;
- lorsque les avoirs ont pour origine une succession ou une donation, une attestation de l'établissement financier étranger précisant l'absence d'alimentation du compte par le contribuable ou tout autre justificatif permettant de constater que le compte n'a pas été alimenté par le contribuable postérieurement à la succession ou à la donation ;
- une attestation du contribuable selon laquelle son dossier est sincère et porte sur l'intégralité des comptes et avoirs non déclarés détenus à l'étranger qu'il possède ou dont il est l'ayant droit ou le bénéficiaire économique ;
- le paiement des suppléments en principal d'ISF et de droits de mutation à titre gratuit qui intervient donc dès le dépôt du dossier.

Il nous semble opportun de s'arrêter un instant sur la nécessité de fournir à l'administration « tout document probant justifiant l'origine des sommes ». Sur ce point, les contribuables désireux de pouvoir régulariser leur situation, et notamment ceux dont les avoirs proviennent

d'une succession, tentent d'obtenir de l'établissement teneur du compte un document permettant de retracer l'historique des avoirs ou à tout le moins une attestation de titularité qui concernerait le *de cujus*. Toutefois, en pratique, il est fréquent que ces établissements fassent état de leur incapacité à pouvoir disposer d'informations datant de plus de dix ans et indiquent à leur client qu'ils ne pourront attester que de cette incapacité. Il est à souhaiter que dans ces situations et sur la base de ces attestations bancaires de « non-attestation », l'administration admette le caractère complet des dossiers en actant de tous les meilleurs efforts faits par le contribuable afin d'étayer la réalité historique qui est à l'origine des avoirs.

Mentionnons en outre que l'obtention de l'intégralité de ces documents peut s'avérer longue de sorte que, dans l'hypothèse où l'administration ferait connaître une date limite de dépôt des dossiers, il semble envisageable d'informer dans un premier temps l'administration en lui indiquant le nom du titulaire et la référence explicite du compte (cette saisine n'étant pas susceptible de se substituer au dépôt complet du dossier afin d'arrêter le cours de l'intérêt de retard).

Une fois l'ensemble des informations reçues, l'administration procédera au traitement du dossier qui consistera notamment à établir :

- les avis de mise en recouvrement portant sur les suppléments d'impôt sur le revenu, les intérêts de retard et les pénalités (établies dans un premier temps selon les modalités de droit commun);
- puis la transaction portant atténuation des pénalités selon les termes de la circulaire.

Compte tenu de la complexité liée à l'analyse de la situation du contribuable, à la préparation de son dossier en vue de son dépôt, puis à la vérification du traitement retenu par l'administration, il est fortement recommandé aux contribuables concernés de se rapprocher d'un avocat spécialisé en matière fiscale qui l'accompagnera tout au long de la démarche.

FLORE MÉVEL & JOËLLE JEANJEAN-LEMOINE

La transparence : vertu démocratique ou vie privée en péril ?



Flore MÉVEL

Étudiante de l'École de
Droit de Sciences Po

Master Carrières judiciaires
et juridiques



Joëlle JEANJEAN-LEMOINE

Magistrate honoraire à la Cour
de cassation

RÉSUMÉ

Devenue depuis peu un concept juridique, la transparence apparaît comme le corollaire d'une société démocratique. Si elle fait certes partie de notre héritage culturel, son exacerbation ne conduit pas nécessairement à une amélioration d'un lien de confiance, indispensable à la construction efficiente d'une société de droit. C'est pourquoi, le droit français comme le droit européen tentent de légiférer de manière à concilier le droit au respect de la vie privée avec le droit à l'information, tant prisé par les sociétés modernes. C'est à travers cette dynamique croissante d'effacement de la frontière entre vie publique et vie privée que le droit joue désormais un rôle majeur dans la recherche d'un rapport apaisé à la transparence.

INTRODUCTION

Saisi par plus d'une soixantaine de parlementaires, le Conseil constitutionnel a rendu deux décisions le 9 octobre dernier (2013-675 DC et 2013-676 DC) déclarant conforme à la Constitution l'essentiel de la loi relative à la transparence de la vie publique¹, votée par le Parlement le 17 septembre 2013. Il a ainsi validé la création d'une nouvelle autorité administrative indépendante, la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique², ainsi que l'obligation pour les ministres, parlementaires, certains élus locaux et certains hauts fonctionnaires de publier leurs déclarations d'intérêts et de patrimoines. Toutefois, certaines dispositions de la loi du 11 octobre 2013 ont été déclarées non conformes, telles que l'obligation pour les élus de divulguer les activités professionnelles de leurs parents et enfants, et ce au nom du principe du respect de la vie privée.

Cette jurisprudence des juges de la rue de Montpensier montre combien il est nécessaire de concilier le droit au respect de la vie privée des personnalités publiques d'une part et la transparence exigée par l'opinion publique d'autre part.

¹ Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

² La Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) est une autorité administrative indépendante chargée de promouvoir la probité des responsables publics.

Au sens propre, la transparence est la qualité de ce qui laisse paraître la vérité tout entière ; elle exclut « le pêché par omission ». Vertueuse, elle fait référence à « la vérité, la limpidité, la pureté »³. Au sens figuré, la transparence se réfère au processus social guidé par la sincérité et la droiture, dont découle une accessibilité accrue à l'information par le citoyen. La transparence s'oppose donc au secret, à l'opacité ou encore au mensonge.

Si la notion de transparence est éminemment moderne, elle est un élément fondateur de notre construction démocratique. « La transparence est la vertu des belles âmes » affirmait déjà Rousseau⁴ qui souhaitait « pouvoir rendre [son] âme transparente ». Le combat virulent des philosophes contre les sophistes dans la Grèce antique nous en donne un exemple particulièrement révélateur. Ce combat pour la vérité sera également repris au siècle des Lumières, dont le nom suggère fortement l'idée de transparence. La Révolution française comptera également parmi ses revendications l'accès à une plus grande transparence au sein du pouvoir.

Durant le XIXe et XXe siècle, le droit positif français a privilégié les règles de la vérité. L'exemple du droit civil est particulièrement probant à cet égard puisqu'il a, à travers le droit des contrats notamment, condamné les vices du consentement au profit d'une convention exécutée de bonne foi entre les parties, selon leur commune intention⁵. Le droit répressif n'a également cessé d'exalter la vérité. Nombreux sont les textes en droit pénal qui condamnent la dissimulation sous quelque forme qu'elle soit : l'escroquerie, l'usage de faux, l'usurpation d'identité, l'abus de biens sociaux... Ainsi, notre droit français apparaît de prime abord au « grand jour de la vérité »⁶.

Pourtant, force est de constater que la transparence a aujourd'hui dépassé le simple cadre politico-judiciaire pour irriguer l'ensemble des sphères sociétales. Elle s'est propagée dans l'espace économique, financier, journalistique ou encore artistique. Tous les pans de notre société affichent une quête grandissante de transparence, que ce soit dans la conduite des relations internationales (tel que l'illustre le scandale du site *WikiLeaks*⁷), dans les médias (à l'image du « Buisson gate » ou de la collecte des écoutes téléphoniques de la NSA⁸...), dans le domaine de la santé (à l'instar de l'affaire du *Mediator*), dans le monde architectural (avec la multiplication des créations de bâtiments transparents⁹), dans la sphère professionnelle (avec le développement des « *open spaces* ») ou encore dans le monde associatif (avec la signature d'une charte de la transparence garantissant le bon emploi des dons).

Toutefois, s'il semble en effet que la demande de transparence soit aujourd'hui grandissante, elle paraît s'éloigner de son objectif démocratique premier. Comme le rappelle le doyen Jean Carbonnier à travers ses « tendances vitricides », la transparence peut être pleine de vices.

3 « Secret, transparence et démocratie », Pouvoirs n°97 - avril 2001, Jean-Denis Bredin.

4 *Les Confessions*, J.-J. Rousseau, 1782.

5 L'article 1134 du Code civil dispose que « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi* ».

6 Voir supra ³

7 [\[https://wikileaks.org/\]](https://wikileaks.org/)

8 *National security agency*

9 A titre d'exemple, le projet du Palais de justice de Paris, révélé en février 2012, est un bâtiment transparent conçu par l'architecte Renzo Piano.

George Orwell¹⁰ voyait même la transparence comme la caractéristique de la « contre-démocratie ».

Cette volonté croissante de transparence n'induit-elle pas une déviance de celle-ci, tendant à abolir la frontière entre vie publique et vie privée ? Véritable standard contemporain, la transparence ne pourrait-elle pas être considérée comme indiscreète, importune voire inquisitrice ? Dans cette perspective, ne pourrait-on pas trouver au secret certaines vertus démocratiques que la transparence n'offrirait pas ? Culture du secret contre transparence sans limite : quel équilibre pour garantir l'intérêt général¹¹ ?

Si notre société contemporaine entretient une relation ambivalente avec la transparence tant cette notion est complexe et évolutive, il devient de plus en plus délicat de trouver un équilibre entre transparence et préservation du secret, en raison de l'irruption massive des nouvelles technologies (I). L'exacerbation de la demande de transparence constitue une menace pour la vie privée des citoyens et nécessite de repenser l'action des autorités publiques et à travers elle, la place du droit dans le maintien d'une séparation hermétique entre espace public et sphère privée¹² (II).

I. LA DIFFICILE RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE ENTRE TRANSPARENCE ET SECRET

La transparence fait partie de notre héritage culturel. Elle est aujourd'hui perçue comme une nécessité démocratique (A) mais peut parfois conduire à certaines dérives, que la jurisprudence n'hésite pas à encadrer (B).

A. Une exigence accrue de transparence

Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'État, estime que la transparence et le secret sont, l'un comme l'autre, indispensables à l'action publique. Il nous rappelle combien la transparence est « la matrice de plusieurs constructions inhérentes à la démocratie : la délibération et le débat publics, la responsabilité des gouvernants, la formation de l'opinion et l'expression de la citoyenneté : rien de tout cela n'est simplement concevable sans transparence ». La transparence renforce la confiance des individus dans leurs institutions. Elle participe également de l'intégrité du service public : adaptée aux achats publics ou au financement des partis politiques, la transparence est un instrument de lutte contre la corruption¹³. Elle est aussi un gage de mise en application du principe d'égalité entre les citoyens (égalité des usagers du service public, égalité d'accès aux emplois publics...). Par ailleurs, elle combat le risque de partialité et de subjectivité du service public à travers l'obligation de motivation et de publicité des décisions de justice¹⁴. En ce qui concerne la publicité des décisions, il n'est pas inintéressant de noter que si les débats sont publics, les délibérations des juges restent couvertes par un secret absolu, contrairement à certains pays où

10 1984, G. Orwell 1949.

11 Colloque organisé par Transparence International France « Culture du secret contre transparence sans limite : quel équilibre pour garantir l'intérêt général ? » à l'Assemblée nationale, le 5 juillet 2011.

12 V. nota. Le discours de Benjamin Constant « De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes », 1819.

Selon lui, la vie privée est la clé du bonheur de l'homme moderne.

13 Article 433-1 du Code pénal.

14 En droit pénal, la publicité de la procédure de jugement est de rigueur. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, ce principe trouve sa justification dans l'intérêt général, lequel impose une protection des « justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public » (CEDH 24 novembre 1997, Werner c/ Autriche). En conséquence, la publicité « préserve la confiance des justiciables dans l'institution judiciaire et participe pleinement, par cette transparence, du droit à un procès équitable et de sa finalité » (CEDH 8 décembre 1983 Axen c/ Allemagne).

la publication des opinions dissidentes est de règle. C'est la raison pour laquelle, la transparence, à travers ses diverses déclinaisons, constitue un facteur essentiel de bonne administration de la justice¹⁵.

Dès les années 1950, l'apparition d'une société de communication et la transformation de la démocratie représentative ont fait de la transparence un standard démocratique. L'opinion publique s'est alors érigée en adversaire de la retenue, de la pudeur et du secret. Comme le rappelle Jean-Denis Bredin, la transparence « ne peut souffrir des domaines interdits, le mensonge, le mystère, le secret, la discrétion, tous les artifices qui dissimulent la vérité. Au nom de la transparence, le droit à l'information tend à devenir un droit absolu. Les images qui restent dans l'ombre, les paroles qui se disent sous le sceau de la confiance, deviennent suspectes. »

Triomphante, la transparence s'est en effet imposée. Les législations en faveur de cette clarté l'attestent : transparence des marchés boursiers et financiers¹⁶, de la publicité, de la concurrence, transparence du fonctionnement des partis politiques... Il faut donc, pour les tenants de cette limpidité, « moraliser » la vie économique et sociale. Parallèlement, les exceptions au secret se sont multipliées : atteintes au secret de l'instruction, au secret professionnel, au secret des sources, au secret des correspondances... Le régime juridique de ces secrets oppose nécessairement le « droit de cacher et le droit de savoir »¹⁷.

En droit pénal, l'impératif de transparence s'incarne désormais dans un devoir de coopération avec la justice. Tout individu est dorénavant contraint de contribuer à la manifestation de la vérité judiciaire au détriment, parfois, du secret professionnel. Le droit à l'information et la recherche de la preuve semblent constituer les menaces principales à la préservation du secret. Ainsi, l'avocat peut se sentir menacé dans son travail en cas d'écoutes de ses conversations avec son client ou de perquisitions dans son cabinet. Cette menace est toutefois atténuée par la présence obligatoire du bâtonnier.

Partie prenante du système démocratique, la liberté de la presse s'est progressivement instaurée comme une sorte de « droit à la transparence ». A cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme et le Conseil constitutionnel ont consacré un droit à l'information du citoyen. Cette transparence exacerbée, conduisant parfois à une atteinte virulente du secret, n'est pas systématiquement souhaitable puisqu'une mise en péril de la vie privée peut en résulter.

B. Une menace démocratique : « la vie privée en péril »¹⁸

Le secret est un droit, pour chaque personne, au respect de sa vie privée personnelle et familiale, de son domicile ou encore de sa correspondance¹⁹. Ce droit, attribué à tout individu, doit être respecté par l'État et assuré par lui. Le secret est inhérent à certaines professions et doit être d'autant plus respecté qu'il ne peut y avoir de « médecine sans secret médical ni de service

15 Droit consacré à l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : « Toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions et organes de l'Union ».

16 Loi n° 89-531 du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier.

17 « Secret, transparence et démocratie », Pouvoirs n°97 - avril 2001, Jean-Denis Bredin.

18 A. Türk, *La vie privée en péril, des citoyens sous contrôle*, Odile Jacob, Paris, 2011.

19 Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

public sans secrets touchant aux intérêts fondamentaux et légitimes de l'État »²⁰. De même, il n'y a pas de presse libre sans secret des sources ni de bonne défense sans secret professionnel de l'avocat²¹.

La montée de la transparence, pouvant mettre en péril la vie privée, se manifeste essentiellement par le développement massif des nouvelles technologies. Cet essor a créé un renversement complet des perspectives : alors que le secret était le principe et la publicité l'exception, la transparence devient désormais la norme au détriment de la protection du secret. Ces nouvelles technologies de l'information permettent désormais de suivre ou de localiser des individus et collecter leurs informations personnelles de façon quasi-immédiate et automatique. Se pose alors la question de la persistance future de certains secrets que notre droit protège à l'heure actuelle face aux progrès technologiques. Ces possibilités de surveillance sont également facilitées par la mondialisation et le peu de règles harmonisées à l'échelle mondiale.

A cet égard, la jurisprudence ne manque pas de souligner les atteintes que ces nouvelles technologies peuvent porter à la vie privée des justiciables. Dans deux arrêts du 22 octobre 2013²², la chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que la géolocalisation était une ingérence dans la vie privée. Elle précise « qu'une mesure consistant à surveiller les déplacements d'une personne par le suivi de son téléphone mobile constitue une ingérence dans la vie privée de cette personne, qui ne peut être légalement effectuée que dans les conditions prévues par l'article 8, alinéa 2, de la Convention européenne des droits de l'homme et du citoyen ». Le Conseil constitutionnel s'est, quant à lui, prononcé sur la loi relative à la consommation dans une décision du 13 mars 2014²³ et a estimé, que compte tenu de la nature des données enregistrées, de l'ampleur du traitement de données, de la fréquence de son utilisation, du grand nombre de personnes susceptibles d'y avoir accès et de l'insuffisance des garanties relatives à l'accès au registre, « la création du registre national des crédits aux particuliers porte atteinte au droit au respect de la vie privée qui ne peut être regardée comme proportionnée au but poursuivi ».

Assurément, nous assistons à l'émergence d'une société technologique de surveillance généralisée, déjà anticipée par Jérémy Bentham ou Michel Foucault²⁴. Afin de lutter contre les méfaits de celle-ci, la stricte séparation entre la sphère publique et la sphère privée doit être conservée. Elle est notamment perçue comme indispensable par Hannah Arendt qui considère que la confusion entre les deux conduirait au totalitarisme²⁵. La frontière entre totalitarisme et démocratie se manifeste dans un véritable renversement de situation : alors que dans un État totalitaire le gouvernement se réserve le monopole du secret, le citoyen peut conserver sa part de secret en démocratie et attend de l'État une certaine transparence.

Ainsi, la transparence reste un principe clé de notre organisation sociale mais impose une action renouvelée du législateur.

20 Discours préliminaire de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État.

21 Le secret de la correspondance d'un détenu avec son avocat est à ce titre protégé.

22 Cass. Crim. 22 octobre 2013, n° 13-81945 et n° 13-81949.

23 Décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014.

24 Voir nota. *Surveiller et punir*, Michel Foucault, 1975.

25 *La condition de l'Homme moderne*, Hannah Arendt, 1958.

II. RETROUVER UN RAPPORT APAISÉ À LA TRANSPARENCE

La recherche d'une articulation plus harmonieuse entre transparence et secret nécessite l'élaboration d'un droit spécifique (A) et implique également une meilleure information des droits du citoyen afin de parvenir à un « droit transparent du secret »²⁶ (B).

A. Un encadrement juridique

Afin de retrouver une transparence démocratiquement saine, il convient d'élaborer un « droit ambitieux et cohérent de la transparence des informations et procédures publiques »²⁷. Les autorités publiques sont donc davantage contraintes d'accomplir leur mission à travers un dialogue productif avec la société civile. Dans un rapport public du Conseil d'État de 2011, *Consulter autrement, participer effectivement*²⁸, il est préconisé d'introduire, au titre de la « participation délibérative », un ensemble de principes directeurs qui régiraient le recours à des concertations ouvertes précédant, chaque fois que nécessaire, la prise de décision (garantir l'accessibilité des informations, assurer le dépôt des observations de tous les participants et favoriser leur diffusion, assurer des délais raisonnables aux citoyens ou aux organismes représentatifs pour s'exprimer, donner les informations sur les suites projetées, dans un délai proportionné à l'importance de la réforme...). Le retour à un lien de confiance entre gouvernants et gouvernés s'établit donc, entre autres, à travers la restauration d'un dialogue avec la société civile.

Au-delà, chaque domaine juridique tente de déterminer un encadrement plus précis, toujours dans le souci de mettre en équilibre droit à la vie privée et droit à l'information. Le droit public, par exemple, a perfectionné la transparence administrative par l'accroissement des droits des usagers à obtenir des documents administratifs. La création d'autorités administratives indépendantes telles que la CNIL ou la CADA a renforcé les droits des citoyens. L'administration française s'est donc progressivement adaptée à la transparence, alors même qu'elle fonctionnait initialement selon le principe du secret (bien que le principe de transparence ait été consacré par l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789²⁹). La loi du 17 juillet 1978 a érigé le droit pour les citoyens d'avoir un libre accès aux documents administratifs. Plus récemment, la transparence administrative s'est diffusée par l'unification et l'expansion des conditions d'accès aux documents administratifs (loi « informatique et libertés » du 6 janvier 1978, loi relative aux archives du 3 janvier 1978...). C'est véritablement, la loi du 12 avril 2000 sur les droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations³⁰ qui a harmonisé cette transparence administrative³¹.

Le droit européen est également soucieux de faire de l'Union européenne une véritable « maison de verre » au sein de laquelle « les rapports institutionnels comme les processus décisionnels échappent à toute critique d'opacité et d'éloignement par rapport aux administrés ». Les institutions de l'Union européenne, à commencer par le Parlement

26 Exposé d'ouverture de Jean-Marc Sauvé du colloque organisé par Transparence International France à l'Assemblée nationale le 5 juillet 2011: « Culture du secret contre transparence sans limite : quel équilibre pour garantir l'intérêt général ? »

27 Voir supra ²⁶

28 [<http://www.conseil-etat.fr/fr/rapports-et-etudes/rapport-public-2011-consulter-autrement-participer-effectivement.html>]

29 Article 15 de la DDHC : « La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ».

30 Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (loi dite DCRA).

31 Toutefois, il conviendrait de s'interroger sur l'impossibilité pour un citoyen d'avoir accès à son casier judiciaire B1, auquel seuls les magistrats ont accès.

européen et la Commission européenne, sont véritablement préoccupées d'instituer la transparence au sein de l'Union. Une des principales manifestations juridiques du principe se trouve dans la déclaration n°17 du traité de Maastricht de 1992 : « la transparence du processus décisionnel renforce le caractère démocratique des institutions, ainsi que la confiance du public envers l'administration »³². Sur ce fondement, la déclaration interinstitutionnelle - du 31 décembre 1993 : « démocratie, transparence et subsidiarité » du Conseil de l'Union européenne, de la Commission européenne et du Parlement européen -, énumère une liste de démarches à accomplir : publicité des votes, obligation d'information et de consultation du public... Ce sera véritablement avec le Traité d'Amsterdam de 1997, introduisant l'article 1^{er} du Traité sur l'Union européenne (TUE), que ce principe de transparence va être affirmé par l'intermédiaire du principe de subsidiarité.

Dans cette finalité, l'accord conclu en 2011 entre le Parlement européen et la Commission européenne³³ a institué un « Registre de transparence » afin d'informer « les citoyens sur les organisations et les personnes indépendantes ayant des activités qui ont pour objet d'influencer les processus décisionnels de l'Union européenne ». Ce registre détient des informations relatives aux acteurs contribuant à l'élaboration et la mise en œuvre des politiques européennes. Conformément à l'article 11 du traité sur l'Union européenne, les « institutions établissent un dialogue ouvert, transparent et régulier avec les associations représentatives et la société civile ». Ce registre s'établit dans le cadre de la politique de transparence prônée par l'Union européenne, même s'il convient de rappeler que les enregistrements demeurent facultatifs.

Ainsi, cet encadrement juridique grandissant devra conduire à faire du « droit à la transparence » un « droit transparent au secret », afin de juguler une transparence sans limites.

B. Le « droit transparent du secret »

Le résultat d'une meilleure transparence des procédures publiques et de l'information du citoyen doit se manifester par un « droit transparent au secret », autrement dit une délimitation précise des zones de secret établies par le législateur. En effet, l'intérêt général nécessite que certains domaines soient mis à l'écart de la sphère publique dans le but de préserver l'ordre public et l'intégrité de l'État. Toutefois, il faut que le citoyen soit clairement conscient de la portée, des zones et de l'identité des personnes à qui ce secret est opposable. Ce « droit transparent au secret » implique donc au préalable une délimitation précise des secteurs couverts par le secret : c'est le corolaire d'une plus grande transparence des informations et des procédures publiques.

A titre d'exemple, la loi du 8 juillet 1998³⁴ a créé un « magistère indépendant du secret », la Commission consultative du secret de la défense nationale qui a pour but de délimiter plus précisément la frontière entre secret et transparence. Cette commission est une autorité administrative indépendante qui est chargée de donner un avis sur la déclassification et la communication d'informations ayant fait l'objet d'une classification en application des

32 Traité sur l'Union européenne - Déclaration n° 17 relative au droit d'accès à l'information (Maastricht, 7 février 1992).

33 Accord entre le Parlement européen et la Commission européenne sur l'établissement d'un registre de transparence pour les organisations et les personnes agissant en qualité d'indépendants qui participent à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques de l'Union européenne, OJ L 191, 22/07/2011.

34 Loi n° 98-567 du 8 juillet 1998 instituant une Commission consultative du secret de la défense nationale.

dispositions de l'article 413-9 du Code pénal, à l'exclusion des informations dont les règles de classification ne relèvent pas des seules autorités françaises³⁵.

CONCLUSION

La transparence est un principe indispensable, un idéal qui ne peut, ni ne doit, être radicalisé. L'équilibre établi entre préservation du secret et « droit à la transparence » est aujourd'hui remis en question en raison des mutations de la transparence - passant d'une transparence classique à une transparence sans borne - qu'il est important d'enrayer afin de maintenir la frontière entre sphère publique et espace privé. En conséquence, il faut une action renouvelée de la puissance publique pour garantir cet équilibre fragile dans le droit positif.

C'est pourquoi le droit tente d'instaurer un cadre législatif plus précis afin d'assurer le lien de confiance indispensable à la construction d'une société de droit. Cependant, pour lutter efficacement contre les méfaits d'une transparence exacerbée, encore faut-il trouver les moyens adéquats qui ne résultent pas de lois de circonstances qui seraient prises sous l'influence de l'opinion publique.

Si la transparence contribue indéniablement à l'instruction des citoyens, désormais mieux informés, le « culte de la transparence » ne doit pas pour autant se substituer à la « culture du secret ». Il faut donc persister dans la consolidation de la transparence, sans omettre la nécessité de préserver des secrets raisonnables et justifiés. Parallèlement, il faut également lutter contre la menace d'une surveillance généralisée par les autorités publiques. Souvenons-nous enfin, que la transparence et le secret ne constituent pas des fins en soi mais ne sont que des moyens « comme d'autres et parmi d'autres, d'atteindre les finalités supérieures que porte en elle l'idée démocratique »³⁶.

35 Article L2312-1 du Code de la défense.

36 Guy Carcassonne, « Le trouble de la transparence », *Pouvoirs* - 97, 2001, p. 19.

NICOLE MARIE MEYER

Alerte éthique et fonction publique : la fin d'un malentendu français ?

Nicole Marie MEYER

Expert près *Transparency International*
(Secrétariat International)

Chargée de mission pour *Transparency*
International France

RÉSUMÉ

Dans cet article, Nicole Marie MEYER dresse un état des lieux du cadre réglementaire et légal applicable à l'alerte éthique en France. En prenant appui sur une mise en perspective comparative, elle critique les limites d'une législation fragmentée et plaide pour l'adoption d'une loi cadre, unificatrice et ambitieuse.

INTRODUCTION

« La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration. »
(Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen, 1789, art.15)

Qu'est-ce que l'alerte éthique (ou *whistleblowing*)¹ ?

Avec cent dix sections dans le monde, Transparency International est l'une des principales organisations non-gouvernementales de lutte anti-corruption. Elle définit la corruption comme « le détournement à des fins privées d'un pouvoir reçu en délégation », l'alerte éthique comme « le signalement d'un fait illégal, illicite ou dangereux pour autrui, touchant à l'intérêt général, aux instances ayant le pouvoir d'y mettre fin ». Selon la Banque Mondiale, le coût de la corruption est estimé à 5% du PIB dans le monde ; selon le Conseil de L'Europe à 120 millions par an pour l'Europe ; selon les enquêtes de *Transparency*, 64% des salariés se taisent de peur de perdre leur emploi ; selon le rapport d'Ernst & Young 2012, 40% des fraudes sont révélées par les lanceurs d'alerte. Lesquels s'avèrent ainsi être la dernière ligne de défense de l'État de droit, face à la défaillance des contrôles institués.

Pour mémoire, dans le cadre du *False Claims Act* (dispositif fédéral), 22 milliards \$ ont été recouvrés par le trésor américain de 1986 à 2008, 13,3 milliards \$ de 2009 à 2012 (dont 4,9 milliards pour la seule année 2012). Pour mémoire également, la France a été fort sévèrement

¹ De « souffler » (blow) dans le « sifflet » (whistle), par référence au *bobby* anglais, terme créé par Ralph Nader dans les années 70, dans le cadre de la défense des consommateurs (du « citoyen ordinaire ») contre les lobbies. Le terme « lanceur d'alerte », forgé dans les années 90 par l'école française de sociologie des risques, dans le cadre de l'alerte scientifique, entré en 2007 dans notre dictionnaire, dans le corpus législatif avec la loi du 16 avril 2013 (art.11 créant l'art. L1351-1 CSP).

évaluée par l'OCDE en 2004 et 2012 dans le cadre du suivi de la Convention des Nations Unies contre la corruption (dite de Mérida), pour le faible taux de ses alertes, lié à une carence législative et une absence de prévention qui, comme le notaient Les Echos [9/01/14], pèseront à moyen terme sur sa compétitivité :

« Les entreprises internationales sont désormais appelées à devoir démontrer la conformité (compliance) de leurs opérations - au risque de s'exposer à des sanctions supplémentaires (amendes pénales, exclusion des marchés/financements publics et mises en quarantaine par les partenaires). Faute d'une quelconque incitation en France, seuls de très rares groupes français s'y sont suffisamment préparés - pour y avoir été sensibilisés à l'étranger. A contrario, la grande majorité des entreprises françaises sont sous-équipées en matière de prévention. Ayant ainsi décroché des normes internationales, elles sont exposées à un réveil brutal et encore plus coûteux, notamment en termes de perte de marchés. »

L'absence d'un droit d'alerte et d'un dispositif d'alerte fiable, doublé d'une prévention et de sanctions efficaces, ont donc un coût tant moral que financier pour la collectivité - la corruption laminant par ailleurs la confiance, les classes moyennes, la demande donc l'offre, faussant la concurrence, accroissant les inégalités, sapant démocratie et vie publique, en un cercle non vertueux.

I. « FRANCE : AN INTERNATIONAL ODDITY ? »

Cette carence peut éclairer partiellement un taux record de défiance² et un certain délitement du lien social. La France était en effet jusqu'au 6 décembre 2013 la seule au monde, parmi plus de soixante pays dotés du droit d'alerte, à ne pas protéger l'agent public signalant des faits de corruption, ou plus généralement crimes ou délits³. Le seul pays à avoir en premier lieu protégé, par la loi du 13 novembre 2007 (art.1161-1CT), adaptation de la Convention dite de Mérida (2003), le seul salarié du secteur privé signalant des faits de corruption - contrairement aux autres états, qui ont d'abord protégé leur fonction publique, soit le cœur de la loi.

« La France », pour rappeler notre conférence du 4 Juillet 2013, « est ce pays paradoxal où un ministre du Budget pratique la fraude fiscale, mais où un commandant de police est révoqué pour avoir signalé un usage illicite de fichiers par son administration, un diplomate licencié pour avoir rendu à sa hiérarchie un rapport confidentiel sur des dysfonctionnements financiers avérés, un fonctionnaire territorial menacé pour avoir signalé en interne des marchés publics irréguliers ; un pays où un médecin s'est suicidé, un chercheur et un vétérinaire ont été licenciés, des médecins ou agents harcelés pour avoir dévoilé la nocivité de pratiques ou substances ; un pays où un chirurgien-dentiste est interdit à vie d'exercer, pour avoir averti des usages frauduleux de son ordre. »

Or, aucune loi ne peut être appliquée ni aucune démocratie perdurer, si le citoyen ou le salarié qui obéit à la loi et fait son devoir n'est pas protégé, notamment l'agent public, garant du bien

² « Année après année, les études menées sur la confiance des Français font état d'une défiance record vis-à-vis du personnel politique et des institutions », in Transparency International France, *Rapport 2013. Transparence de la vie publique et maintenant ?*, 2013. Pour les auteurs de *La société de défiance* (Yann ALGAN et Pierre CAHUC, 2007), les Français se situent au plus bas du classement international en termes de confiance envers leurs institutions, envers les conditions du succès social, et envers autrui.

³ N.M. MEYER, *L'alerte éthique ou whistleblowing en France. Rapport 2012 à Transparency International*. http://www.transparency-france.org/e_upload/pdf/rapport_ti_2012_sur_lalerte_ethique_janvier_2013.pdf

commun. Si l'intérêt général et la liberté d'expression ne sont pas protégés. Qui ne se souvient, sur ce second point, d'Alain, pour lequel la démocratie « est le contrôle continu et efficace que les gouvernés exercent sur les gouvernants » ? Ou pour le dire autrement « la vertu parcourt le monde. Son séjour, plus ou moins long dans tel ou tel pays, est fonction de l'organisation plus ou moins efficace et sûre de circuits vertueux au sein de l'État »⁴.

Suite à l'affaire du Mediator, qui, éclairant une cascade de crises financières, sanitaires et environnementales, faisait basculer une opinion publique et une nation directement touchée en sa chair, la France adoptait le 29 décembre 2011, seconde loi fragmentaire, la protection du signalement relatif à la sécurité sanitaire des médicaments et produits de santé (art.5312-4-2 CSP).

Enfin, sous l'aiguillon du dossier Cahuzac, elle connaissait en 2013 « une vague sans précédent depuis vingt ans de lois anti-corruption », pour reprendre les termes du GRECO - et notamment des avancées considérables en matière de droit d'alerte, comblant une part du retard qu'elle accusait. Retard au regard du monde, puisque ce droit, extension de la liberté d'expression, date de 1863 (USA), retard au regard de l'Europe puisque Royaume Uni ou Allemagne légiféraient dès 1998, mettant en place agence indépendante ou médiateur, fondation ou associations pour les victimes.

Avec aujourd'hui cinq lois en faveur des lanceurs d'alerte, trois datant de 2013, la France, dotée d'une législation partielle (par segments), se place dans une moyenne européenne. Elle a notamment tourné une page historique le 6 décembre 2013, en adoptant, avec la loi relative à la fraude fiscale et la grande criminalité économique et financière, l'article 35 qui protège le signalement des crimes et délits - pour les secteurs public et privé. Offrant enfin une protection explicite à l'agent public faisant son devoir (ou usant de l'art. 40-2), brisant avec une spécificité française préjudiciable à nos institutions et notre réputation. Le jour même de la parution de notre rapport comparatif *Whistleblowing in Europe*⁵, réalisé avec le soutien de l'Union européenne, qualifiant la France d'« *international oddity* ». Le jour même de la comparution devant le Tribunal correctionnel de Paris d'un ex-agent de Tracfin, douanier menacé de révocation pour avoir alerté quant au traitement du dossier Cahuzac par son administration.

Les signalements protégés incluent désormais : les risques graves pour la santé et l'environnement (loi du 16 avril 2013, art.11), les conflits d'intérêts (loi du 11 octobre 2013, art.25) mais ciblant une liste de personnes publiques circonscrites, et les crimes ou délits (loi du 6 décembre 2013), avec un champ d'application, des secteurs, des recours et une liste de représailles interdites disparates [ex. omission du licenciement ou de la nullité de l'acte].

La loi du 6 décembre 2013, la plus complète, ampliation des précédentes, est ainsi la première à offrir tout recours au lanceur d'alerte (art.35), dont la presse, comme la saisine directe du Service Central de Prévention de la Corruption (art.36) - jusque là réservée aux administrations spécialisées. Cependant elle omet la nullité de l'acte pour le salarié du secteur privé, la laissant à l'appréciation des tribunaux, alors qu'elle l'accorde à l'agent public. La loi Blandin du 16 avril 2013 sur l'alerte sanitaire et environnementale est quant à elle pionnière, protégeant, au-delà du signalement des infractions, toute information dont la méconnaissance induirait un risque, incluant donc le principe de précaution, et décrivant les premières

⁴ Henri DREI, *La vertu politique : Machiavel et Montesquieu*, éd. L'Harmattan, 1998.

⁵ Transparency International, *Whistleblowing in Europe. Legal protection for whistleblowers in the EU*, 2013.

modalités de fonctionnement des alertes et de l'expertise, dans un segment. Cependant elle omet de la liste des représailles, le licenciement, et annule dans le corps du texte (art.11) la possibilité de saisir la presse, offerte par le préambule (art.1).

Enfin, trente et un ans après la loi dite Le Pors, sanctuarisant le Statut de la fonction publique, la loi relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires devrait être soumise au Parlement en avril 2014, créant une protection pour les agents publics signalant des conflits d'intérêts – nouvelle application de la Convention de Mérida (2003). Elle serait nonobstant la seule, avec la loi Blandin du 16 avril 2013, imposant d'informer en premier lieu son supérieur hiérarchique, puis les autorités judiciaires ou administratives ; laissant ainsi craindre que, si ledit supérieur hiérarchique se voyait impliqué par le délit, le bénéfice de la loi ne soit aboli. A l'international, la règle est généralement un recours selon le principe de proportionnalité (voir le *Public Interest Disclosure Act*, RU, 1998).

Ces six lois prévoient en revanche, conformément à la législation internationale de l'alerte, le renversement de la charge de la preuve⁶.

II. LE DROIT D'ALERTE EN PERSPECTIVE

Sans celer d'éventuelles racines grecques (Eschyle, Solon, la parrhesia), le droit d'alerte, né en 1863, est régi par les conventions et recommandations internationales suivantes : Convention ONU-OIT 1982, Charte sociale européenne 1996 [article 24-3-c], Conseil de l'Europe 1999 [article 9] et 2010 (Résolution 1729 et Recommandation 1916), Nations Unies 2003 [CNUCC, articles 8-4 et 8⁵, 13 et 33], OCDE 1997 et 2009 - associant fédérations patronales [TUAC] et syndicales [BIAC], Plan Anti-corruption du G20 de Séoul (Point 7, 2010) - assorti de principes directeurs en 2011.

Voici brièvement les conventions contraignantes :

- la Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe du 4 novembre 1999, entrée en vigueur en France le 1^{er} août 2008, dont l'article 9 prévoit la protection des employés signalant des faits de corruption.
- la Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003 dite de Mérida, entrée en vigueur en France le 14 décembre 2005 dont l'article 8 [codes de conduite des agents publics] prévoit des dispositifs d'alerte dans la fonction publique pour les faits de corruption (alinéa 4) et l'obligation pour tout agent de signaler toute activité, tout emploi, tous avoirs ou dons d'où pourrait résulter un conflit d'intérêt (alinéa 5). L'article 13.2 prescrit des organes de prévention connus du public et accessibles pour tout signalement d'infraction « y compris sous-couvert d'anonymat » ; enfin l'article 33 prévoit la protection de « toute personne qui signale aux autorités compétentes, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables » des faits de corruption.

En 2009, *Transparency International* publiait ses Principes directeurs pour une législation de l'alerte, revus en 2012. Elle recommande une seule législation, explicite, complète et détaillée, pour la protection des lanceurs d'alerte des secteurs publics et privés. Cette législation doit comporter des canaux sécurisés de recueil de l'alerte (internes et externes), des procédures

⁶ Transparency International, *Guide des principes directeurs pour une législation de l'alerte*, 2009 et 2012.

précises et efficaces d'investigation et de suivi, garantir une enquête indépendante et des mécanismes de pourvoi, tout comme le juste dédommagement des représailles subies par le lanceur d'alerte. Les signalements protégés par cette législation doivent inclure, sans s'y limiter, crimes et délits, erreurs judiciaires, atteintes à la santé, la sécurité ou l'environnement, abus de pouvoir, usage illicite des fonds et biens publics, graves erreurs de gestion, conflits d'intérêts et dissimulation des preuves afférentes (soit un champ plus large que le *Public Interest Disclosure Act*, RU 1998). La charge de la preuve incombe à l'employeur au-delà de tout doute raisonnable. Un organisme indépendant doit être le garant du bon fonctionnement de la loi.

En 2010, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe adoptait sur la même ligne sa Résolution 1729⁷ sur la protection des « donneurs d'alerte », invitant ses membres à passer en revue leur législation, qui doit être complète (droit du travail, droit pénal, droit des media, mesures spécifiques de lutte contre la corruption prévues par la Convention civile sur la corruption [STE n°174] du Conseil de l'Europe). La résolution précise :

« La définition des révélations protégées doit inclure tous les avertissements de bonne foi concernant divers actes illicites, y compris toutes les violations graves des droits de l'homme, qui affectent ou menacent la vie, la santé, la liberté et tout autre intérêt légitime des individus en tant que sujets de l'administration publique ou contribuables, ou en tant qu'actionnaires, employés ou clients de sociétés privées. »

Elle doit offrir une alternative sûre au silence, en prévoyant notamment des incitations pour les pouvoirs publics et les décideurs privés afin qu'ils mettent en place canaux de signalement et mesures de protection. La résolution prévoit le même renversement de la charge de la preuve ainsi qu'une mise en œuvre de la loi garantie par un organisme indépendant.

En 2010 les membres du G 20 s'engageaient, par le Plan Anti-corruption de Séoul, à promulguer et mettre en œuvre d'ici fin 2012, une législation du droit d'alerte pour les secteurs public et privé. En 2011, le G20 dans ses principes directeurs citait comme bonne pratique « l'adoption d'une législation spécifique, dans un souci de clarté, pour garantir la sécurité juridique et éviter une approche fragmentaire ».

Le Royaume-Uni avec le *Public Interest Disclosure Act* de 1998 « semble tenir lieu d'exemple dans ce domaine du droit » (APCE)⁸. Afrique du Sud, Autriche, Corée du Sud, Irlande, Italie, Luxembourg, Japon et Norvège s'en sont notamment inspirés. Pour mémoire la PIDA protège les secteurs public et privé, y compris les policiers, pour le signalement de crimes et délits, erreurs judiciaires, atteintes à la santé, la sécurité et l'environnement, et dissimulation des preuves afférentes. L'agent peut saisir employeurs, autorités ou presse, selon un principe de proportionnalité et de claires modalités. Il est maintenu sur son poste jusqu'au procès ; il n'est pas de limites aux dédommagements accordés, fixés par le tribunal en fonction du préjudice

⁷ Résolution 1729 (2010) et Recommandation 1916 (2010) de l'APCE sur la protection des « donneurs d'alerte », soit « toute personne qui tire la sonnette d'alarme afin de faire cesser des agissements pouvant représenter des risques pour autrui ». Dans le *Projet de recommandation sur la protection des lanceurs d'alerte* (CDCJ du 5/02/13), la définition devient : « toute personne qui fait des signalements ou révèle des informations concernant des menaces ou un préjudice [grave] pour l'intérêt général dans le cadre du travail ».

⁸ La loi PIDA, émanant de la société civile suite à une série de tragédies et de morts qui auraient pu être évités, conçue de 1993 à 1998, protège les signalements dans l'intérêt général. Lord Nolan, président de la Commission indépendante de déontologie publique, félicita ses auteurs « pour avoir judicieusement trouvé l'équilibre aussi délicat qu'essentiel entre l'intérêt public et les intérêts des employeurs ».

réel. A noter par ailleurs que la PIDA vient d'exclure en 2013 la notion de « bonne foi » comme non pertinente, retenant uniquement le critère d'intérêt général.

Le droit d'alerte est aujourd'hui présent dans plus de soixante pays sous forme de lois globales ou dispositions sectorielles, parfois assorties de guides détaillés pour les lanceurs d'alerte (Afrique du Sud, 2011 - pour le *Protected Disclosures Act*, 2000).

III. UN DROIT D'ALERTE EUROPÉEN TARDIF

Le rapporteur du Conseil de l'Europe, s'interrogeant en son préambule sur le retard européen, notait une opposition culturelle entre pays anciennement occupés ou de régime autoritaire, se méfiant d'« informateurs » stipendiés par des régimes policiers méprisés, et pays demeurés libres, où Etat et individu seraient liés par un pacte civique, et le droit d'alerte un devoir citoyen. Mais les frontières du droit d'alerte n'épousent pas exactement ni une telle cartographie politique, ni une sociologie religieuse qui distinguerait une tradition d'omerta catholique d'un puritanisme protestant. Ni n'expliquent que, parmi les pays occupés (syndrome de Vichy), la France ou la Pologne aient été les plus hostiles au droit d'alerte, ni l'entropie ou le particularisme français.

En Europe, hormis la Suède dont la loi de 1766 sur la liberté d'information garantit le droit pour un lanceur d'alerte de saisir autorités ou presse – au point où les représailles contre un lanceur d'alerte sont un crime –, la première vague de lois suit la PIDA de 1998. Les Pays-Bas adoptent ainsi en 2001 la protection du secteur public, en 2006 créent une Agence pour l'éthique et l'intégrité du service public, en 2011 renforcent le Bureau National du Médiateur, en 2012 ouvrent une Antenne Juridique pour les lanceurs d'alerte et en 2013 une Maison des lanceurs d'alerte. La Roumanie dès 2004 protège son secteur public, avec tout recours légal à la société civile, presse incluse. La Belgique vote 7 lois à dater de 2005, créant notamment une ligne d'urgence et en 2012, un Bureau Virtuel de l'Intégrité. La deuxième vague suit notre rapport de 2009 et la Résolution 1729 (2010) du Conseil de l'Europe. En 2010 la Hongrie adopte ainsi une loi globale alerte pour les secteurs public et privé, la Slovénie et l'Irlande une loi anti-corruption avec une protection des deux secteurs (incluant confidentialité, canaux internes et externes sécurisés, importants dommages et intérêts ou amendes, l'assistance d'une Commission anti-corruption dédiée), en 2011 le Luxembourg une loi protégeant le signalement de faits de corruption, trafic d'influence et abus de pouvoir (avec droit à TI d'ester en justice), en 2012 Autriche et Italie votent une première protection de leur secteur public, respectivement pour le signalement de faits de corruption ou d'actes illicites - le Ministère de la Justice autrichien mettant en place une hotline alerte sur le portail de l'Office anti-corruption et criminalité en col blanc (590 signalements en 6 mois, 53 non pertinents)...

Fin 2013 cependant seuls quatre pays de l'Union ont des législations avancées : le Royaume Uni (1998), la Roumanie (2004), la Slovénie (2010) et le Luxembourg (2011). 16 pays, dont la France, ont des législations partielles, 7 des dispositifs inadéquats. Notre rapport 2013 *Whistleblowing in Europe* relève que nombreux sont les pays en-deçà des standards internationaux, que peu respectent même la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (2000), les principes du Conseil de l'Europe, de l'OCDE ou des ONG, dont TI. Nombreuses sont les lois imprécises, minées par lacunes et exceptions. Font régulièrement défaut une définition claire de l'alerte éthique, les procédures idoines, une garantie de confidentialité et une protection contre des poursuites abusives pour diffamation.

Le recours ultime du lanceur d'alerte demeure la Cour européenne des droits de l'homme, qui a régulièrement statué en sa faveur, sur le fondement de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, protégeant la liberté d'expression⁹.

IV. LA FIN D'UN MALENTENDU FRANÇAIS ?

Transparency International recommande une seule législation, spécifique, pour assurer la sécurité juridique. S'il faut saluer une révolution française 2013 en matière de droit d'alerte, on peut craindre, au vu des lacunes et disparités de ces cinq (bientôt six) nouvelles lois, s'ajoutant aux alertes partielles déjà disséminées dans différents codes français, un nouveau mille-feuille sinon « un tigre de papier ». Cette législation tardive, fragmentaire et disparate (modalités, saisines, régulateurs, champ protégé), adoptée sous la pression internationale ou l'urgence émotionnelle, pourrait s'avérer faiblement opérationnelle, en l'absence de contrôles et moyens dédiés, comme de sanctions. Nous demeurons sans définition globale du lanceur d'alerte, sans loi globale, avec des décrets et amendements en suspens, des recours et saisines variables, sans sanction pénale pour entrave à l'alerte ou représailles envers le salarié mais avec sanction pour mauvaise foi (ou fait inexact) de ce dernier; sans agence indépendante de l'alerte, sans canaux sécurisés – internes et externes, sans garantie de confidentialité ou d'anonymat (art.13, convention de Mérida) ; sans fonds, ni fondation ni guide pour les victimes.

Afin d'éviter que ce droit d'alerte, nouveau mille-feuille, ne trahisse les espoirs soulevés, que l'agent public ne soit dépossédé du droit à l'intégrité, les modalités de mise en œuvre de ces cinq (six) lois restent à inventer. Outre une homogénéisation bienvenue desdites lois sur le mieux-disant, un bilan des bonnes pratiques étrangères (cartographie, organigramme par pays), comme la publication par la CNIL de ses données sur les dispositifs d'alerte en entreprises depuis 2005 (indisponibles), pourraient utilement y contribuer.

Si nous avons rompu avec la non-protection de l'agent public signalant des faits de corruption, reste un particularisme français : la non-réintégration des agents publics révoqués pour avoir fait leur devoir – contrairement à d'autres nations, qui ont pu ponctuellement faillir mais su préserver, avec l'exemplarité de leur fonction publique, le lien social, en réintégrant les agents écartés pour probité.

Nous étions en France, il y a six mois encore, en-deçà même d'un choix entre Antigone et Créon, entre la loi universelle que dicterait notre conscience souveraine, et la loi édictée par d'humaines institutions ; en-deçà d'un clivage fracturant d'autres nations entre un droit d'alerte échu au « citoyen ordinaire » et un droit préempté par la raison d'État¹⁰. Aujourd'hui des voix françaises prônent un droit mondial « à une exception de citoyenneté¹¹ » pour le lanceur d'alerte, tandis que le Conseil de l'Europe travaille à un statut européen pour sa protection. Ne doutons donc pas que la France ne sache renouer avec sa tradition pionnière en matière des droits de l'homme, et innover tant dans l'invention des modalités d'application de ses lois que dans la conception d'un statut européen commun. Et pour clore sur le sujet des lanceurs d'alerte, vigies citoyennes que tous nous pouvons être au regard du bien commun, Saint-Augustin écrivait, en un siècle charnière et face à une société dévastée par les querelles

⁹ Paul STEPHENSON et Michael LEVI, *La protection des donneurs d'alerte. Rapport sur la faisabilité d'un instrument juridique sur la protection des employés qui divulguent des informations dans l'intérêt public*, CDCJ, 2012.

¹⁰ Pour 40 ans de débats sur les législations de l'alerte, et notamment le problème de la sécurité nationale, voir Robert G. VAUGHN, *The Successes and Failures of Whistleblower Laws*, éd. Edward Elgar (UK-USA), 2012.

¹¹ Voir Florence HARTMANN, *Lanceurs d'alerte. Les mauvaises consciences de nos démocraties*, éd. Don Quichotte, 2014 ; William BOURDON, *Petit manuel de désobéissance citoyenne*, éd. J-C Lattès, 2014.

doctrinales et les révoltes populaires d'oubliés : « l'espoir a deux enfants, la colère devant l'injustice du monde et le courage de la changer ». Et « les démocraties », lui répond une jeune philosophe moderne¹², « fondent leur pérennité sur l'exercice du courage ».

¹² Cynthia FLEURY, *La fin du courage*, éd. Fayard, 2010.

ÉCOLE DE DROIT

LORA VLAEVA

Compte rendu de la conférence organisée par l'AJSP

La déontologie de l'avocat face aux nouvelles technologies



Lora VLAEVA

Étudiante de l'École de Droit
de Sciences Po

Master Droit économique

*Le 3 octobre 2013, l'Association des Juristes de Sciences Po (AJSP) a organisé une conférence sur la déontologie de l'avocat face aux nouvelles technologies. A cette occasion sont intervenus Madame Christiane Féral-Schuhl, Bâtonnier du barreau de Paris de janvier 2012 à décembre 2013, Maître Alexandre Moustardier - membre du Conseil de l'Ordre des avocats -, Maître Marc Diemunsch – coauteur de *Déontologie de l'avocat*¹ -, ainsi que Maître Kami Haeri.*

La conférence, animée par le professeur et avocat Dany Cohen, a été introduite par M. Christophe Jamin, directeur de l'École de Droit de Sciences Po. Ce dernier a évoqué trois éléments qui remettent aujourd'hui en cause la conception traditionnelle de la profession d'avocat : les nouvelles technologies, le phénomène de mondialisation (et donc, l'outsourcing à l'international) ainsi que la dérégulation de la profession. C'est dans ce contexte qu'est intervenue la présente conférence dont l'objectif était de discuter de l'adaptabilité de la déontologie de l'avocat face à ces évolutions.

I. LA DÉONTOLOGIE, SOCLE FONDAMENTAL DE LA PROFESSION D'AVOCAT

Les intervenants à la conférence ont insisté sur l'importance capitale de la déontologie – éthique morale qui permet à la profession d'exister, et qui demeure centrale à l'aune des nouvelles technologies.

Maître Haeri rappelle ainsi que la déontologie s'impose en permanence à l'avocat, autant dans sa vie privée que dans un contexte professionnel. C'est donc dans ces deux sphères qu'il faut analyser comment le numérique questionne l'éthique de l'avocat, en particulier en matière de

¹ Raymond MARTIN, Jean-Christophe CARON, Marc DIEMUNSCH, *Déontologie de l'avocat*, Lexis Nexis, 11e éd., avril 2013 (ISBN : 978-2-7110-1295-4)

communication. Maître Haeri estime cependant que le socle déontologique continue à gouverner cette communication.

Opposant modernité et passé, Maître Diemunsch interroge l'incompatibilité entre ces deux termes et la possibilité de voir la profession disparaître à cause du numérique ou tout du moins de remettre en cause la manière dont celle-ci est exercée. Tout en soulignant que l'avocat ne peut se soustraire aux nouvelles technologies, il a estimé que le praticien moderne est fort de sa déontologie. Les nouvelles technologies n'affectent pas la déontologie *per se* qui reste gravée dans des principes larges, intangibles et indispensables à l'exercice du métier d'avocat.

Pour Maître Moustardier, la déontologie doit être envisagée comme une force de l'avocat et non comme une contrainte. Elle subit aujourd'hui une adaptation aux évolutions technologiques – bien que celles-ci soient plus rapides que la mise en œuvre de nouvelles réglementations.

Enfin, Madame le Bâtonnier Féral-Schuhl rappelle que la déontologie est l'« ADN de l'avocat » et que ce dernier doit porter haut l'éthique et les valeurs de la profession, même dans un monde virtuel. C'est un avocat, nourri de sa déontologie, qui est confronté aux nouvelles technologies. Cependant ces dernières obligent les avocats à repenser leur manière d'appréhender la relation à l'autre (que cet autre soit le client, le juge, ou l'adversaire). Dans une époque soucieuse de dématérialisation, il revient à l'avocat d'assurer la sauvegarde de la proximité et du dialogue – notamment avec le juge.

II. LA RESPONSABILITÉ INDIVIDUELLE DE L'AVOCAT FACE AUX NOUVELLES TECHNOLOGIES

Face au constat précédemment dressé, émerge l'idée selon laquelle il appartient à l'avocat de vérifier que son usage des nouveaux modes de communication est en accord avec les principes que lui dicte la déontologie de la profession.

Maître Haeri souligne les différents débats suscités par le numérique : de la protection des données et de la préservation du secret professionnel d'une part, à la manière dont ces outils technologiques peuvent servir la profession d'autre part. Dans ce contexte, il note l'existence d'un changement du mode de communication de l'avocat passant d'une communication verticale caractérisée par un lent processus de reconnaissance de l'avocat (par des modes de communication dit *traditionnels* tels que la presse écrite), à une communication horizontale où il est possible pour les nouveaux avocats de développer rapidement une visibilité. Maître Haeri met l'accent sur l'importance pour les nouveaux avocats d'acquérir une réelle identité numérique. Cela n'est possible que s'ils sont maîtres de leur propre communication, alimentée par les outils technologiques disponibles.

Cependant, Maître Diemunsch met en avant la responsabilité de l'avocat dans ce processus. Accédant à plus d'informations fiables rapidement, c'est à lui seul que revient le devoir de savoir utiliser sa déontologie intelligemment. Il évoque notamment l'actualité, avec de nouveaux réseaux sociaux spécialisés pour les avocats, tels que *Hub Avocats* ou *Vox Avocats* (mis en place par le Conseil National des Barreaux, ci-après CNB). Ces derniers nécessitent une réglementation stricte qui fait aujourd'hui défaut. En effet, la communication *via* un réseau entre le client et son avocat doit bénéficier d'une protection renforcée, l'avocat étant tenu au secret professionnel le plus absolu. Or, Maître Diemunsch rappelle que le CNB, les ordres, les barreaux sont aujourd'hui incapables de gérer un flux permanent de contenu. De plus, les

réseaux déclinant toute responsabilité concernant les informations échangées, il estime qu'il revient en définitive à l'avocat de gérer sa participation à de tels sites.

Au cœur des problématiques liant déontologie et modernité, réside la préservation du secret professionnel. Ainsi, Madame le Bâtonnier Féral-Schuhl, soulève le problème de la protection des données lors de l'utilisation de systèmes non sécurisés. Elle estime par exemple que l'utilisation d'une adresse Gmail est, par anticipation et sans même le savoir, une renonciation au secret professionnel. Cela peut également se vérifier sur les réseaux sociaux, ne serait-ce que par le système de géolocalisation qui peut trahir les lieux de rencontre entre un avocat et son client. Maître Féral-Schuhl note ainsi que le secret professionnel est particulièrement mis en danger par les nouvelles technologies lesquelles facilitent sa violation.

Dans ce contexte, Maître Diemunsch a rappelé que le secret professionnel est inscrit dans le Code pénal et que les nouvelles technologies présentent simplement un risque supplémentaire pour les avocats. Cependant, certaines démarches de clarification du statut du secret professionnel ont été entreprises. Maître Diemunsch explique notamment que la Commission des Règles et Usages de la CNB a voulu modifier l'article 66-5 de la loi de 1971² afin d'établir une liste de documents soumis automatiquement au secret professionnel. Bien qu'il estime que cette démarche soit trop restrictive, puisqu'elle amènerait à rechercher le secret détenu par l'avocat, Maître Diemunsch s'est prononcé en faveur d'une réglementation plus large. Cela n'ôte pas cependant à l'avocat sa responsabilité, qui consiste à gérer son propre usage des nouveaux outils tout en sauvegardant le secret professionnel.

Ce point de vue est aussi partagé par Maître Moustardier, qui insiste sur la dangerosité des profils de réseaux sociaux (Facebook et Twitter) : que ce soit pour les liens hypertextes partagés ou pour les opinions – parfois maladroites ou déplacées qui y sont exprimées. Il évoque l'importance d'un principe de modération liant l'avocat dans la sphère professionnelle comme dans la sphère virtuelle. Cela a aussi été noté par Madame le Bâtonnier Féral-Schul. L'avocat ne peut porter atteinte aux valeurs fondamentales de sa profession quand bien même ce serait dans le monde virtuel. Il doit satisfaire à un devoir de modération, de délicatesse et d'indépendance (notamment s'il se liait d'une amitié Facebook avec un magistrat ou son client).

III. DÉONTOLOGIE ET MODERNITÉ : NOUVELLES SOLUTIONS, NOUVELLES PROBLÉMATIQUES

Avec le développement des nouvelles technologies, sont apparus de nouveaux outils tels que le Réseau Privé Virtuel des Avocats (RPVA). Internet est également un champ de possibles qui s'accompagne de nouveaux abus au sein de la pratique du métier d'avocat.

Maître Diemunsch rappelle ainsi que le RPVA est la communication informatique entre les avocats et les autorités judiciaires. Cette entrée du numérique dans les relations judiciaires est très cadrée parce que ce système relativement nouveau, et fragile, n'est pas totalement imperméable à l'intrusion d'un tiers. L'outil permet aussi de simplifier la procédure entre avocats et instaure une rapidité dans les échanges. Basé sur une règle de loyauté et sur le respect du principe du contradictoire, le mécanisme peut pourtant faire l'objet d'abus. Maître Diemunsch explique qu'il appartient à l'avocat de vérifier son usage de l'outil (délais, écritures mal adressées...) et d'appliquer les règles de déontologie au regard du RPVA. Cela est

² Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques

également véridique dans un autre domaine qui s'est développé récemment : la publicité de l'avocat. Celle-ci fait aujourd'hui encore l'objet de limitations puisqu'il est interdit à l'avocat de démarcher ou de solliciter des clients.

Pour Maître Moustardier, le RPVA est aujourd'hui dépassé par un nouvel outil : la téléprocédure administrative, mise en place par le Conseil d'État pour les juridictions administratives. Réelle évolution pour le contentieux, puisque désormais tout peut être téléchargé, il n'en reste pas moins que l'outil connaît une évolution à double vitesse. Les avocats ne sont pas obligés d'y recourir et l'administration peut refuser de l'utiliser. Maître Moustardier évoque également le *cloud* qui consiste en la dématérialisation et le stockage des données. Il attire particulièrement l'attention sur le fait que ces données sont stockées à l'étranger, le plus souvent aux États-Unis, et qu'il est susceptible qu'elles soient considérées comme étant propriété de l'État.

Maître Moustardier évoque aussi les difficultés rencontrées par le CNB dans la régularisation des abus qui émergent d'Internet. Il est nécessaire de contrôler la publicité faite par les milliers de sites ouvrant chaque année, de s'intéresser à ceux qui arrangent la réalité voire même utilisent une publicité mensongère. Les noms de domaines font également l'objet d'un contrôle renforcé puisqu'il est interdit d'utiliser des termes génériques. D'autres difficultés émergent par ailleurs. C'est le cas des faux annuaires référençant des avocats sans leur consentement ou renvoyant toujours aux mêmes praticiens. C'est aussi le cas de l'affichage des honoraires sur les premières pages de sites. Autant de problématiques liées au virtuel qui contreviennent directement à l'éthique de l'avocat.

Enfin, il existe une problématique qui inquiète particulièrement le CNB : des « braconniers » du droit qui, sous couvert ou non d'une réelle qualification, rendent des prestations juridiques alors même qu'ils n'y sont pas autorisés. Ainsi, de faux sites prétendant prodiguer des conseils juridiques à moindre coût apparaissent. Ils sont parfois gérés par une société commerciale (avec les logiques qui s'ensuivent, comme l'idée de *packaging* de services) ou par des personnes se faisant passer pour des avocats ou cabinets. Par ailleurs, certains avocats se retrouvent à vivre uniquement de ces sites et en deviennent *de facto* salariés, alors même que le partage d'honoraires est interdit dans la profession. Or, ces nouvelles problématiques du numérique amènent à la tromperie et à la déception forte du justiciable. Madame le Bâtonnier Féral-Schuhl insiste aussi particulièrement sur ce phénomène récent. Elle évoque l'émergence de sites calqués sur ceux des cabinets ou l'apparition de services *low-cost* de droit.

En conclusion, on retiendra les mots de Madame le Bâtonnier Féral-Schuhl selon lesquels :

« Si la déontologie reste et restera au cœur de la profession d'avocat, le mariage de celle-ci aux technologies conduit à un phénomène d'amplification des abus liés à la profession. Aligner son comportement dans le monde virtuel à celui dans le monde réel est peut-être le moyen le plus efficace de lutter contre ce phénomène et d'assurer à l'éthique une place pérenne au sein du métier d'avocat. »

FLORE MÉVEL

*Compte rendu de la conférence annuelle
CMS Bureau Francis Lefebvre - ASJP*

« Bring your own device »



Flore MÉVEL

Étudiante à l'École de Droit de
Sciences Po

Master Carrières judiciaires et
juridiques

L'Association des élèves et diplômés de Sciences Po (AJSP) et son partenaire le cabinet CMS Bureau Francis Lefebvre ont organisé une conférence le mardi 3 décembre 2013 sur les problématiques juridiques liées au phénomène du « Bring your own device » (ci-après BYOD). A cette occasion, a eu lieu la traditionnelle remise des pulls de l'École de Droit. Comme chaque année, cette cinquième édition a connu un véritable succès, avec plus de 150 participants.

Membres du cabinet CMS Francis Lefebvre, Maîtres Anne-Laure Villedieu, Prudence Cadio et Caroline Froger-Michon ont fait une présentation du BYOD, pratique consistant à utiliser ses équipements technologiques personnels (téléphones, ordinateurs portables, tablettes numériques...) dans un environnement de travail à des fins, entre autres, professionnelles. Cette méthode de travail pose assurément des questions épineuses en termes de sécurité de l'information, de sécurité des données et des relations entre employeurs et salariés. Cette conférence a donc été l'occasion d'analyser la frontière entre vie privée et sphère professionnelle dans un monde où l'on peut passer de l'un à l'autre en un *clic*. Elle a en outre mis en avant la difficile mais nécessaire conciliation entre la protection des données de l'entreprise et celle de la vie privée des salariés.

Le BYOD s'est développé suite à la démocratisation croissante des outils informatiques, des télécoms et de la hausse de la cybercriminalité. Terme issu de la langue anglaise, le BYOD a fait l'objet d'une traduction française par la Commission générale de terminologie et de néologie (CGTN) qui l'a traduit par l'acronyme AVEC « *apportez votre équipement personnel de communication* ».

Selon le cabinet CMS Francis Lefebvre, les bénéfices du BYOD peuvent paraître évidents (diminution du coût du matériel pour les employeurs, appropriation plus aisée pour le salarié...). Pourtant, force est de constater que nombreuses sont les directions des systèmes d'information

(DSI) qui ont renommé le BYOD « *Bring your own disaster* », ou « apportez votre propre désastre », en raison des risques importants que la circulation démultipliée de ces supports présente pour la sécurité des données de l'entreprise.

Tout l'enjeu du BYOD est de maintenir l'équilibre entre cette sécurité des systèmes d'information de l'entreprise et le droit au respect de la vie privée des salariés, lequel implique le libre usage de leurs outils personnels. Selon les intervenants présents lors de cette conférence, cet équilibre est difficile à trouver.

D'une part, la sécurité des données de l'entreprise est un enjeu essentiel pour préserver l'actif de cette dernière. Or, près d'une entreprise sur cinq a déjà été victime d'une tentative de vol : c'est pourquoi il est nécessaire de protéger les données de l'entreprise. Le droit encadre cette protection par des textes législatifs, à l'instar de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, qui impose un certain nombre d'obligations à l'entreprise en sa qualité de responsable de traitement des données.

Par ailleurs, le respect de la vie privée des salariés est un principe cardinal en droit positif qu'il convient de concilier avec le droit pour l'employeur de contrôler l'activité des salariés. Toutefois, un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 2 octobre 2001 prévoit que tout salarié a droit au respect de sa vie privée « *même aux temps et lieux de travail* ». Par conséquent, l'employeur ne peut pas interdire totalement un usage privé du matériel. L'employeur peut contrôler l'usage que font les salariés de ces NTIC dans la limite du respect de leur vie privée et du secret de leurs correspondances. Dans la législation actuelle, si les courriels sont identifiés comme privés, l'employeur a la possibilité de les consulter mais seulement en présence et avec l'autorisation du salarié.

L'ère du BYOD soulève de nombreuses questions en droit du travail faute de textes législatifs encadrant cette nouvelle réalité du monde professionnel. Ce développement peut s'apparenter à un vrai « *Big bang* ». La jurisprudence commence toutefois à esquisser un cadre juridique en transposant certains principes de l'ère pré-BYOD. Des décisions récentes en témoignent, comme l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 12 février 2013, arrêt dit « clé USB », précisant que « *dès lors que la clé USB est connectée à l'ordinateur, son contenu peut être consulté par l'employeur, en dehors de la présence du salarié si tant est que les dossiers qui la composent ne sont pas identifiés comme personnels* ».

Néanmoins, un encadrement juridique à part entière reste à créer. Si le BYOD venait à se développer davantage en devenant plus institutionnalisé, le législateur devra vraisemblablement légiférer sur les vides juridiques existants.

Actualités de l'École de Droit

♦ ÉCOLE DE DROIT

Vendredi 17 janvier 2014 : Forum des métiers du droit

Organisé à la Maison de la Chimie, le forum des métiers du droit a permis aux étudiants de l'École de Droit de rencontrer des avocats et directeurs de services juridiques d'entreprises dans la perspective de leur orientation.

Jedi 3 avril 2014 : Première de « *How I Met Your Lawyer* »

Intitulée « *How I Met Your Lawyer* », la nouvelle pièce de théâtre de l'École de Droit a connu un véritable succès. Ce spectacle a été intégralement écrit et interprété par la troupe des Drôles de Juristes composée d'étudiants de l'École de Droit : Médi Abkari, Sarah Aït Benali, Adrien Aulas, Adrien Bonnet, Marine Bonnaire, Marion Bruère, Marcellin Jehl, Pauline Marteau et Lucie Moirignot. Ce projet a été rendu possible grâce à l'engagement du metteur en scène Benoît Celotto.

♦ LES CABINETS

Mardi 12 novembre 2013 : Conférence « *ICDR Young & International : Conflicting Decisions in International Commercial Arbitration* »

L'École de Droit de Sciences Po a accueilli la conférence « *ICDR Young & International : Conflicting Decisions in International Commercial Arbitration* », organisée avec la *Queen Mary University of London*. Cet événement a réuni de nombreux cabinets d'avocats spécialisés en arbitrage international. Introduite par le Professeur Pierre Mayer (Dechert LLP, Paris), la conférence a été rendue possible grâce à la collaboration des cabinets Cleary Gottlieb Steen & Hamilton, Clifford Chance, et Proskauer.

Jedi 21 novembre 2013 : Présentation du cabinet Hogan Lovells

Dans le cadre du partenariat entre l'École de Droit et le cabinet Hogan Lovells, les élèves de l'École de Droit ont été conviés à une présentation des activités et des opportunités de carrières au sein du bureau de Paris de Hogan Lovells. Thomas Rouhette et Christelle Coslin, respectivement associé et collaboratrice senior au sein du département Contentieux et Arbitrage, ont notamment eu l'occasion de présenter la pratique des investigations, l'une des nouvelles missions exercées par les avocats auprès de leurs clients.

♦ L'ASSOCIATION DES JURISTES DE SCIENCES PO

Jedi 3 octobre 2013 : Conférence sur la déontologie de l'avocat face aux nouvelles technologies

L'Association des juristes de Sciences Po (AJSP) a organisé une conférence sur la déontologie de l'avocat face aux nouvelles technologies. Nous avons eu la chance d'accueillir Madame

Christiane Féral-Schuhl, Bâtonnier du Barreau de Paris de janvier 2012 à décembre 2013, ainsi que les avocats Alexandre Moustardier, Kami Haeri et Marc Diemunsch (coauteur de l'ouvrage *Déontologie de l'avocat* chez LexisNexis).

Lundi 14 octobre 2013 : Petit déjeuner avec Anne Barruol, magistrate

L'AJSP a organisé un petit-déjeuner autour d'Anne Barruol, Vice-présidente chargée de l'application des peines au tribunal de grande instance de Saint-Denis à la Réunion et magistrat depuis 1991. Madame Barruol nous a fait part de sa riche expérience au sein de la magistrature. Les discussions se sont essentiellement orientées vers l'évolution de la carrière de magistrat et des différentes fonctions de juge.

Mardi 5 novembre 2013 : Petit déjeuner avec Nicolas Cuntz, avocat et Xavier Jalai

Maître Nicolas Cuntz, avocat au cabinet Brandford Griffith en droit boursier et Xavier Jalai, chargé de mission à la Direction des Émetteurs de l'AMF sont venus échanger avec les étudiants de l'École de Droit autour d'un petit-déjeuner. Cette rencontre a été l'occasion pour élèves de discuter de leurs parcours ainsi que des types de carrières proposés au sein de l'AMF.

Vendredi 15 novembre 2013 : Petit déjeuner avec Zoé Royaux et Eddy Arneton, avocats

Zoé Royaux et Eddy Arneton, deux anciens secrétaires de la Conférence du Stage (promotion 2010), sont venus présenter leurs expériences respectives de jeunes avocats pénalistes. Cette rencontre a en outre été l'occasion de discuter de l'organisation, du fonctionnement et du rôle de la Conférence.

Lundi 2 décembre 2013 : Visite du cabinet EY Société d'Avocats

Partenaire de l'AJSP, EY Société d'Avocats a organisé dans ses locaux de la Défense une présentation du cabinet et de ses opportunités. Les avocats du cabinet ont eu l'occasion de présenter les carrières possibles dans de grandes structures telles que EY.

Lundi 2 décembre 2013 : Petit déjeuner avec Manon Papelier, élève de l'École nationale supérieure de police

Manon Papelier, Major de concours externe de commissaire de police (promotion 2013), est venue échanger avec les étudiants sur la préparation et l'organisation de ce type de concours. Ancienne élève de Sciences Po, elle a pu faire témoigner de son expérience au sein de l'École nationale supérieure de police.

Mardi 3 décembre 2013 : Conférence annuelle du cabinet CMS Bureau Francis Lefebvre sur les « problématiques juridiques du phénomène BYOD »

Partenaire privilégié de l'AJSP et de l'École de Droit de Sciences Po, le cabinet CMS Bureau Francis Lefebvre a organisé, cette année une conférence sur le phénomène BYOD (« *Bring Your Own Device* »), pratique consistant à utiliser ses équipements électroniques personnels dans un cadre professionnel. La traditionnelle remise des pulls de l'École de Droit de Sciences Po, offerts par le cabinet CMS Bureau Francis Lefebvre, a eu lieu à cette occasion.

Vendredi 14 février 2014 : Petit déjeuner avec Anne-Clémence de Foucauld, juge des tutelles

Anne-Clémence de Foucauld, juge des tutelles, est venue échanger avec les étudiants. Ancienne avocate, Mme de Foucauld a eu l'occasion de présenter les passerelles possibles entre la profession d'avocat et celle de magistrat. Elle a également répondu aux questions des étudiants sur le quotidien du métier de juge.

Vendredi 21 février 2014 : Petit déjeuner avec Ludovique Clavreul, avocate

Ce petit déjeuner, organisé dans les locaux du cabinet CMS Bureau Francis Lefebvre, a permis aux étudiants d'échanger avec Maître Ludovique Clavreul (ancienne élève de Sciences Po et désormais avocate en droit social) ainsi qu'avec Marie Morin (DRH en charge du recrutement des stagiaires du cabinet). Ce fut l'occasion pour les étudiants de discuter de recrutement et d'orientation.

Jeudi 27 mars 2014 : Petit déjeuner avec Hugo Diener, avocat associé

Ce petit-déjeuner organisé au cabinet Darrois, Villey, Maillot, Brochier a été animé par Maître Hugo Diener, avocat associé spécialisé en fusions-acquisitions. Les étudiants ont pu échanger sur la pratique du cabinet en ce domaine ainsi que sur les tendances du marché.

Mercredi 2 avril 2014 : Conférence de l'AJSP « Affaire Erika : le juriste face à la catastrophe »

En partenariat avec Sciences Po Environnement, l'AJSP a organisé une conférence-débat relative aux enjeux juridiques liés à l'affaire de l'Erika. À cette occasion, l'AJSP a reçu le Professeur Philippe Delebecque, professeur de droit à l'Université Paris I, ainsi que Maître Jean-Serge Rohart, avocat associé au sein du cabinet Villeneuve Rohart Simon & Associés.

♦ SCIENCES PI**Mardi 18 février 2014 : Conférence « *Mein Kampf*, le droit d'auteur en moins : un dilemme de liberté d'expression »**

La conférence a été l'occasion de présenter l'Initiative prévention de la haine (IPH), créée en prévention de l'entrée de l'ouvrage *Mein Kampf* d'Adolf Hitler dans le domaine public à la fin de l'année 2015. Cette initiative a pour objectif d'élaborer une charte dont les signataires s'engageraient à avertir, de manière pédagogique, de la présence et de la portée de contenus potentiellement haineux dans les textes qu'ils diffuseraient.

Jeudi 27 mars : Conférence « *Law And Economics for Civil Law Systems* »

L'association Sciences Pi a organisé une conférence sur le mouvement *Law & Economics*. Cette conférence a été présidée par Michel Vivant, en collaboration avec le Professeur Ejan Mackaay, Professeur émérite de droit à l'Université de Montréal, qui présentait son ouvrage pour lequel il a reçu le prix Vogel en 2013.

♦ LES CONFÉRENCES ACADÉMIQUES

Jeudi 3 octobre 2013 : Conférence « L'invention de la culture juridique française, entre diplomatie culturelle et culture de la guerre »

Frédéric Audren, chargé de recherche au CNRS, professeur associé et coordinateur scientifique à l'École de Droit, a animé un séminaire relatif à l'évolution des cultures juridiques en France depuis les années trente et les enjeux politiques, juridiques et scientifiques de l'émergence d'une « nouvelle culture juridique française » durant l'entre-deux-guerres.

Mercredi 9 octobre 2013 : Conférence « *Human Rights, Development, and the Quest for Social Justice : What is the Relationship?* »

En partenariat avec la *Paris School of International Affairs* (PSIA), l'École de Droit a organisé une conférence sur l'interaction entre justice sociale et droits humains à l'époque contemporaine. Cet événement a été présenté par Aryeh Neier, Président émérite de l'*Open Society Institute* et professeur invité par PSIA. La discussion a elle été animée par Jeremy Perelman, *assistant professor* à l'École de Droit.

Jeudi 17 octobre 2013 : PILAGG *Private International Law as Global Governance*

Le programme de recherche PILAGG a pour objectif d'attirer l'attention sur le rôle joué par le droit international privé dans la gouvernance globale. Le programme PILAGG, présenté tout d'abord à la *Harvard Law School* en 2011, a par la suite permis l'organisation de nombreux ateliers à l'École de Droit. Cette table ronde sur la question d'un renouveau des approches méthodologiques en droit international privé a réuni Catherine Kassedjian, Samuel Lemaire, Toni Marzal, Hélène Van Lith, Sabine Corneloup, Karine Parrot, Ferderico Lenzi, Diego P. Fernádes Arroyo et Horatia Muir Watt.

Les 28 et 29 octobre 2013 : Journées d'études internationales « le fait religieux en prison : configuration, apport, risques »

Ces deux journées d'étude, organisées par la Direction de l'administration pénitentiaire en partenariat avec l'École de Droit et avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice, se sont tenues sous le haut patronage de la Garde des Sceaux, Madame Christiane Taubira. Ces journées ont été l'occasion de débattre de la place des intervenants religieux dans les programmes mis en œuvre en milieu carcéral.

Jeudi 7 novembre 2013 : Séminaire doctoral « Le droit des manuels de droit, ou l'art de fermer les boîtes noires »

Le professeur Christophe Jamin, Directeur de l'École de Droit, a animé un séminaire doctoral sur les manuels de droit. En les approchant comme un genre littéraire, ce séminaire a été l'occasion d'échanger sur la vision du droit que véhiculent les manuels en France. En s'inspirant des travaux de Paul Feyerabend et Bruno Latour, cette rencontre a été l'occasion de renouveler l'approche critique de cette question.

Jeudi 14 novembre 2013 : Séminaire « *Global Governance and International Business : An Approach from International Human Rights Law ?* »

Le professeur Monica Pinto (*Dean and Professor, University of Buenos Aires Law School*) a présenté son travail au cours d'un séminaire sur la gouvernance globale. Elle a notamment discuté du passage d'un modèle diplomatique à un modèle de gouvernance globale.

Mardi 19 novembre 2013 : Conférence « Entreprise et droits de l'Homme : Réflexion sur la responsabilité juridique des multinationales »

Amnesty International a organisé une conférence sur le rôle joué par les entreprises dans la défense des droits de l'Homme. La discussion s'est axée sur le rôle plus spécifique que jouent les entreprises transnationales. Après une introduction de Jeremy Perlman, l'étude a été présentée par Fatima-Zahra Benfkira et Clara Gandin, diplômées de Sciences Po en 2013 et membres de la Clinique de l'École de Droit.

Lundi 25 novembre 2013 : Conférence « *the United Nations Commission on International Trade Law and its Role* »

Le magistrat Renaud Sorieul, *Secretary of UNCITRAL, United Nations Commission on International Trade Law*, a présenté l'UNCITRAL et le rôle important que ce dernier joue dans le développement de normes internationales.

Jeudi 28 novembre 2013 : Séminaire « L'étonnante naissance du droit de la concurrence aux États-Unis et en France »

Jean-Pascal Chazal, Professeur des universités à l'École de Droit et directeur de la spécialité « Entreprise, marchés, régulation », a profité de ce séminaire pour présenter une partie de son travail de recherches relatif au développement du droit de la concurrence. Ce travail devrait donner lieu à la publication prochaine d'un livre.

Vendredi 29 novembre 2013 : Journée d'études « 20 ans après la révolution de novembre, l'arrêt *Keck* de la Cour de justice de l'Union européenne revisité »

Cette journée d'études organisée par Sciences Po et l'Université Paris Est Créteil a été l'occasion de revenir sur l'arrêt *Keck* de la Cour de justice et la jurisprudence fortement débattue et contestée qui en a découlé. Les discussions se sont axées sur l'étude de l'avant, et de l'après *Keck*. La journée s'est conclue sur une réflexion sur l'avenir de cette jurisprudence et sa réelle portée.

Vendredi 29 novembre 2013 : Séminaire « La loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public face au juge européen des droits de l'homme : L'affaire *S.A.S. c. France* en questions »

Un séminaire réunissant Naima Bouteldja (journaliste indépendant), Éva Brems (Professeur à l'Université de Gand et député fédéral belge), Maxim Ferschtman (*Senior Legal Advisor, Open Society Initiative*) et Marie Mercat-Bruns (Maître de conférences au CNAM et professeur affilié à l'École de Droit) a notamment abordé les contours et les enjeux juridiques et sociétaux de cette requête visant à faire condamner la France.

Jeudi 9 janvier 2014 : Journée d'études de l'École doctorale

Cette journée d'études organisée en collaboration par le Centre de recherches critiques sur le droit, l'Université Jean Monnet Saint-Etienne et l'École de Droit, a été ouverte par Bruno Latour. Elle a été placée sous la responsabilité scientifique d'Olivier Leclerc (CNRS, CERCRIID, UMR 5137) et Frédéric Audren (CNRS, École de Droit/Centre d'études européennes). Les discussions ont porté sur les *sciences studies* et la recherche juridique.

Lundi 13 janvier 2014 : Présentation & discussion « OMPI Rapport mondial sur la Propriété intellectuelle 2013 »

Cette présentation-discussion autour du rapport mondial sur la propriété intellectuelle 2013 de l'OMPI a été présidée par le Professeur Michel Vivant. Sacha Wunsch-Vincent (co-auteur du rapport, OMPI), Laurence Joly (INPI) et Dominique Guellec (OCDE) ont également pris part au débat.

Jeudi 23 janvier 2014 : Conférence « L'expérience et l'effet dissuasif de la rétention administrative en France »

Cette conférence, organisée par la Clinique de l'École de Droit de Sciences Po, avec la participation de France Terre d'Asile, a été l'occasion d'aborder les questions soulevées par la rétention administrative et ses effets.

Mardi 28 janvier 2014 : Conférence « Bentham, Rights and Democracy by David Lieberman »

Le Groupe de recherche en histoire intellectuelle (GRHI) a organisé une séance conjointement avec le Centre Bentham (École de Droit de Sciences Po). David Liebermann (University of California, Berkeley) a présenté son travail à l'occasion de cette conférence.

Mardi 4 février 2014 : Conférence « *Constitutionalism, South Africa, and the Architecture of Mourning* »

Dans le cadre du projet de recherche CODEBENTHAM, qui associe l'École de Droit de Sciences Po, le Centre d'études et de recherche sur la littérature italienne médiévale, moderne et contemporaine de l'Université Paris III et le Centre de recherche sur l'action locale de l'Université Paris XIII, le Centre Bentham a invité E. S. Anker à présenter une conférence sur le thème « *Constitutionalism, South Africa, and the Architecture of Mourning* ». La discussion s'est orientée sur le rôle joué par la Constitution sud-africaine dans le processus de réconciliation du pays après l'apartheid.

Lundi 17 mars 2014 : Conférence « Cour des comptes américaine : « Checking the US Government's Efficiency & Effectiveness: The Role of GAO (Government Accountability Office) »

Cette conférence a été l'occasion d'accueillir M. Gordon, Associate Dean for Government Procurement Law à la faculté de droit de la *George Washington University*.

Lundi 17 mars 2014 : Conférence « *Exceptionalism in the US Law of International Arbitration* »

Franco Ferrari (*NYU Law School*), Alejandro Garro (*Columbia Law School* et *visiting scholar* à l'École de Droit), Horatia Muir Watt (École de Droit), Emmanuel Gaillard (École de Droit) et Diego P. Fernandez Arroyo (École de Droit), en tant que modérateur, ont débattu sur la question de la singularité des règles américaines de l'arbitrage international.

Jeudi 27 mars 2014 : Conférence « *Justice, médias et politique : connivence ou inimités ?* »

L'association des anciens de Sciences Po a organisé une conférence-débat sur les rapports entre justice, médias et politique. Ce débat a été introduit par Christophe Jamin et a été animé par Anne-Sophie Beauvais, directrice générale de l'Association des anciens de Sciences Po. Sont

intervenues à cette conférence Jean-Sébastien Ferjou, directeur de publication et cofondateur du site d'information Atlantico.fr ; Pierre-Olivier Sur, bâtonnier de l'Ordre des avocats de Paris ; Jean-François Achilli, éditorialiste politique à France Info ; et enfin Philippe Bilger, ancien avocat général à la Cour d'assises de Paris.

Mercredi 2 avril : Conférence « *Investissements agricoles à grande échelle : conséquences légales d'un phénomène global* »

Introduite par Jeremy Perleman, cette conférence a notamment abordé le rôle du droit en matière d'investissements agricoles à grande échelle, et du cas plus spécifique d'Herakles Farms au Cameroun.

Vendredi 4 avril : Conférence « Tous utilitaristes? Jeremy Bentham et les codificateurs anglais (XIXe) »

Cette conférence a été organisée dans le cadre du projet de recherche CODEBENTHAM, qui associe l'École de Droit de Sciences Po, le Centre d'études et de recherche sur la littérature italienne médiévale, moderne, et contemporaine de l'Université Paris III et le Centre de recherche sur l'action locale de l'Université Paris XIII.

Appel à contributions

Droit et nouvelles technologies

Ces deux dernières décennies, les innovations technologiques ont contribué à redessiner tant la nature que les modalités de nos échanges en créant, notamment de nouveaux espaces de libertés : leur intégration au sein de cadres institutionnels constitue par conséquent un vaste défi. Certaines solutions juridiques traditionnelles se sont en effet vues ébranlées par ces évolutions - la remise en cause de la propriété intellectuelle par le développement du téléchargement en fournit un bon exemple.

La croissance de la branche du droit consacrée aux nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) est représentative de l'une des ambitions notables du droit positif qui consiste à suivre, accompagner – voire anticiper – les changements sociétaux. Dans le sillage de la régulation d'Internet, les nouvelles pratiques nées du développement des nouvelles technologies ont été réglementées. Si d'aucuns considèrent ainsi le droit des NTIC comme victime de son succès, car trop rassembleur par la dimension très large des enjeux qu'il recouvre, il n'en reste pas moins que les problématiques qui en procèdent sont parmi les plus riches, complexes et intrinsèquement innovantes.

Dans une perspective transversale, le comité de rédaction de la Revue des Juristes de Sciences Po a donc décidé d'orienter le dossier thématique de son prochain numéro sur les enjeux juridiques des technologies de l'information et de la communication, et leur impact sur le droit des affaires, le droit public, le droit pénal ou encore le droit international.

Ainsi, les thèmes suivants pourront notamment faire l'objet de contributions :

- La régulation et la législation liées aux NTIC
 - La régulation des drones civils et militaires
 - Le cadre juridique de la géolocalisation
 - Les enjeux juridiques de l'économie du partage (*AirBnB*, *Uber*, etc.)
- La protection des données personnelles et de la vie privée
 - Mourir en ligne : la question de l'accès aux données des défunts
 - Les enjeux de droit privé et public liés au *BigData*
 - Les enjeux du *Cloud computing*
 - L'évolution du droit à l'oubli face à la mémoire informatique
- L'impact des NTIC sur le monde du travail
 - Le *BYOD*
 - Télé-travail
- La fiscalité du numérique

- Les effets des évolutions numériques sur la pratique du droit (célérité du procès, diminution des coûts de justice, preuves informatiques...)
- La neutralité du numérique
- Les problématiques de propriété intellectuelle
 - La protection des droits d'auteur
 - Les enjeux liés au téléchargement, au streaming et à l'impression 3D

Cette liste non exhaustive ne présente que quelques pistes de recherche. N'hésitez donc pas à nous proposer des thèmes de contribution différents, toutes les idées étant les bienvenues. Si vous souhaitez participer à ce numéro, vous pouvez nous contacter à l'adresse suivante :

revue.ajsp@gmail.com

Les propositions de contributions doivent être envoyées avant le 31 mai 2014.

Les articles dans leur version finale devront être envoyés avant le 31 juillet 2014.

Nous nous tenons à votre disposition pour toute information complémentaire et attendons avec impatience vos contributions.

Le Comité de Rédaction de la *Revue des Juristes de Sciences Po*.

LA REVUE DES JURISTES DE SCIENCES PO

**REVUE ÉDITÉE PAR L'ASSOCIATION DES ÉLÈVES ET DIPLÔMÉS JURISTES DE
SCIENCES PO (AJSP)
ISSN 2111-4293**

**27, RUE SAINT-GUILLAUME - PARIS
EMAIL : REVUE.AJSP@GMAIL.COM
SITE : HTTP://AJSP.FR**

**SUPERVISION SCIENTIFIQUE DU DOSSIER THÉMATIQUE :
JACQUES TERRAY**

**RÉDACTEUR EN CHEF :
PIERRE-AXEL ABERG**

**RÉDACTEURS EN CHEF ADJOINTS :
BAPTISTE GACHET
MATTHEW MORANTZ**

**COMITÉ DE RÉDACTION :
PIERRE-AXEL ABERG, GWENNAËLLE BARRAL, THOMAS CHANZY, VICTOR
CHARPIAT, BAPTISTE GACHET, ALEXANDRA HUSSON, FLORE MÉVEL,
MATTHEW MORANTZ, VINCENT REYBET-DEGAS, LORA VLAEVA**

**CITATION DE LA REVUE :
RDJscpo, n°9, Printemps 2014, p. x**