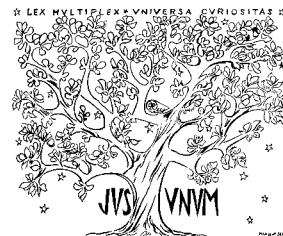


La Lettre du

CFDC

Centre français de
droit comparé



HOMMAGE À DENIS TALLON

Notre peine est immense.

Nous savions, certes, depuis de trop longues semaines, que son état de santé s'était lentement dégradé ; mais sans doute parce ce que nous ne voulions point l'admettre, nous gardions l'espoir que tout pourrait – avec le temps – s'arranger. Il s'est hélas éteint. C'était son heure, par une triste nuit ...

Nous nous connaissions, Denis et moi, depuis plusieurs décades. Il venait de passer l'agrégation. Je la préparais seulement. Une réception – chez Henri Solus - nous avait réunis. Nous contemptions lui et moi les frondaisons du jardin du Luxembourg sur lesquelles donnaient les vastes fenêtres de l'appartement du maître. Denis fêtait son succès. Je me préoccupais du mien, éventuel et lointain.

Nous nous revîmes quelques années plus tard, quand il était doyen de la Faculté de droit de Nancy et que, à l'invitation de Paul-Marie Gaudemet, j'avais été convié à faire quelques cours à l'Institut européen. Nous dinâmes un soir au restaurant, mais pas ensemble... Comme doyen, il traitait somptueusement un collègue étranger. Avec Paul Gaudemet, nous tâtions, à une autre table, du délicieux gibier du pays.

Nos parcours se séparèrent ensuite. Lui resta fidèle à Nancy. Quant à moi, je saisisais tant que je pouvais, les occasions de sillonner le monde. C'est à Paris que nous nous retrouvâmes élus, à quelques années d'intervalle, à la Faculté de droit. Tous les deux mariés... Mais on ne sut jamais si Denis était l'époux d'Hélène ou Hélène la femme de Denis. Il était entré dans une grande famille de juristes. Je calculais un jour que j'avais eu quand j'assurais la présidence de Paris II, six membres de cette illustre « tribu » comme ressortissants !

Denis Tallon, souriant mais sceptique, aimable mais prudent, volontiers désabusé ou critique mais jamais méchant, n'était point apparemment un homme qui se livrait facilement. Son regard perçant derrière ses éternelles lunettes, il déconcertait parfois. Mais quand on le connaissait bien, quel collègue attachant et exceptionnel ! Il avait toutes les vertus d'un grand universitaire. Il était d'une conscience professionnelle exemplaire, d'une probité intellectuelle sans défaut, d'une fidélité totale à l'Université. Il se trouvait toujours à votre disposition quand on avait besoin de lui.

Ce fut un grand honneur pour moi que de lui proposer de devenir – plusieurs années – le Directeur de l'Institut de droit comparé. Il s'imposait par ses qualités morales et intellectuelles. Dans la lignée des grands comparatistes tels que Marc Ancel, René David, René Rodière, André Tunc, il était devenu l'un des maîtres du droit comparé, sans qu'il en ressentit la moindre fierté ni la plus légère suffisance. N'oublions pas aussi qu'il fut un Président tout dévoué du jury du Prix de thèse du Centre.

Il détestait la brigue, le copinage, la servilité. Il fut toujours indifférent aux honneurs et aux décorations. Il lui suffisait de faire son devoir. Telle était sa mission.

Quand il atteint l'âge de la retraite, à l'heure de son dernier cours, Hélène me demanda si, comme le voulait une tradition ancienne, on ne pourrait point demander à ses collègues, de venir assister, en robe, à sa « dernière classe ». Ce que je fis immédiatement car il méritait amplement cette manifestation publique de l'estime et de l'affection de tous. Comme il était, simple, calme, sans aucune émotion visible, il fit son cours pendant une demi-heure seulement. Il avait accompli sa tâche en traitant, selon son habitude, avec objectivité et lucidité les dernières questions juridiques du programme. Alors, ayant plié ses notes, il s'adressa à son jeune auditoire en lui confiant que s'il avait présenté quelques problèmes avec conviction, ce n'était point parce qu'il y croyait sans réserve.... Et la preuve ? Il allait la leur livrer. Et il se mit à détruire une par une toutes les thèses à l'exposé desquelles il venait de se livrer... Son œil pétillait. De joie, de tendresse, de chagrin ?

Ne jamais jouer avec la vérité ! N'accepter aucune compromission, ne pas céder à la moindre concession. Défendre ses propres idées, quoiqu'il en coûte. Tel était Denis Tallon. D'autres collègues – spécialistes – décortiqueront son œuvre scientifique, ailleurs. Et c'est bien ainsi.

Hélène me confia un jour que Denis – jusqu'à la fin – s'intéressa au droit comparé, appréciait cette « Lettre » qu'il lisait fidèlement. À sa fidélité doit répondre la nôtre.

Que cette Lettre l'accompagne là où il est, avant qu'un jour nous nous retrouvions tous dans un monde que la justice habitera.

Jacques Robert

Sommaire :

Prix de thèses 2012

- 1er prix ex-aequo:
 - Entreprise responsable et environnement. Recherche d'une systématisation en droits français et américain, Pauline Abadie 2
 - Le contribuable et l'État. L'impôt et la garantie constitutionnelle de la propriété (Allemagne-France), Alexandre Mangillavano 4
 - 2^{ème} prix ex-aequo:
 - La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni, Thomas Perroud 5
 - Le problème de la liberté dans le constitutionalisme britannique, Céline Roynier 6
 - Annonces et Brèves
 - Vers une nouvelle relation Droit comptabilité : IFRS - Droit, Table ronde 30 mai 2013 8
 - Dernières publications de la SLC 8
 - Publications de Denis Tallon à la SLC 8



Les prix de thèse 2012 du CFDC

1er PRIX EX-AEQUO

Entreprise responsable et environnement. Recherche d'une systématisation en droits français et américain

Pauline Abadie

Parce qu'elle conduit à un accroissement considérable de la puissance des entreprises en même temps qu'elle réduit la capacité des États à les contrôler, la mondialisation économique engendre une redistribution des pouvoirs qui commande de repenser le statut et les responsabilités de l'entreprise.

Décrite en 1933 par le juge L. Brandeis de la Cour suprême des États-Unis comme le « monstre de Frankenstein », l'entreprise fait aujourd'hui l'objet de demandes et revendications croissantes, provenant de la Société civile mais aussi des gouvernements, visant à ce qu'elle assume davantage de responsabilités sociétales, et notamment environnementales.

Rendre l'entreprise *responsable* de son impact sur l'environnement. Faire participer l'entreprise à la protection de l'environnement en lui confiant de nouvelles *responsabilités*. *Responsabiliser* l'entreprise en l'amenant à intégrer les préoccupations environnementales dans la conduite de ses activités. Ces trois propositions ont des significations proches, se recoupent pour partie sans pour autant se valoir. Toutes incarnent, selon des combinaisons variables, la rencontre à laquelle donnent lieu les thèmes d'environnement, de responsabilité et d'entreprise. Responsable, responsabilité et responsabiliser, les formules se suivent mais ne se confondent pas. Elles révèlent surtout la grande richesse de toute réflexion menée à partir du concept de responsabilité.

La thèse pointe d'entrée toute l'ambiguïté du discours sur la Responsabilité Sociale des Entreprises (RSE), à la fois marqueur d'une responsabilité de l'entreprise, mais aussi outil d'éviction de cette dernière. Sujet de séminaire enseigné dans la plupart des *business schools*, la RSE s'est construite comme le « pré-carré » des gestionnaires, par définition à l'écart du droit. Or, en se lançant dans la voie de la RSE, les entreprises ont non seulement éveillé une certaine suspicion justifiant plus de transparence, mais elles ont en outre créé un « marché » de la RSE, et donc des besoins d'encadrement et d'harmonisation. Le processus est enclenché. Les responsabilités sociétales, et notamment environnementales, de l'entreprise se *juridicisent*. Se pose alors la question des formes que peut revêtir ce processus régulateur, et plus généralement des perturbations qu'il engendre sur et pour le droit. Cette thèse examine ces manifestations dans deux systèmes juridiques : romano-germanique et de *common law* ; et au-delà des dichotomies traditionnelles droit public/droit privé, défend une lecture globale et liante d'un système de « responsabilité-environnementale-de-l'entreprise » donnant corps à l'Entreprise Responsable.

Construire l'Entreprise Responsable suppose une déconstruc-

tion préalable. Cette dernière révèle que l'entreprise et l'environnement sont tous deux des lieux de pouvoirs ; pouvoirs inadéquatement pris en compte par le droit, mais surtout pouvoirs qui voient entre eux se tisser des relations. En pratique, il apparaît que ces lieux de pouvoirs se partagent entre deux espaces eux-mêmes séparés par une cloison étanche mais que l'analyse de l'Entreprise Responsable permettra justement de diluer. Dans une finalité didactique, le parti pris est alors de distinguer ces responsabilités selon qu'elles rencontrent l'autorité de l'État dans l'espace public ou celle du marché dans l'espace privé marchand. Sur la base de cette approche duale, il est alors permis de poser la question : l'analyse des manifestations juridiques de l'Entreprise Responsable peut-elle conduire au constat que dans l'espace public, l'intérêt général se privatise ; et qu'en retour, dans l'espace marchand, l'intérêt de l'entreprise se publicise ? Parfois en simple toile de fond, parfois directement confrontée, cette question constitue l'ossature de la recherche, sa problématique.

Dans l'espace public, l'entreprise est présentée comme un nouvel acteur « politique » de la protection de l'environnement. Dans cet espace, l'entreprise est une notion polymorphe. Elle peut être exploitant, pouvoir économique privé, groupe d'intérêts ou encore association professionnelle et commerciale, détenteur de déchets, éco-organisme, etc. De son côté, le concept de responsabilité implique d'examiner les nouveaux modes de conduite de l'action publique et de production des normes dans une démocratie de plus en plus délibérative où l'entreprise est devenue un acteur central de la protection de l'environnement. Avant d'examiner les formes juridiques que prend cette participation, puis d'interroger l'existence de garde-fous visant à s'assurer qu'à l'instar de tout acteur public l'entreprise est également tenue de rendre des comptes, la thèse s'attache à souligner la singularité de la problématique écologique elle-même. Abordée successivement sous un angle sociopolitique puis juridique, la problématique écologique se révèle une force de transformation et de concertation qui confère aux nouvelles responsabilités de l'entreprise une profonde dynamique régulatrice. Dans la première approche, l'examen de la manière dont la problématique écologique est construite puis communiquée *dans et par* le champ politique en France et aux États-Unis, conduit à deux formes de régulation distinctes plus ou moins conductrices des intérêts de l'entreprise. Dans la seconde approche, la problématique écologique s'analyse à l'aune d'une mutation de la décision publique, mais aussi de la conduite de l'action publique, qui est elle-même emblématique du passage du *gouvernement* à la *gouvernance*. Au moyen d'un détour par l'histoire constitutionnelle des États-Unis et de la France, la thèse examine les rapports qu'entretiennent l'État et les groupes ; c'est-à-dire toute formes corporatives allant des églises, aux universités, communes et collectivités locales, *trusts*, paroisses, associations et autres entreprises commerciales, dans leur poursuite commune de l'intérêt général, auquel est associée la protection de l'environnement.

Si la problématique écologique confère au sujet une dynamique régulatrice propre, il apparaît qu'en pratique, toujours dans l'espace public, ces nouvelles responsabilités varient selon que l'entreprise revêt l'habit de « gouverné » ou de « gouvernant ». Dans le premier cas, l'entreprise doit prendre part à la protection de l'environnement en raison de sa qualité de citoyen débiteur de devoirs mais aussi d'entité assujettie à des règles. Dans les deux traditions juridiques, la thèse présente chacun des fondements textuels et jurisprudentiels qui donnent corps à cette obligation. Dans le second cas, l'entreprise prend part à la protection de l'environnement via sa participation à la régulation juridique. Occupant une position de « régulateur » privé, elle partage avec les

autorités publiques un pouvoir de commandement des affaires communes. Contrat environnemental, éco-audit, droits de pollution négociables, etc. : quelle légitimité l'entreprise, mue par la recherche du profit, peut-elle avoir à gouverner aux côtés des autorités publiques ? Se pose alors la question du contrôle et de la nécessité que le droit des personnes privées destinées à exercer un pouvoir de régulation offre des mécanismes de responsabilité permettant d'assurer que ces nouveaux gouvernants agissent en toute transparence et puissent être amenés à rendre des comptes. Encore une fois, la démarche comparative se révèle des plus éclairantes car, à la différence de la France, les intérêts privés aux États-Unis ont toujours côtoyé, nourri et enrichi l'intérêt public. Ils sont même à la base du modèle d'État républicain. La longue tradition d'association des groupes à la poursuite de l'intérêt général, tout comme certains mécanismes de transparence garantissant l'exercice de contre-pouvoirs (type *due process*), dans un pays où l'État concilie plus qu'il ne dirige, offre un parallèle instructif pour appréhender cette gouvernance écologique naissante qui, dans les suites du Grenelle de l'environnement, illustre une manière plus collaborative de penser et conduire les politiques environnementales.

Si l'entreprise a réinvesti l'espace public, contrainte ou invitée à exercer un rôle plus politique, son « habitat » demeure fondamentalement celui de l'espace marchand. Sphère première de son intervention, l'espace marchand se compose essentiellement de deux types de marchés. D'une part, les marchés sur lesquels l'entreprise offre ses produits et services, et d'autre part, les marchés financiers où elle se fournit en capitaux. Ces deux marchés déterminent les deux grands champs d'action où se déploient les nouvelles responsabilités de l'entreprise dans l'espace marchand. Mais qu'il soit financier ou de biens et services, le marché se conçoit essentiellement comme un espace autonome, hermétiquement fermé et obéissant à ses propres lois. Or, dans la logique de marché, des thèmes comme la qualité de l'air et de l'eau, du climat, la richesse de la biodiversité, le respect des droits de l'Homme ou la dignité des travailleurs, etc. ont longtemps été considérés comme dépourvus de valeur marchande, et donc passablement ignorés. Au mieux, étaient-ils abordés sous l'angle des externalités, simples résidus du développement économique. Toutefois, depuis plusieurs années, certaines demandes en provenance de ces deux marchés se font de plus en plus pressantes pour que l'entreprise prenne en compte mais aussi rende compte des impacts sociaux et environnementaux qu'elle engendre.

L'intérêt d'un examen dans l'espace marchand consiste alors à observer comment des intérêts a priori étrangers aux acteurs économiques et qu'ils ne rencontrent que sous la forme de réglementations « externes » issues du droit de l'environnement, du droit du travail, du droit de la consommation, du droit de la concurrence ou encore du droit de la responsabilité, se sont progressivement intégrés au droit « interne » qui régit et organise les échanges marchands.

Dans l'espace marchand, le thème de la gouvernance écologique sus évoqué laisse place à ceux de Responsabilité Sociale des Entreprises (RSE), de *corporate governance* et de théorie des *Stakeholders*. Ces doctrines, et les règles qu'elles postulent rappellent ce passage du *gouvernement* à la *gouvernance* dans l'espace public qui s'illustre par des modes de conduite des politiques environnementales de plus en plus coopératifs et décentralisés. En effet, avec les démarches RSE, les règles de *corporate governance*, et les débats ravivés par la théorie des *Stakeholders* sur la notion juridique d'entreprise, l'imbrication d'intérêts conflictuels, non plus tant privés et publics qu'ici financiers et extra-

financiers, se poursuit. Comme dans l'espace public, il est alors question de leur conciliation, de leur traitement équitable, et donc de leur « gouvernance » au sens d'administration d'un pouvoir. Les mandataires sociaux sont en priorité concernés. Il pèse en effet sur eux toute une série d'obligations juridiques de rendre compte à des publics de plus en plus larges, mais aussi de s'assurer de la conformité des informations qu'ils diffusent, et pour les administrateurs, le devoir non seulement de s'informer mais encore de débattre des comptes, le tout, à la lumière d'une conception de la faute détachable qui connaît des assouplissements et invite le juge à réinvestir le champ de l'appréciation commerciale.

Dans l'espace marchand, la question des responsabilités sociétales de l'entreprise est donc inextricablement liée à celle de ce qu'est l'entreprise, en tant qu'entité distincte de la société personne morale, mais aussi au thème de la démocratie et à l'expression de contre-pouvoirs. Les réflexions menées dans le cadre d'une approche de l'entreprise de type *stakeholders* conduisent à délaisser les thèses personnificatrices de l'entreprise et des groupes de sociétés pour proposer une lecture de celle-ci comme le creuset d'une multitude d'intérêts qui ne seraient pas absorbés derrière un intérêt supérieur distinct, et que les dirigeants auraient pour mission d'arbitrer en justifiant de la prise en compte. Par ailleurs, les responsabilités sociétales de l'entreprise dans l'espace marchand sollicitent également le thème de la démocratie : actionnariale pour les marchés financiers, et sociale pour les travailleurs. Sur les marchés, la thèse soutient que seuls des investisseurs et apporteurs de capitaux impliqués en amont, c'est-à-dire ayant déclaré une politique et exercé leur droit de vote ou ayant pu formuler des propositions de résolutions aux assemblées, en somme ayant exercé pleinement leurs droits politiques en lien avec des questions extrapatrimoniales, peuvent conduire les émetteurs, en aval, à se responsabiliser. Pour porter les enjeux du développement durable, la prise de parole des salariés sur le lieu de travail est toute aussi essentielle. Dans « l'atelier », cette prise de parole connaît des manifestations singulières incarnées notamment par la figure du lanceur d'alerte, et se double d'une implication du salarié encouragée par sa meilleure formation aux questions écologiques et donc l'acquisition de compétences, qui se traduisent par une plus grande autonomie et donc une responsabilité personnelle accrue. Comme dans l'espace public, la question des responsabilités sociétales de l'entreprise dans l'espace marchand est donc essentiellement affaire de démocratie, de gouvernance et de responsabilité.

Le régime juridique de l'Entreprise Responsable dans les sphères publique et marchande en lien avec l'environnement peut-il tendre vers la construction d'un système ? Pour l'énoncer autrement, peut-on voir les frontières du triptyque : responsabilité, environnement et entreprise se diluer pour laisser place à une « responsabilité-environnementale-de-l'entreprise », phénomène global d'intégration, remarquable mouvement de fond se dessinant à la surface du droit ? En dépit d'incertitudes, cette thèse s'efforce de mettre en lumière l'unité et la cohérence d'un dialogue déjà bien entamé.

Maitre de conférences Université Paris-Sud
A paraître aux Editions Bruylant
pauline-marie.abadie@u-psud.fr



Le contribuable et l'État L'impôt et la garantie constitutionnelle de la propriété (Allemagne - France) Alexandre Mangiavillano

Le projet d'une étude juridique consacrée au rapport impôt-propriété part de l'analyse classiquement formulée selon laquelle l'obligation fiscale, en créant une dette pécuniaire à la charge du contribuable, constitue par nature une atteinte à sa propriété, pensée habituellement comme le prolongement de sa liberté. En contrepoint de cette analyse, la thèse veut démontrer que devant la Constitution, l'expression du droit de propriété en droit fiscal est subordonnée à la relation particulière qu'entretiennent le contribuable et l'État. Autrement dit, la question du rapport juridique impôt-propriété ne peut être posée et résolue sans la rapporter à la relation contribuable-État qui la structure et la précède. À cet effet, il a été nécessaire de conduire la démonstration dans une perspective de droit comparé, en privilégiant notamment le système juridique allemand qui, par son importance et sa précocité, a acquis au débat une véritable autorité.

Au travers la question de la garantie de la propriété, la réflexion conduite dans la thèse tend à montrer la *singularité* de la condition de contribuable au sein du système étatique. La problématique impôt-propriété se présente en effet sous un jour radicalement différent dès lors qu'elle est située *hors* l'État, et que le contribuable n'apparaît d'abord que dans son individualité. C'est que, *dans* l'État, au point de vue constitutionnel, le contribuable n'est pas seulement titulaire de droits qu'il peut faire valoir *contre* la puissance publique. Il est en même temps enserré dans la société et dans son fonctionnement. Participant le cas échéant à l'exercice du pouvoir, il est le membre d'une communauté sociale politiquement organisée : un citoyen au sens le plus fort. Cette singularité ne se retrouve pas dans le système de protection du Conseil de l'Europe, qui n'est à même de penser le rapport contribuable-État que dans le sens d'une divergence d'intérêts possible-ment conciliables, d'une séparation ou d'une extériorité, précisément parce que la Convention européenne n'a pour fonction que de défendre l'individu contre des ingérences publiques illégitimes. L'affaiblissement de la jurisprudence *Ferrazzini* de 2001 (par ex. arrêt *Ravon* de 2008), et le rayonnement qui l'accompagne de la patrimonialité du litige fiscal dans le contentieux de l'article 6-1 de la CEDH, ne manquent pas d'interroger la condition contemporaine de contribuable, c'est-à-dire la relation qu'entretiennent aujourd'hui, au moyen de l'impôt, l'individu et l'État. Au fond, par l'étude du rapport juridique impôt-propriété, la thèse peut très largement se lire comme une réhabilitation de la citoyenneté fiscale, chère aux hommes de 1789, et de la nécessité de l'impôt, intimement liée à la fonction sociale que les Constitutions assignent à l'État moderne.

La division opérée dans la thèse veut rendre compte non seulement de la *liaison* des deux questions impôt-propriété et contribuable-État, mais également de leur *implication* réciproque. La première partie de la thèse veut démontrer que la construction du rapport impôt-propriété n'a pu se réaliser, en France comme en Allemagne, que dans la figure du contribuable-citoyen. Sauf à négliger les bases constitutionnelles du droit fiscal, construites autour du consentement parlementaire et de l'intégration dans la communauté sociale, il n'est pas possible de se représenter le contribuable sur le principe d'un individu complètement extérieur à la communauté politique et à la société. L'obligation fiscale ne peut être pensée juridiquement et dans son objet comme une limite à la liberté individuelle.

Toutefois, dans un État de droit, l'inapplicabilité du droit de propriété doit être nécessairement assortie d'une exception dès lors que par ses effets, sortant alors du cadre normal d'un acte de citoyenneté, l'obligation fiscale revêt un caractère « confiscatoire », en ce sens qu'elle oblige le contribuable à céder une partie de ses biens pour l'acquitter. De la même manière, l'existence de la propriété, dont la conservation constitue depuis 1789 l'un des buts de la société politique, conduit à ce que des limites soient portées à son appréhension par le législateur fiscal. Cette problématique n'a jamais concerné, dans la pensée juridique comme dans la jurisprudence constitutionnelle, que principalement l'impôt sur la fortune. Revenant sur ses justifications et sa légitimité, pensées en Allemagne dès 1893 et tout au long du XXe siècle, la thèse tend à démontrer que tout en étant conforme à la Constitution, l'imposition synthétique du capital doit connaître certaines limites. En matière fiscale, l'effacement du droit de propriété ne signifie pas sa suppression, de la même manière que l'appréhension de la propriété ne signifie pas son abolition.

La seconde partie de la thèse, qui lui donne sa dynamique, veut confronter les enseignements dégagés aux controverses juridiques et aux évolutions contemporaines les plus fortes. À partir de l'expérience allemande de ces vingt dernières années, à laquelle le débat juridique français fait largement écho, il s'agit de montrer les implications et le danger qu'il y a à se représenter l'impôt sur



le principe d'une limite au droit de propriété. Mais aussi à trop contester la possibilité pour le législateur fiscal d'appréhender la propriété dans sa détention. Cette partie veut révéler la reconstruction à l'œuvre du droit fiscal, fondée sur une promotion d'un individu-contribuable extérieur à la collectivité, indisponible à l'expression de l'État social contemporain. Un contribuable qui finalement, par le biais des droits fondamentaux défensifs dont il est titulaire, ne serait qu'opposé à la puissance publique, que *contre* l'État. Concrétisée dans la jurisprudence allemande à partir de 1995, présente dans la pensée juridique française, cette promotion n'aboutit pas seulement à une relecture du droit constitutionnel fiscal. Elle y installe une rupture, en négligeant ce fait indépassable que dans l'impôt se joue l'appartenance de l'individu à une communauté sociale politiquement organisée. La thèse, en définitive, se propose d'éclairer cette question stimulante au cœur du droit public : celle des rapports du contribuable et de l'État, qui n'est jamais que celle de la signification, des fondements et de la légitimité de l'impôt dans l'État démocratique contemporain.

Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2013
Maître de conférences Université Lyon 3
alexandre@mangiaavillano.com

2° PRIX EX-AEQUO

La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni Thomas Perroud

L'objet de cette recherche est de comparer la manière dont les systèmes juridiques anglais et français conçoivent et encadrent la fonction contentieuse des autorités de régulation c'est-à-dire les pouvoirs de sanctions et de règlement des différends de ces autorités. Un paradoxe est apparu : alors que les deux pays conçoivent la fonction contentieuse de l'Administration de manière assez similaire, refusant traditionnellement de lui conférer des pouvoirs répressifs ou de règlement des litiges privés, la manière dont ces

pouvoirs sont mis en œuvre diffère radicalement. L'instance devant les autorités de régulation met en évidence deux modèles : un modèle managérial au Royaume-Uni et un modèle juridictionnel en France. De même, le contrôle de la fonction contentieuse des autorités sectorielles met face à face deux choix : celui de confier ce contrôle à une autorité experte outre-Manche à celui de faire confiance aux tribunaux généralistes en France. Il en ressort que ni le droit de l'Union européenne ni celui de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme n'ont produit l'unification promise.

L'émergence et le développement de la fonction contentieuse des autorités sectorielles correspondent à une évolution profonde du système juridique. Cette fonction est dotée de sources solides, tant en droit interne qu'en droit international ; elle se caractérise par une recherche de l'efficacité et marque le déplacement de centre de gravité du droit, de la défense de la liberté à la recherche de l'efficacité et de la concurrence.

Les systèmes juridiques anglais et français se caractérisaient en effet par une conception commune de la fonction contentieuse. Dans son volet répressif ou dans son volet de règlement des différends, l'Administration était traditionnellement exclue, au nom de la séparation des pouvoirs, du traitement de ces contestations. Cette digue a aujourd'hui cédé et il a donc paru important de comprendre les ressorts de ces évolutions générales et d'identifier précisément les contours de cette nouvelle fonction dans les domaines étudiés.

La recherche a ainsi permis d'identifier clairement les frontières de cette notion. C'est essentiellement au niveau de la fonction de règlement des différends qu'elle a permis de révéler l'ampleur du phénomène, qui n'est pas de grandeur égale entre les deux pays. La fonction de règlement des différends a pris en France une ampleur qu'elle n'a pas au Royaume-Uni qui a eu une approche beaucoup plus cohérente en cantonnant cette fonction aux services publics en réseau. En France en revanche, c'est d'abord dans le secteur du cinéma qu'elle s'est illustrée, avant de connaître une consécration dans le domaine des services publics en réseau et une extension dans l'audiovisuel et les mesures techniques de protection des droits de propriété intellectuelle.

L'essor de la fonction répressive des autorités administratives, en dehors de leur champ traditionnel, avec la consécration de la sanction pécuniaire, s'explique par les limites du droit pénal et, en Angleterre, par l'emprise du mouvement de l'analyse économique du droit. Le phénomène, la prédilection pour la répression administrative sont communs à la France et au Royaume-Uni.

L'identification d'un phénomène juridique ne pouvant trouver d'intérêt que dans des définitions stables, permettant ensuite de dégager un régime juridique spécifique, il a semblé nécessaire de fixer les critères de la fonction de règlement des différends. Si la définition de la sanction administrative en droit comparé pose peu de difficulté, étant donné les travaux de la doctrine et la jurisprudence abondante de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, celle de règlement administratif des différends est plus délicate. Il faut donc définir la fonction de règlement des différends comme un procédé de réglementation d'un contrat qui a pour but de résoudre un différend relatif à l'accès à un bien essentiel pour pouvoir exercer une activité économique.

Les causes juridiques qui permettent de rendre compte de la fonction de règlement des différends ont été aussi précisées. L'intérêt scientifique de la fonction de règlement des différends est de montrer qu'alors que la pensée libérale avait fait de l'État l'ennemi principal de la concurrence, les principes du droit privé (essentiellement du droit des contrats et du droit des biens) ont, dans les domaines en réseau, des effets anticoncurrentiels beau-

coup plus importants. C'est peut-être dans les effets anticoncurrentiels du droit privé que l'on peut expliquer le recours à la fonction administrative de règlement des différends. Et c'est à partir de là, nous semble-t-il, que l'on peut fonder une nouvelle fonction administrative de régulation. Les jurisprudences anglaise et française montrent bien que c'est le principe de liberté qui a dominé et encadré l'intervention de l'État et les rapports des particuliers entre eux. La fonction de régulation, comme institutionnalisation d'un ordre juridique de marché fondé sur la concurrence et non plus sur la liberté, et sa traduction en jurisprudence, permet de mettre en évidence la nouveauté de cette fonction administrative. Après avoir tenté d'expliquer le chaos sémantique qui entoure la notion — en montrant que la régulation après la justice, la police et le service public pouvait légitimement apparaître comme le nouveau mythe de l'État et comme la manifestation d'une nouvelle fonction économique et non plus sociale attribuée au droit — c'est à partir de l'analyse de la jurisprudence qu'il nous a semblé que l'on pouvait dégager la notion de régulation dont nous avons manifesté la nouveauté. La régulation est la marque que le problème du pouvoir, de sa limitation, concerne autant l'État que les entreprises privées, et que la grande affaire de la régulation aujourd'hui c'est la limitation du pouvoir privé, comme les ordolibéraux l'avaient bien vu, comme Michel Foucault¹ l'a magnifiquement exposé et Gérard Farjat² systématisé dans sa théorie du droit économique.

Mais la communauté entre la France et le Royaume-Uni s'arrête là, nous semble-t-il. Les sources, les raisons structurelles, les notions sont communes ; le régime de la fonction contentieuse dans sa phase de mise en œuvre et dans sa phase de contrôle met en évidence les différences profondes qui caractérisent chaque droit administratif.

Pourtant ce constat n'allait pas de soi. En effet, si l'on analyse tout d'abord la mise en œuvre de la fonction contentieuse des autorités sectorielles, de nombreux éléments plaident pour un rapprochement. D'abord, les principes de procédure administrative anglais et français, tous les deux d'origine jurisprudentielle, sont assez semblables. Ensuite, des sources externes communes dans le droit européen et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme plaideraient aussi pour un rapprochement. Pourtant il n'en est rien. Deux modèles différents se sont mis en place. Le modèle anglais peut adéquatement être décrit comme un modèle managérial, dans le sens où les garanties législatives devant l'autorité administrative indépendante sont minimales et que la transparence, le dialogue avec les parties prenantes sont au centre de cette fonction contentieuse. En ce sens, le modèle anglais renouvelle la conception traditionnelle de la fonction contentieuse et de la procédure administrative. Schématiquement, en droit comparé, la fonction contentieuse était caractérisée par le secret et la fermeture sur les parties en cause. Ici, les autorités sectorielles anglaises ouvrent largement leurs procédures aux tiers en faisant une utilisation forte des outils numériques comme Internet.

Tout oppose le modèle anglais, managérial, et le modèle français, juridictionnel. Il semble à présent acquis, au terme d'une évolution presque vieille de plus de vingt ans maintenant, depuis la décision « Conseil supérieur de l'audiovisuel » et les décisions du juge judiciaire, que la procédure devant les autorités de régulation s'est considérablement juridictionnalisée. L'apport du droit comparé et du recul du temps, désormais, est d'avoir montré le rôle décisif qu'a joué le juge judiciaire dans cette juridictionnalisation, surtout au niveau des garanties proces-



suelles et de l'impartialité

Nous avons tenté de montrer que le juge judiciaire, dont les décisions ont été beaucoup plus entendues que les décisions plus prudentes du Conseil d'État, loin d'appliquer l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits l'homme, applique en fait ses propres principes. Le fondement des solutions sur le rôle du rapporteur est plus à chercher dans le principe de droit pénal de séparation des fonctions, principe désormais explicitement cité par le juge civil, que dans l'article 6. Cette conclusion est confortée par toute une série de jurisprudences, sur le principe de personnalité des peines, où là aussi la Cour de cassation fait application du principe de droit pénal sans vouloir l'aménager, et surtout sur l'application du Code de procédure civile à la procédure devant l'autorité de la concurrence.

L'attribution du contrôle juridictionnel des autorités sectorielles au juge judiciaire a abouti à une négation et une relégation du caractère administratif des autorités administratives indépendantes.

Comment expliquer ces différences ? Nous l'avons dit, la juridictionnalisation, d'abord œuvre du Conseil constitutionnel, s'explique par le refus des juges et de la doctrine de reconnaître une autonomie et une légitimité à la fonction contentieuse des autorités sectorielles. Jurisprudences et doctrines anglaise et française ne peuvent être plus opposées. La doctrine anglaise, suspicieuse depuis Burke et Dicey quant aux droits de l'homme et à l'esprit de principe, est en revanche acquise à l'analyse économique du droit, qui a joué un rôle important dans la justification de la répression administrative. Ceci explique que la doctrine anglaise ne s'oppose pas au choix du législateur et à l'attribution d'une fonction contentieuse à l'Administration alors que la doctrine française, depuis au moins les années quatre-vingt-dix, n'a cessé d'en critiquer le principe.

Plus fondamentalement aussi, ces oppositions s'expliquent par des changements de système juridique, le droit anglais restant encore fidèle à la souveraineté de la loi, encore largement incontestée, sauf par le droit européen et par une permanence : le refus des juges de connaître des problèmes de l'Administration. Pour les juges anglais, l'Administration est un autre monde, dans lequel ils ne peuvent interférer qu'à la marge.

Les mêmes différences se retrouvent au stade du contrôle de la fonction contentieuse, du contrôle de légalité et de l'engagement de la responsabilité des autorités sectorielles. On constate en effet, alors que le droit administratif français a été fortement influencé par la Convention européenne dans l'augmentation de l'intensité du contrôle, que le *judicial review* reste, lui, même si on perçoit une augmentation de l'intensité du contrôle dans certains domaines, un contrôle restreint. Pour approfondir l'analyse et expliquer pourquoi le droit anglais confie le contrôle de l'Administration à des organes spécialisés, les *tribunals*, il a semblé nécessaire de comprendre les différences entre les deux contrôles. Le recours pour excès de pouvoir et le recours en *judicial review* partagent certains points communs : par exemple, ce sont des recours objectifs, des recours qui n'ont intégré que tardivement le contrôle de proportionnalité, sauf dans le domaine des libertés publiques. En dehors de ces caractères les fondements sont différents (la légalité dans un cas, la compétence dans l'autre), ainsi que les moyens (l'erreur de fait ne fait toujours pas partie, ou indirectement du contrôle de légalité en Angleterre) ; les pouvoirs du juge de common law sont traditionnellement beaucoup plus étoffés, incluant depuis toujours l'injonction ; enfin, la procédure accusatoire du juge de common law explique, pour la doctrine, la limite dans le contrôle.

Ces différences permettent de comprendre pourquoi le contrôle de légalité de la fonction contentieuse des autorités sectorielles a

été confié, au Royaume-Uni, à une juridiction spécialisée, faite de magistrats et d'experts, le *Competition Appeal Tribunal*, là où la France a gardé sa confiance dans ses magistrats, même s'il s'agit, pour une part de magistrats judiciaires.

Il ressort de la comparaison du travail du juge judiciaire par rapport à son homologue anglais, ou à celui du juge administratif, que la Cour d'appel de Paris, en matière de recours contre les décisions de règlement des différends, n'a pas su maîtriser son contrôle et remplacer avantageusement le juge administratif. La Cour ne maîtrise pas son degré de contrôle, son pouvoir de réformation, et l'autorité administrative ne jouit pas devant elle d'un statut conforme à ce que requiert le droit européen. Le droit européen est venu préciser en effet qu'en droit de la concurrence, le principe d'effectivité imposait que l'autorité administrative soit une partie devant l'instance de recours. Or, le statut de l'autorité sectorielle devant la Cour d'appel de Paris et devant la Cour de cassation ne répond pas à ce standard. De surcroît, la comparaison entre le Royaume-Uni et la France montre que la procédure accusatoire est mal adaptée à un contentieux de nature administrative.

Si le contrôle de légalité semble, par la mise en place du *Competition Appeal Tribunal*, plus satisfaisant au Royaume-Uni, l'engagement de la responsabilité des autorités sectorielles, même s'il continue à obéir dans le cadre de la fonction contentieuse à un régime de faute lourde, est plus avantageux en France. Ce résultat ne s'explique pas, selon nous, par l'existence d'un dualisme juridictionnel en France, mais par des fondements de la responsabilité qui traverse droit public et droit privé. C'est le rejet par la France de la théorie de la relativité aquilienne, théorie appliquée en Allemagne et en common law, qui explique les différences de solutions et la difficulté à engager la responsabilité administrative au Royaume-Uni. Cette théorie empêche la mise en cause de l'Administration au Royaume-Uni car il implique de rechercher l'intérêt protégé par la norme et la volonté du législateur, ce qui n'est pas le cas en France en droit public.

¹ V. M. Foucault, *Naissance de la biopolitique*, Paris, Gallimard, Seuil, 2004, pp. 113-118.

² V. G. Farjat, *Pour un droit économique*, Paris, P.U.F., 2004, p. 54 et s. et 68 et s.

Dalloz, coll. Bibliothèque des thèses, 2013
thomas.perroud@mail.com

Le problème de la liberté dans le constitutionalisme britannique Céline Roynier

Envisager *la liberté* dans le cadre d'une étude de droit comparé des libertés fondamentales sous la forme d'un « problème » et sous un angle très général peut paraître à première vue surprenant. Cette approche prend tout son sens lorsqu'elle est replacée dans le cadre de la constitution britannique. Du point de vue de la protection européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, le Royaume-Uni adopte une attitude pour le moins radicale : les condamnations régulières dont il fait l'objet par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, la menace qu'il profère de se retirer du Conseil de l'Europe ainsi que la récente conférence de Brighton de 2012 sont autant de symptômes de ce radicalisme. Du point de vue interne, l'actualité constitutionnelle britannique est marquée depuis les années 1960 et de manière

encore très vivace par le débat portant sur l'adoption d'une déclaration écrite de droits spécifiquement britannique, qui oppose les tenants de la tradition de la *common law* et les partisans d'un tel projet.

La liberté demeure en conséquence une question non résolue en droit constitutionnel britannique alors que les cultures juridiques continentales la considèrent généralement et au moins temporairement comme conceptuellement résolue. Il est en effet communément admis que les déclarations de droits de l'Homme sont sous-tendues par un certain individualisme – l'individu est fondement et destinataire des droits – et par une philosophie des droits subjectifs. Or, c'est précisément sur cette philosophie des droits individuels et des droits subjectifs que semble acheminer la culture juridique britannique et ceci vient expliquer, du moins en partie, le radicalisme de cette culture juridique sur la question des libertés. Pour autant, le Royaume-Uni a été le premier État à signer la Convention Européenne des Droits de l'Homme, les « *Human rights* » y sont protégés et la conception de la liberté généralement acceptée par les Britanniques. Comment dès lors expliquer ce qui se présente ici comme un paradoxe ?

C'est à ce stade que parler de la liberté plutôt que des libertés n'est pas anodin : il existe une unité extrêmement forte de cette liberté dans le droit constitutionnel britannique et cette unité est à relier à la *common law*, matrice d'une culture juridique de la liberté. Il convient dès lors d'envisager la *common law* non seulement comme « un corps de droit » mais aussi comme « une tradition d'enseignements et de décisions » et plus largement comme un « état d'esprit »¹. Dans cette culture juridique, les libertés sont protégées par la liberté, c'est-à-dire par un droit en quelque sorte imprégné de liberté. Les références à cette protection ancienne des libertés par la *common law* se retrouvent encore aujourd'hui dans les affaires mettant précisément en cause la liberté politique. C'est le cas par exemple de l'affaire qui portait sur la falsification des comptes de certains membres de la Chambre des Communes. La question de savoir si ces parlementaires pouvaient être jugés par une autre juridiction que le Parlement est en partie résolue par la référence au *Bill of Rights* 1689 (art. 9)². Cela est aussi vrai d'une autre décision : l'affaire *R (On the application of Bancoult) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* du 22 octobre 2008³ relative à l'étendue de la prérogative royale sur l'une des îles de l'archipel des Chagos et aux droits de ses habitants. Dans cette affaire, c'est directement à la Grande Charte de 1225 qu'il est fait référence (clause 29). Cette conception d'une liberté intrinsèquement juridique ou d'un droit qui serait intrinsèquement un droit de la liberté a jailli de la manière la plus élaborée dans la grande doctrine parlementaire anglaise du dix-septième siècle. Ce n'est alors qu'en explorant ces sources (débat parlementaire et lois) ainsi que les grandes affaires de l'époque que l'on est amené à découvrir que, dans cette période antérieure aux révolutions du 18^e siècle et au constitutionnalisme, et parce qu'ils n'en avaient pas les outils conceptuels nécessaires, les juristes anglais du 17^e siècle, en ne répondant pas théoriquement à cette question de la liberté, ont en réalité placé ce problème au cœur de leur constitution. Cette question de la liberté apparaît alors comme l'élément dynamique de la constitution britannique et ce n'est finalement que par une redéfinition permanente de la *common law* elle-même que cette question trouve – toujours temporairement – une solution.

La question de la liberté qui s'est posée au dix-septième siècle a été principalement celle de la détention arbitraire d'un sujet – concrètement de l'emprisonnement sans cause démontrée par les agents de la Couronne (*Habeas corpus*). Pour y répondre, la *common law* s'est redéfinie en deux temps, par deux vagues succes-

sives de politisation du droit. La première vague de politisation a consisté à faire de la *common law*, du droit fondamental, c'est-à-dire un droit commun à tous. Ce travail effectué par les juristes à travers la réinterprétation de la Grande Charte de 1215, l'utilisation de slogans récurrents tels que « *The Law common to all* » ou encore de l'association de la *common law* à la liberté a permis de produire l'unité du droit et donc de la liberté décrite plus haut. C'est ainsi que les juristes anglais de l'époque ont tissé un réseau terminologique ayant pour son centre la liberté à partir d'expressions que nous retrouvons encore en droit positif telles que celles de *due process of law*, *law of the land*, *birthright of englishman*, la *property*, le *fundamental law* ou plus généralement le *right*.

La seconde vague de politisation, seconde historiquement mais réinvestissant la première, a permis quant à elle d'élaborer des moyens d'individualisation de la liberté décrite plus haut et d'institutionnaliser cette protection de la liberté. Les juristes à cette époque avaient alors à disposition un éventail argumentatif assez large. L'ancrage de la liberté au droit pouvait se faire de différentes manières : grâce à l'argument ancien et traditionnel du



privilege appuyé sur l'idée que le sujet anglais bénéficie d'un droit spécial justifiant qu'il ne puisse être emprisonné sans cause démontrée. L'immunité du sujet anglais est aussi une idée qui se retrouve dans les grandes affaires portant sur des questions d'*habeas corpus*. L'alternative du privilège et de l'immunité sont des arguments qui sont encore utilisés par les juges américains lorsque la liberté est en cause dans une affaire portant sur la nature du droit de port d'armes du Second Amendement à la Constitution américaine⁴. Corrélativement, la figure individuelle du

juge et non plus la Cour, émerge petit à petit et les vieux standards de contrôle juridictionnel s'appliquent de plus en plus à ce qui est déjà désigné par le terme de pouvoir exécutif. C'est à la toute fin du dix-septième siècle que se clôt un cycle de la *common law* et de la liberté puisque l'époque s'achève sur la reconnaissance et la formalisation par les grands textes tels que l'*Habeas Corpus Act* (1679) ou encore le *Bill of Rights* (1689) de ce travail effectué par les *common lawyers*.

La conception anglaise de la liberté est donc limitée dans sa dimension de protection des droits et libertés individuels et elle a été incapable de faire émerger un peuple « anglais » comme organe constitutionnel. La *common law* est en effet limitée à cet égard par ses ressorts intrinsèques et par son incapacité à envisager l'individu à la fois comme l'auteur et le destinataire du droit. Mais cette conception anglaise des droits fondamentaux existe, elle plonge ses racines dans l'histoire constitutionnelle anglaise du XVII^e siècle et est demeurée matricielle puisque l'on retrouve des traces de cette dernière dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 à travers, par exemple, la reprise d'une partie de la triade d'origine anglaise *life, liberty, possessions* : « Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne » (art. 3 DUDH).

¹ R. Pound, « What is the Common Law ? », *The University of Law Chicago Review*, vol. 4, n° 2, (Feb. 1937), p. 176-189, p. 181.

² *R. v. Chaytor and others* [2010] UKSC 52, §28.

³ [2008] UKHL 61.

⁴ *McDonald v. City of Chicago* 130 S.Ct. 3020 (2010).

Annonces

Table ronde du Centre français de droit comparé

Vers une nouvelle relation Droit - Comptabilité IFRS - Droit

Ernst & Young – 30 mai 2013

Aujourd'hui, les normes comptables internationales tendent à représenter économiquement l'entreprise à travers sa situation financière, sa rentabilité et ses flux de trésorerie sans chercher à se raccrocher ou à se connecter à la situation de l'entreprise au regard du droit. La comptabilité n'est donc plus l'algèbre du droit. Est-il alors surprenant que ces normes, dont l'application se généralise en Europe, fassent peur ? Devant ce constat d'actualité, le juriste ne peut que s'interroger sur la pertinence de certaines solutions du droit des sociétés tandis que le comptable est conduit à se demander si la comptabilité de demain sera encore juridique.

Coordonnée et présentée par le professeur François Pasqualini (Paris-Dauphine), cette table ronde étudiera successivement : 1. *Comptabilité et droit fiscal* : - Anne Colmet-Daâge, (Ernst & Young) ; 2. *Comptabilité et droit des sociétés* - Le droit comptable européen: un état des lieux, David Burbi (Luxembourg); - Qualification comptable et qualification juridique à l'heure des IFRS, Yvan Stempniewsky (Bruxelles); - Les risques de la juste valeur et les vertus de la prudence, Jérôme Haas (Paris); - La relation entre les normes comptables et le système du capital social: l'expérience du droit italien, des problématiques transposables à la France ?, Mario Notari (Milan); 3. *Perspectives*, Jacques Richard (Paris-Dauphine).

Renseignements et inscriptions auprès du CFDC
emmanuelle.bouvier@legiscompare.com



Centre français de droit comparé

28 rue Saint-GUILLAUME
75007 Paris

Téléphone : 01 44 39 86 29

Fax : 01 44 39 86 28

Messagerie : cfdc@legiscompare.com

Brèves

SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE Dernières publications

Collection : Centre français de droit comparé

vol. 15 : *Les conflits d'intérêts : fonction et maîtrise*
février 2013, 404 p.

ISBN: 978-2-36517-015-4 38€

Collection : Trans Europe experts

vol. 7: *Les jeux en ligne en France et en Europe, Quelles réformes trois après l'ouverture du marché ?*

M. Behar-Touchais, J. Rochfeld et A. De Guillenchmidt-Guignot

Mars 2013, 640 p.

ISBN 978-2-36517-016-1 28 €

Pour toute commande s'adresser à la

Société de législation comparée

Christine Zamora : Fax 33 (0)1 44 39 86 28

E-mail : christine.zamora@legiscompare.com

www.legiscompare.com

Publications de Denis Tallon à la SLC

Mélanges en l'honneur de Denis Tallon D'ici, d'ailleurs:

Harmonisation et Dynamique du droit

octobre 1999, 362 p.

ISBN 2-908199-13-0 47,78 €

Collection: Droit privé comparé et européen

vol. 2 : Principes du droit européen du contrat

Préparé par G. Rouhette

avec I. de Lamberterie, D. Tallon, Cl. Witz

novembre 2003, 655 p.

ISBN 2-908199-27-0 29€



DIRECTEUR : JACQUES ROBERT RÉDACTION : ALIETTE VOINNESSON ISSN 1150-8981