EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, FLORENCE

DEPARTMENT OF LAW

EUI Working Paper **LAW** No. 2005/06

**Gouvernance et responsabilité
des régulateurs privés**

FABRIZIO CAFAGGI

BADIA FIESOLANA, SAN DOMENICO (FI)

All rights reserved.
No part of this paper may be reproduced in any form
without permission of the author(s)

© 2005 Fabrizio Cafaggi
Published in Italy in May 2005
European University Institute
Badia Fiesolana
I – 50016 San Domenico (FI)
Italy
www.iue.it

GOUVERNANCE ET RESPONSABILITÉ DES REGULATEURS PRIVES

Fabrizio Cafaggi

Professeur à l'Institut Universitaire Européen
(fabrizio.cafaggi@iue.it)

Abstract: The changes of the European regulatory space propose new questions concerning the identity and the liability of regulators. The increasing use of self-regulation, co-regulation and delegated self-regulation in different fields have empowered private regulators. They have been playing an increasing strategic role in defining the features of market regulation and integration at European and national level. To ensure effectiveness and accountability of these regulatory strategies a European coordinated regime of conflict of interest and liability becomes crucial. This essay focuses on liability of private regulators for (1) failure to regulate or (2) failure to control regulatees' compliance and for defective regulation and control. A set of principles concerning liability of private regulators should be tailored, paying attention to field specificity. The analysis suggests that there should be a significant difference between liability regimes concerning pure private regulators and those related to private regulators acting within a coordinated framework of co-regulation and delegated self-regulation. Furthermore it is claimed that a stronger correlation between models of regulation (i.e command and control, responsive regulation, market incentives) and models of liability is needed while today's national legal systems mainly associate liability regimes to the organizational model of the private regulator (association, foundation, company, consortium etc.). The design of liability regimes for private regulator should combine the regulatory model and the governance structure so as to guarantee compliance of regulatees and accountability towards third parties. The article concludes with a research agenda concerning the blurring relationship between standard setting and monitoring and its influence on the liability aspects.

1. Nouvelles formes de régulation et rôle de la responsabilité du régulateur privé - 2. La responsabilité des régulateurs privés dans le nouvel espace de régulation - 3. La structure du processus régulateur et ses répercussions sur les systèmes de responsabilité des régulateurs privés - 4. Nature d'entreprise du régulateur privé, pouvoir discrétionnaire et responsabilité - 5. Responsabilité et contrôle juridictionnel des régulateurs privés : quel rapport doit-il exister pour obtenir l'équilibre ? - 6. Modèles de régulation et systèmes de responsabilité des régulateurs privés - 7. La responsabilité du régulateur privé: structure et fonctions - 8. Responsabilité pour défaut de régulation et pour régulation défectueuse (I) - 8. 1. Les obligations de réguler des régulateurs privés et les systèmes de responsabilité - 8. 1. 1. Défaut de régulation par le régulateur privé - 8. 1. 1. 1. Responsabilité pour défaut de régulation et distinction entre différents types de régulation privée - 8. 1. 1. 2. a) L'activité de régulation privé constitue une condition de licéité de l'activité de régulés. - 8. 1. 1. 3. b) L'activité de régulation ne constitue pas une condition de licéité de l'activité du régulé mais son défaut d'exercice peut porter préjudice aux régulés potentiels ou aux tiers. - 8. 1. 1. 4. c) La régulation privée rend illicite, en la prohibant, une activité autrement licite - 8. 1. 1. 5. Les recours 'internes' ou intra associatifs et les mesures juridictionnelles pour défaut de régulation - 8. 1. 1. 6. Les mesures juridictionnelles et les limitations du pouvoir juridictionnel sur les régulateurs privés - 8. 1. 2. Responsabilité pour régulation illégale et inadéquate. Réflexions introductives - 8. 1. 2. 1. Régulation illégale et abus de pouvoir de régulation - 8. 1. 3. Spécificité du cas de responsabilité pour régulation inadéquate - 8. 2. Responsabilité pour défaut de contrôle des régulateurs privés (II) - 8. 2. 1. Les mesures contre le défaut de contrôle et le contrôle fautif du régulateur privé - 9. Réflexions conclusives.

1. Nouvelles formes de régulation et rôle de la responsabilité du régulateur privé

La réflexion concernant les nouveaux modèles de régulation et leurs implications pour la gouvernance met à nouveau en question le paradigme classique de la distinction entre sphères juridiques publiques et privées, entre régulations publiques et privées et donc entre droit administratif et droit privé¹. Ces modèles posent des interrogations sur la légitimité des régulateurs au regard du fondement juridique du pouvoir de régulation (législatif ou contractuel), mais aussi des modalités d'exercice de ce pouvoir, des limites qu'il rencontre, des contrôles, juridictionnels ou non, auxquels il fait face.

Les changements de modèles ont promu l'effectivité de la régulation à travers une réglementation appliquée soit par le biais de la responsabilité juridique soit par des mécanismes de mise en cause de la responsabilité sociale. Dans le domaine de la responsabilité juridique, le rôle des juges est particulièrement important². Ce rôle a été modifié de telle sorte que, au lieu de contrôler simplement l'activité de régulation, le juge peut coopérer (souvent) de différentes manières avec le régulateur dans l'intérêt des régulés³.

*A paraître Revue internationale de droit économique, 2005, n. 2.

Merci à Federica Casarosa pour la traduction, à Djalila Boumezbeur et Anne Elisabeth Courrier pour la révision linguistique qui nous a donné la possibilité d'engager dans un important travail comparatif, à Mimmo Sorace et Jacques Ziller pour les discussions et suggestions sur le sujet de l'article, à Hanns Ullrich pour les commentaires. Cependant les idées exprimées n'engagent que l'auteur

¹ C. Parker et J. Braithwaite, *Regulation*, in P. Cane et M. Tushnet (ed.), *Handbook of legal studies*, OUP, New York, 2003, 125; M. Dorf et C. Sabel, *A constitution of democratic experimentalism*, 98 Col. L. R., p. 267.

En référence au système français, voir M. A. Frison Roche (ed.), *Les régulations économiques - Légitimité et efficacité*, vol. 1, et Id., *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Pol. - Dalloz, vol. 2, 2004. Cfr. aussi les essais contenus dans la Revue française d'administration publique, vol. 109, *Régulation, Nouveau Modes ? Nouveau territoires ?*, 2004.

Dans le contexte nord-américain, voir R.B. Stewart, *Administrative Law in the twenty-first century*, 78 NYULR 437 ff., J. Freeman, *Private parties, public functions and the new administrative law*, Adm. L. R. 2000, vol. 52, p. 813.

Dans le contexte anglais D. Oliver, *Common values and the public-private divide*, Butterworths, 1999, M. Taggart, *The peculiarities of the english : Resisting the Public/private law distinction*, in *Law and Administration in Europe. Essays in honour of Carol Harlow*, P. Craig et R. Rawlings Eds, Oxford University Press, 2003, p. 107 ss.

Dans le contexte italien S. Cassese, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, RTDP, 2004, 901, p. 909 s., Id *La crisi dello stato*, Bari, Laterza, 2002.

² Sur le rôle des juges dans la régulation économique française M. Collet, *De la consécration à la légitimation. Observations sur l'appréhension par le juge des autorités de régulation*, p. 41; F. Dupuis Toubol, *Le juge en complémentarité du régulateur*, p. 132, in M. A. Frison Roche, *Les régulations économiques*, cit. En général M. Collet, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, t. 233, 2003.

Sur le rôle des juges dans la régulation italienne voir F. Merusi, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, Dir. Amm. 2002, p. 181 ss.

En général P. Craig, *Administrative Law*, fifth ed., OUP, New York, 2003, P. Cane, *Administrative law*, fourth ed. Clarendon, OUP, New York, 2004.

³ Voir sur le sujet en général C. Sabel et W. Simon, *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*, 117 Harvard L.R., 2003, p. 1015 ss.

Parfois, sont appliquées aux régulateurs privés certaines règles du droit administratif, ou certaines règles du droit civil interprétées fonctionnellement pour poursuivre le but réglementaire. Les distinctions principales se réfèrent d'un côté à la nature du régulateur de l'autre et plus fréquemment, à la nature de l'activité de régulation⁴. Cet article a donc pour objet de rendre compte de la nécessité d'une redéfinition critique des frontières entre droit public et droit privé sur le sujet de la responsabilité des régulateurs privés⁵.

Les frontières du droit administratif et leur application aux régulateurs privés selon différentes formes et différents systèmes juridiques ont été étudiés depuis longtemps⁶.

Simultanément, que ce soit au niveau européen ou au niveau national, on assiste à un accroissement de la prise de conscience de la capacité régulatrice du droit privé de même qu'au développement de l'autorégulation⁷. La régulation privée est généralement conçue comme une autorégulation dans laquelle les régulateurs et les régulés coïncident⁸. Mais au sein de la régulation privée, une séparation a souvent été maintenue et les fonctions de régulation ont été attribuées à des acteurs juridiquement différents et autonomes (mais non indépendants!) des régulés, qui peuvent alors participer à l'activité de régulation, mais d'une manière radicalement

⁴ Mais sont également pris en compte aux niveaux national et européen, d'autres facteurs : la source de financement, le pouvoir du gouvernement de désigner la majorité des éléments de l'organisation, la position monopoliste du régulateur privé, enfin, l'existence d'une délégation explicite de pouvoir. Voir F. Cafaggi, *Rapport de synthèse sur la recherche de droit comparé, L'autorégulation en Europe - Une recherche de droit comparé*, et les rapports nationaux, à paraître.

⁵ Sur ce sujet, même plus généralement, voir W. Van Gerven, *Mutual permeation of public and private law at the National and supranational level*, in *Maastricht Journal of comparative and international law*, 1998, 5, p. 7.

En référence au droit anglais, voir D. Oliver, *Pourquoi n'y a-t-il pas vraiment de distinction entre droit public et droit privé en Angleterre ?*, *Revue internationale de droit comparé*, 2001, p. 327 ss., D. Oliver, *Public law procedures and remedies- Do we need them ?*, *Public Law*, 2002, p. 91 ss..

En référence au droit italien, voir G. Alpa, *La distinzione/contrapposizione diritto privato/diritto pubblico nella giurisprudenza*, in *NGCC*, 1998, II, p. 1ss., Id. *Diritto privato e diritto pubblico, Una questione aperta*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, 1998, Giuffrè, I, p. 8ss..

⁶ Voir pour le système français B. Du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences pol. - Dalloz, 2004.

Dans le système anglais J. Black, *Constitutionalising self-regulation*, 59 *MLR*, 1996, p. 4 ss; P. Craig, *Public law and control over private power*, in M. Taggart, *The province of administrative law*, 1997.

Pour le système italien D. Sorace, *Il diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2002, G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, Id. *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005 et S. Cassese, *La crisi dello stato*, cit.

⁷ Cfr. F. Cafaggi, *Le rôle des acteurs privés dans le processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée*, *Revue française d'administration publique*, vol. 109, *Régulation, Nouveaux Modes ? Nouveaux territoires ?*, 2004, p. 23 ss.; F. Cafaggi, *Un diritto privato europeo della regolazione?*, *Pol. Dir.*, 2004, p. 205ss..

Pour le système de *common law* voir C. Parker, C. Scott, N. Lacey, J. Braithwaite, *Regulating Law*, OUP, Oxford-New York, 2004, et auparavant sur le droit de contrats H. Collins, *Regulating law*, OUP, Oxford-New York, 1999.

⁸ La conceptualisation opérée ici repose pour l'essentiel sur la distinction entre droit administratif et droit privé de la responsabilité telle qu'elle existe encore en certains pays, en Italie, par exemple. L'auteur est conscient de la différence fondamentale entre ces systèmes et par exemple le système du droit administratif français, dans lequel la conception fonctionnelle, reposant sur la notion de service public, par opposition à une conception essentiellement organique reposant sur la différence entre personnes publiques et personnes privées, a conduit au développement d'un droit jurisprudentiel de la responsabilité administrative, mais aussi d'un droit de la légalité administrative, qui s'applique à la plupart des régulateurs, qu'ils soient publics ou privés, à l'exception de la régulation privée stricto sensu ou des régimes législatifs spécifiques. Dans ce dernier cas toutefois, la Cour d'Appel de Paris – qui est souvent le juge compétent *rationae materiae* – n'applique pas pour autant nécessairement le droit civil ordinaire de la responsabilité.

différente. On parlera de régulation privée et non d'autorégulation pour inclure les hypothèses dans lesquelles il n'y a pas entière coïncidence entre régulateurs et régulés⁹.

En conséquence, l'activité de régulation est souvent développée selon des archétypes diversifiés. Généralement, on distingue entre régulation administrative et autorégulation. Souvent ces modèles sont analysés conjointement pour déterminer leur avantage comparatif¹⁰.

D'après la distinction examinée par ailleurs, on peut distinguer au moins trois grands types de régulation: la régulation publique, la régulation privée et la coopération régulatrice¹¹. Au niveau européen on distingue plutôt l'autorégulation de la co-régulation¹².

Ces modèles doivent également être spécifiés à partir de subdivisions dont les frontières varient, suivant le domaine envisagé (banque, finance, télécommunications, énergie, gaz, environnement, responsabilité du fait des produits, média, protection de la vie privée, Internet, etc.).¹³

Mes réflexions dans cette contribution concerneront la comparaison entre l'activité des régulateurs privés 'traditionnels' et l'activité des régulateurs privés dans des domaines où ils sont

⁹ Pour cette distinction voir F. Cafaggi, *Le rôle des acteurs privés dans le processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée*, cit., p.23 ss..

Sur le rapport entre régulation et réglementation M. A. Frison Roche, Définition du droit de la régulation économique, D. Chron, pp. 16-129

Sur la distinction entre régulation, co-régulation et autorégulation voir B. Du Marais, *Droit public de la régulation économique*, cit., p. 484 ss.; J. Black, *Decentring regulation: Understanding the role of regulation and self-regulation in a post regulatory world*, 2001, 54 Current Legal problems p. 103 ss..

¹⁰ Voir par exemple A. Ogus, *A theory of regulation*, OUP, Oxford, 1994, et Id. *Rethinking self-regulation*, 1995, 15 Oxford Journal of Legal studies 97 ss..

¹¹ A. Murray et C. Scott, *Controlling the new Media: Hybrid Resonances to new form of power*, Modern law review, 2002, 65, 4, p. 505; C. Scott (ed.), *Regulation*, Ashgate, Dartmouth, p. 10; Id., *Accountability in the regulatory state*, 27 Journal of law and society, 2000, p. 38; I. Ayres and J. Braithwaite, *Responsive regulation, transcending the self-deregulation debate*, OUP, New York, 1992; A. Ogus, *Rethinking Self-Regulation*, cit., p. 97; J. Black, *Constitutionalising self-regulation*, cit., p. 26; A. Ogus, *Regulation, Legal form and economic*, cit. p. 97; C. Page, *Self-regulation, The constitutional dimension*, Modern Law Review, 49, 1986, p. 141.

¹² Pour la distinction entre autorégulation et co-régulation Cf. respectivement p. 18 et 22 de l'Accord Inter-institutionnel "Mieux Légiférer" (2003/C 321/01, J.O.U.E 31.12.2003). Au point 18 on soutient que l': "on entend par co-régulation le mécanisme par lequel un acte législatif communautaire confère la réalisation des objectifs définis par l'autorité législative aux parties concernées reconnues dans le domaine (notamment les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations). Un tel mécanisme peut être utilisé sur la base de critères définis dans l'acte législatif pour assurer l'adaptation de la législation aux problèmes et aux secteurs concernés, alléger le travail législatif en se concentrant sur les aspects essentiels, et profiter de l'expérience des parties concernées". Au point 19 il se précise ensuite que "L'acte législatif doit respecter le principe de proportionnalité défini par le traité CE. Les accords entre partenaires sociaux respectent les dispositions prévues aux articles 138 et 139 du traité CE". Au point 22 ensuite: "On entend par autorégulation la possibilité pour les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations, d'adopter entre eux et pour eux-mêmes des lignes directrices communes au niveau européen (notamment codes de conduite ou accords sectoriels). En règle générale, ces initiatives volontaires n'impliquent pas de prise de position de la part des institutions, notamment lorsqu'elles interviennent dans des domaines non couverts par les traités ou dans lesquels l'Union n'a pas encore légiféré. Dans le cadre de ses responsabilités, la Commission examine les pratiques d'autorégulation, afin de vérifier leur conformité avec les dispositions du traité CE". En général voir D. Mandelkern, *Mandelkern Group on Better Regulation*, Final Report, November 13 2001, Id. *La qualité de la réglementation*, Groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation, Ministère de la fonction publique, Paris, 2002.

¹³ Voir M.A. Frison-Roche, *Les nouveaux champs de régulation*, Revue française d'administration publique, 2004, p. 53 ss..

chargés de fonctions de régulation dans l'intérêt général par le législateur, le juge ou le régulateur public.

Par régulateurs privés, on entend les organisations à forme juridique différente - principalement sociétés, consortia, fondations et associations - composées généralement de régulés et parfois de représentants des intérêts des tiers. Elles ont pour fonction de réguler les comportements des membres et leurs relations avec les tiers. La régulation privée peut même procéder par la voie purement contractuelle. Dans ce cas, les différentes catégories de régulés, personnes physiques ou morales, rédigent un code d'autorégulation et s'engagent contractuellement à en assurer l'application¹⁴.

Dans cet article, on concentrera davantage l'attention sur les hypothèses de régulation privée qui utilisent les modèles de l'organisation plutôt que sur celles qui adoptent le modèle contractuel. En particulier, on considérera par exemple les organismes d'autodiscipline relevant du domaine publicitaire et quelques entités issues du secteur de la normalisation technique.

Dans le domaine publicitaire, il s'agit, dans la majeure partie des systèmes juridiques, d'associations¹⁵. De tels organismes ont pour fonction de rédiger un code d'autodiscipline, d'en garantir l'application, et de prévoir des sanctions en cas de violation¹⁶.

¹⁴ Sur les différents modèles de régulation privée, en particulier sur la différence entre contrats et organisations voir F. Cafaggi, *Self-regulation and European Contract law*, à paraître.
F. Galgano et G. Visitini, *Effetti del contratto, Rappresentanza, Contratto per persona da nominare*, Commentario del Codice Civile Scialoja – Branca, Zanichelli, 1993, p. 52.

¹⁵ Dans le secteur de la publicité les régulateurs privés adoptent souvent la forme associative. En France, le Bureau de Vérification de la Publicité (BVP) est une association privée, complètement indépendante des pouvoirs publics (il n'est soumis à aucune subvention ou dotation publique, en effet, le financement de l'Association est assuré par les cotisations des adhérents et par la facturation de certains services). Statutairement, le BVP regroupe quatre catégories d'adhérents : annonceurs, agences de communication, supports et membres "correspondants" (Syndicats professionnels, Cabinets d'avocats, Associations...).

En Italie la forme juridique de l'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria est l'association, qui comprend les entreprises qui investissent dans le secteur publicitaire, les organisations professionnelles, les organisations qui réalisent et diffusent la publicité. Toutes ces organisations introduisent dans leurs contrats publicitaires une clause d'acceptation des règles du code d'auto réglementation et une autre clause relative au contrôle judiciaire d'un Giuri en cas de violation des mêmes règles.

En Grande Bretagne la forme juridique de l'Advertising Standard Authority (ASA) est celle de la *limited liability company with guarantee*. En particulier, l'ASA, le Committee of Advertising Practice Ltd et le Advertising Standards Boards of Finance ont signé un Memorandum of Understanding (MOU) avec l'Office of communication (qui, au contraire, est une 'statutory corporation', soumis au contrôle annuel du Parlement), en établissant les principes généraux de 'co-régulation' pour la publicité dans la télévision et la radio. En outre, a été signé un contrat (Deed) entre Ofcom et les 'co-regulatory parties'. Soit le MOU soit le contrat respectent l'indépendance du 'one-stop shop' dans ses opérations journalières et dans les jugements du Council adjudications, et aussi la responsabilité unique du système ASA/CAP pour la publicité.

En Finlande la Chambre de Commerce Centrale Finlandaise, (CCC), résout des conflits entre les entreprises dans le secteur de la publicité. La forme juridique de la CCC est l'association privée. Les décisions de la CCC sont fondées sur les bonnes pratiques commerciales, la loi, et le Code International de Pratiques Loyales en matière de Publicité. Les décisions de la CCC sont habituellement respectées.

Dans le secteur d'Internet on trouve plusieurs exemples d'associations : en Italie l'Associazione Italiana Internet provider (AIIP) ne poursuit aucun but lucratif, et y sont associés les sociétés ou organismes qui réalisent des services Internet. Son code d'auto réglementation a été rédigé par l'AIIP, avec l'Associazione Nazionale Editoria Elettronica, Telecom Italia et Olivetti, après une exhortation du Ministero delle Poste e Telecomunicazione.

Dans le secteur de la normalisation technique, des organismes européens ont beaucoup développé le modèles de délégation réglementaire, voire parfois de co-régulation¹⁷. Dans cette perspective, il existe une corrélation considérable entre la délégation réglementaire et la gouvernance des régulateurs privés¹⁸.

Dans le secteur des organisations sportives, les systèmes juridiques diffèrent entre eux. Dans certains cas, les associations ou les fédérations sportives opèrent comme régulateurs purement privés. Dans d'autres cas en revanche, il s'agit d'organismes sur lesquels repose, en vertu d'actes législatifs ou administratifs, une fonction de régulation définie dans le cadre d'une mission d'intérêt général et parfois un système de co-régulation.

Dans d'autres hypothèses encore, par exemple dans le secteur des professions libérales, coexistent des entités purement privées avec fonction de régulation interne, et des organisations

Même situation pour la France, où il y a l'Association Française des Professionnels de l'Internet (AFPI) et l'Association des Fournisseurs d'Accès à des Services en lignes et à l'Internet (AFA). Il est intéressant d'observer que ces associations prévoient dans leur statuts la possibilité d'être sous surveillance du Ministre de la Culture et du Ministre des Télécommunications, s'il y avait la reconnaissance de l'utilité publique de l'association même.

Un autre exemple concerne la protection de la vie privée. Le Code italien de la vie privée par exemple indique de nombreuses hypothèses de co-régulation avec différents acteurs auxquels revient le rôle de rédiger les codes de conduite, qui ensuite seront soumis à plusieurs vérifications par le Garante della Privacy. Le code déontologique sur les données statistiques a été signé par onze associations ou sociétés professionnelles et attribue la fonction de contrôle de l'application du Code par les membres et par les tiers aux associations et aux sociétés. Voir art. 12 du code, en relation au Provvedimento Garante della privacy, 16 juin 2004, Suppl. ord. G.U. n. 141, 14 août 2004. Dans le *Codice di deontologia e di buona condotta per i trattamenti di dati personali per scopi storici*, on trouve la coopération entre sociétés scientifiques et associations professionnelles qui sont obligées d'appliquer le code, de le diffuser, d'en contrôler l'application (art. 12), Provvedimento Garante della privacy, n. 8/P/2001, 14 mars 2001. Enfin, dans le Codice deontologico dei giornalisti, l'art. 13 prévoit que les règles du code sont appliquées à tous ceux qui opèrent dans le secteur du journalisme, indépendamment du fait qu'il y ait une activité continue ou occasionnelle, Provvedimento Garante della privacy, 29 juillet 1998.

¹⁶ Après la transposition de la Directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité mensongère, et de la Directive 97/55/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 octobre 1997, modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité mensongère qui inclut la publicité comparative aux systèmes d'autorégulation, généralement préexistants, se sont greffés des outils régulateurs parallèles, en laissant généralement intactes l'indépendance et l'autonomie des régulateurs privés.

¹⁷ Voir par exemple la directive 98/34 sur la normalisation et l'article 4 de la directive sur la sécurité générale des produits 2001/95.

¹⁸ Voir en particulier *Les Orientations générales pour la coopération entre le CEN, le Cenelec et l'ETSI et la Commission Européenne et l'association européenne de libre Exchange*, 28 mars 2003 (2003/C 91/04). Dans ces Orientations est soulignée l'importance de la gouvernance des organismes de normalisation :

« Principes fondant les relations et la coopération. Pour atteindre ces objectifs, le CEN, le Cenelec, l'ETSI, la Commission européenne et l'AELE estiment que les conditions suivantes doivent être remplies : [...] les statuts des organismes de normalisation européens devraient garantir que la normalisation européenne, notamment lorsqu'elle soutient les politiques européennes et les réglementations communautaires, soit pleinement responsable vis-à-vis de l'ensemble des parties intéressées en Europe [...] Cependant les principes de transparence, d'accès, d'ouverture, d'efficacité, de cohérence et de volontariat devraient continuer de s'appliquer dans tous les cas ».

Pareillement, pour ce qui concerne la mise en œuvre, la Commission européenne et l'AELE appellent, pour leur part, le CEN, le Cenelec et l'ETSI à : « veiller à ce que les structures et procédures permettent d'atteindre un degré maximal d'ouverture, de transparence et de représentativité. Les procédures doivent être transparentes et garantir l'indépendance vis-à-vis des intérêts particuliers. Des efforts accrus doivent être consentis pour accroître, aux niveaux national et européen, la participation, des parties intéressées – en particulier les pouvoirs publics, les fabricants, les PME, les consommateurs, les travailleurs et les groupements de défense de l'environnement – à l'élaboration des normes et d'autres produits et s'assurer que leurs opinions sont prises en compte ».

avec forme privée mais fonction de régulation dans l'intérêt général : c'est le cas des ordres professionnels¹⁹.

Dans la plupart des cas, cependant, on constate l'existence des organismes privés chargés de fonction de régulation définie au nom de l'intérêt général. A celles-ci est donc associés un régime juridique mixte, qui emploie en partie le droit privé et en partie le droit administratif. C'est ainsi qu'en ce qui concerne, les marchés financiers, on trouve fréquemment un système de co-régulation qui adjoint à la présence d'une Autorité publique une pluralité de régulateurs privés, c'est-à-dire des sociétés de gestion de la bourse et des associations professionnelles²⁰. Ici les régulateurs privés coopèrent, avec titres et modalités différentes, à l'action du régulateur public. Il s'agit donc de modèles reconnus au niveau européen ou national mais qui posent des problèmes spécifiques pour l'harmonisation de la régulation²¹. Une attention particulière doit être portée au cas fréquent où des règles juridiques font peser une obligation de coopération loyale

¹⁹ En Italie, 34% des professionnels adhèrent à des Ordres professionnels réglementés, lorsque 65% du nombre total sont opérateurs non réglementés. Il y a trois typologies d'associations professionnelles : celles qui imposent l'inscription aux registres et l'institution d'un ordre qui contrôle l'exercice des activités professionnelles (« professioni protette »); celles qui imposent également l'inscription aux registres mais il ne faut pas avoir un ordre propre (« professioni riconosciute »); celles qui n'ont pas une réglementation publique (« associazioni non regolamentate »). Le dernier rapport de Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro, (38° Rapporto sulla situazione sociale del paese, décembre 2004), a affirmé que la majeure partie des associations, réglementées ou non, se réfère à une code déontologique qui prévoit la création d'organismes internes qui contrôlent et sanctionnent le comportement des adhérents.

En Finlande, par exemple, il y a deux associations pour des avocats: l'association (publique) de barreau, *Suomen asianajajaliitto*, et l'association de barreau qui est complètement indépendante des pouvoirs publics, *Suomen lakimiesyhdistys*. L'association publique a délégation de compétences des pouvoirs publics dans la loi. Il s'agit des obligations diverses dans l'intérêt général tandis que l'association privée est libre d'agir (dans le cadre de droit privé).

²⁰ Voir Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen, Prévenir et combattre les malversations financières et pratiques irrégulières des sociétés, Brussels 27 septembre 2004 COM (2004) 611 final, p. 8. dans laquelle la Commission présente le fait que « dans les États membres, plusieurs autorités sont souvent associées à la surveillance des institutions qui opèrent sur les marchés financiers nationaux. Celles-ci doivent donc coopérer entre elles pour garantir l'efficacité et la justesse des contrôles réglementaires ». Dans la même direction, voir l'art. 4 de la Directive 2004/25/CE du Parlement Européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition, J.O. L 142 du 30/04/2004, et l'art. 49 de la Position commune (CE) n° 9/2004 du 8 décembre 2003 arrêtée par le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251 du traité instituant la Communauté européenne, en vue de l'adoption d'une directive du Parlement européen et du Conseil 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, J. O. C 060 E du 09/03/2004, et aussi la Proposition de Règlement du Conseil relatif à des mesures d'accompagnement financières et techniques (MEDA) à la réforme des structures économiques et sociales dans le cadre du partenariat euro-méditerranéen, COM/2004/0077 final.

En Italie, par exemple, le modèle consolidé du TUIF (Testo Unico sull'intermediazione finanziaria) se révèle comme un exemple clair de co-régulation. En particulier, le rapport entre CONSOB et société de gestion de la bourse configure une hypothèse dans laquelle l'activité régulatrice de l'organisation des marchés repose principalement sur le second, celle de contrôle est partagée entre les deux. La CONSOB dispose de pouvoirs d'approbation des règlements, d'apurement de la capacité à réglementer la bourse aux objectifs déterminés par le législateur, et enfin de proposition de modifications s'il existe des fautes même postérieures (cfr. art. 73 alinéa 4 TUIF). Mais il y a aussi une nette prévision de pouvoir substitutif de la CONSOB à l'art. 74.

²¹ Par exemple sur l'application de l'art. 28 EU à l'activité de régulation des organisations purement privées et des régulateurs privés qui opèrent dans l'intérêt général.

entre les autorités de régulation²². De telles obligations sont souvent prévues entre autorités publiques, mais parfois elles sont si vagues qu'elles peuvent également concerner les autorités privées. Dans ce cas se pose le problème de la qualification de la coopération entre régulateurs public et privé en termes de relation contractuelle et d'application du droit des contrats²³.

Dans un tel cadre, le rapport de régulation entre régulateurs et régulés se présente généralement sous forme contractuelle tantôt au titre d'une participation associative tantôt au titre d'une adhésion à un contrat de régulation²⁴. Mais on peut avoir des cas dans lesquels il n'y a pas de relation contractuelle entre régulateur et régulés²⁵.

Les rapports entre régulateurs et tiers peuvent être définis différemment. Il faut indiquer qu'au moins deux grandes catégories de personnes peuvent être impliquées dans l'activité

²² Au regard à la coopération en matière de contrôle et de marchés financiers voir par exemple l'art. 12 dir. 2003/6 sur l'abus d'informations privilégiées qui prévoit :

« L'autorité compétente est investie de tous les pouvoirs de surveillance et d'enquête nécessaires à l'exercice de ses fonctions. Elle exerce ces pouvoirs: a) directement, ou b) en collaboration avec d'autres autorités ou avec les entreprises de marché, ou c) sous sa responsabilité, par délégation à d'autres autorités ou aux entreprises de marché, ou d) en saisissant les autorités judiciaires compétentes. 2. Sans préjudice de l'article 6, paragraphe 7, les pouvoirs visés au paragraphe 1 du présent article sont exercés en conformité avec la législation nationale et incluent au moins le droit : a) d'avoir accès à tout document sous quelque forme que ce soit et d'en recevoir copie; b) de demander des informations à toutes les personnes, y compris celles qui interviennent successivement dans la transmission des ordres ou dans l'exécution des opérations en cause ainsi qu'aux mandants de celles-ci, et, si nécessaire, de convoquer une personne et de l'entendre; c) de procéder à des inspections sur place; d) d'exiger des enregistrements téléphoniques et des données échangées existants; e) d'enjoindre de cesser toute pratique contraire aux dispositions adoptées en exécution de la présente directive; f) de suspendre la négociation des instruments financiers concernés; g) de requérir le gel et/ou la mise sous séquestre d'actifs; h) de requérir l'interdiction temporaire d'activité professionnelle ».

Voir aussi la directive 2001/95 relative à la sécurité générale des produits qui affirme dans son article 10, que « la Commission favorise le fonctionnement en réseau européen des autorités des États membres compétentes en matière de sécurité des produits, notamment sous la forme de la coopération administrative, et elle y participe. Ce fonctionnement en réseau se développe de façon coordonnée avec les autres procédures communautaires existantes, notamment le RAPEX. Il a pour objectif, en particulier, de faciliter: a) l'échange d'informations sur l'évaluation des risques, les produits dangereux, les méthodes d'essai et les résultats, les développements scientifiques récents ainsi que sur d'autres aspects à prendre en considération pour les activités de contrôle; b) l'établissement et l'exécution de projets communs de surveillance et d'essai; c) l'échange d'expertise et de meilleures pratiques et la collaboration à des activités de formation; d) l'amélioration de la collaboration au niveau communautaire en matière de traçage, de retrait et de rappel de produits dangereux ».

Voir encore le règlement 1/2003 du Conseil relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité dont l'art. 11 envisage une coopération entre la Commission et les autorités de concurrence des États membres, en prévoyant les échanges d'informations, un Comité consultatif, une procédure de coopération. Même dans la directive 2004/39 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.

²³ Ces deux profils conduisent à la question de l'exécution judiciaire de ces obligations pour chaque régulateur. En particulier on doit s'interroger sur la possibilité, lorsque la violation de ces obligations produit des effets néfastes pour les tiers, d'obtenir une protection juridictionnelle contre une telle violation.

Le lien de causalité joue un rôle important. Dans la précédente hypothèse, la violation de l'obligation de coopération est substantielle si on peut établir un lien de causalité avec une violation de l'obligation de régulation ou de contrôle.

²⁴ Voir pour le système italien F. Galgano et G. Visitini, *Effetti del contratto, Rappresentanza, Contratto per persona da nominare*, cit., p. 56. Voir la jurisprudence sur ce question: Trib. Milano - 22 gennaio 1976; Giuri cod. aut. pubb., 9 aprile 2003, n. 80; Giuri cod. aut. pubb., 28 maggio 1999, n. 159.

²⁵ Dans certains systèmes juridiques, comme par exemple le Royaume-Uni, la présence d'une relation contractuelle entre régulateur et régulés peut influencer la qualification du régulateur comme purement privé ou comme régulateur public soumis au contrôle juridictionnel. Voir P. Craig, *Administrative Law*, cit., p. 815 « *The Court did however leave open the possibility that some cases concerning bodies like the Jockey Club might be brought within the public law procedures, particularly where the applicant or plaintiff had no contractual relationship with the club, or where the club made rules which were discriminatory in nature* ».

régulatrice: d'un côté les bénéficiaires potentiels, de l'autre les victimes potentielles²⁶. Ces rapports peuvent alors être réglés soit par application des règles de responsabilité contractuelle soit par application des règles de responsabilité extra-contractuelle.

En référence à la catégorie des rapports avec les tiers bénéficiaires, le lien qui les reliaient au régulateur pourrait être de nature contractuelle, lorsqu'ils présentent les éléments fondamentaux de la qualification du contrat de régulation, notamment lorsqu'il a pour effet d'assurer une protection des tiers ou moins fréquemment, lorsqu'il se caractérise comme contrat conclu en faveur de tiers. Dans les autres cas, le rapport découlerait de la loi et serait probablement régi par application du droit de la responsabilité extra contractuelle.

Les régulations, privées comme publiques, peuvent en effet réguler la conduite de certaines personnes (par exemple les entreprises) afin d'accroître le niveau de protection des tiers qui entretiennent avec elles des rapports de nature contractuelle (par exemple, les consommateurs, les épargnants ou les usagers en général).

Toutefois, la régulation privée peut avoir pour effet, direct ou indirect, de pénaliser d'autres personnes, notamment par l'adoption de standards conduisant à l'exclusion ou à la réduction de la présence des entreprises sur le marché. Dans cette hypothèse, la régulation privée peut avoir la fonction de créer '*entry barriers*'²⁷.

Les règles concernant la conduite et l'activité des régulateurs privés qui produisent une régulation au nom de l'intérêt général, sont différentes de celles qui opèrent dans le droit privé traditionnel pour les régulateurs purement privés, puisqu'elles modifient les techniques utilisées pour assurer le respect d'un tel intérêt, le rôle de la liberté contractuelle, la possibilité d'un contrôle juridictionnel mais aussi la place de la responsabilité civile²⁸.

Dans cet article, l'attention sera concentrée sur la responsabilité des régulateurs privés.

La qualification de l'activité de régulation et de ses règles conditionne, au moins partiellement, la nature et les effets de la responsabilité mise en cause lorsque les régulateurs exercent incorrectement ou manquent à l'exercice de leur activité.

Le problème de la responsabilité des régulateurs privés se pose tant au niveau national que au niveau européen. La question, nous le verrons plus tard, peut être examinée seulement partiellement en relation avec l'évolution de la responsabilité des régulateurs publics, ce qui a déjà fait l'objet d'un large débat²⁹.

²⁶ F. Cafaggi, *Le rôle des acteurs privés dans le processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée*, cit., p. 23.

²⁷ Voir la Communication de la Commission, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale, (2001/C 3/02).

²⁸ Sur cette différence pour le droit anglais voir P. Craig, *Administrative law*, cit., p. 812, J. Black, *Constitutionalising self-regulation*, cit., p. 4.

²⁹ Ainsi, le problème de la responsabilité des régulateurs publics a été récemment posé à la Cour de Justice des Communautés Européennes s'agissant des régulateurs bancaires. La Cour a défini des critères spécifiques et a rejeté

Contrairement au secteur public où les responsabilités du législateur et du régulateur (autorité administrative indépendante ou administration spécialisée) sont, dans beaucoup de systèmes juridiques, différenciées, la distinction dans le cas d'un régulateur privé entre régulation de droit « primaire » (activité para-législative) et régulation de droit « secondaire » (activité para-réglementaire) est plus difficile³⁰.

En ce qui concerne la comparaison des systèmes de responsabilité pour régulateurs publics et privés, on ne considérera pas seulement les normes de responsabilité administrative mais aussi, bien que dans une moindre mesure, celles relatives à la responsabilité du législateur. Dans ce dernier cas, évidemment, son développement s'est produit surtout à la suite de l'intervention communautaire, même si elle n'était pas méconnue dans les systèmes nationaux³¹.

La distinction entre responsabilité associée à la régulation privée pure et responsabilité pour régulation privée dans le cadre de la coordination régulatrice conduit aussi à la question de la distribution de pouvoirs entre régulateurs et juges³².

Dans le cas des régulateurs publics, elle est liée à des profils de répartition des pouvoirs et à l'opportunité de soumettre au contrôle juridictionnel les actes du régulateur³³. Le débat à propos

la responsabilité. Au contraire, la Cour de Justice ne s'est pas encore prononcée sur la responsabilité des régulateurs privés. Voir le paragraphe sur la responsabilité pour défaut de contrôle et contrôle défectueuse des régulateurs privés.

Pour une analyse comparative sur la responsabilité civile des autorités publiques, voir *Cases Materials and text on National, Supranational and International Tort Law*, W. Van Gerven, J. Lever, P. Larouche (eds), Hart, 2000, p. 358 ss.; plus spécifiquement D. Fairgrieve, M. Andenas e J. Bell, *Tort Liability of public authorities in comparative perspective*, British Institute of international and comparative law, Londres, 2002.

³⁰ La distinction entre « responsabilité du fait du législateur » et « responsabilité pour faute » est surtout liée à la distinction entre responsabilité des « législateurs » et « administrateurs ». Il y a deux bases juridiques différentes de la responsabilité pour le même groupe de personnes, c'est-à-dire les régulateurs, qui inclut soit le législateur soit les administrateurs. Le premier peut être responsable seulement dans des cas exceptionnels, où il n'y a pas de faute. Dans le deuxième cas, il y a de faute, donc le régime de responsabilité est différent. Dans la pratique, il est difficile de rendre le législateur responsable s'il n'existe pas de contrôle ex post de constitutionnalité de son activité, même si la faute consiste en la violation du traité et, théoriquement, peut conduire à la responsabilité pour faute.

³¹ Le rôle important joué par la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire sera donc considéré en relation à Francovich et aux développements successifs. Voir M. Dougan, *What is the point of Francovich*, in T. Tridimas et P. Nebbia (eds.), *European Union law for the twenty first century*, Hart, Oxford, 2004, p. 239.

Sur la responsabilité de l'Etat dans quelques systèmes nationaux, voir les réflexions comparatives de R. Caranta, *Public law and governmental liability*, in D. Fairgrieve, M. Andenas e J. Bell, *Tort Liability of public authorities in comparative perspective*, cit. L'Auteur souligne que la responsabilité du législateur pour violation du droit est une longue histoire en France, en particulier depuis l'arrêt La Fleurette, CE 14 janvier 1938, R.25, D. 1938, concl. Roujou.

³² Évidemment le discours est différent si le régulateur privé exerce seulement une fonction de production de règles et le juge contrôle directement telle activité, ou s'il y a un système 'interne' de résolution des conflits, qui ne permet l'intervention du juge que dans un second temps.. Dans ce cas on considère l'hypothèse d'intervention directe du juge.

³³ Voir M. Hertogh e S. Halliday (ed.), *The impact of judicial review: International and interdisciplinary dimensions*, Cambridge University Press, New York, 2004.

En droit européen, voir en general K. Lenaerts et T. Corthant, *Judicial review as a contribution to the development of European constitutionalism*, in T. Tridimas et P. Nebbia (ed.), *European Union law for the twenty first century*, cit., p. 17.

Pour le système anglais voir P. Craig, *Administrative Law*, cit., p. 367; P. Cane, *Administrative Law*, cit., p. 25.

Pour le système français voir R. Denoix de Saint Marc, *Régulateurs et juges. Introduction générale*, p. 113, J.F. Lepetit, *Etat, juge et régulateur*, p. 118; F. Dupuis Toubol, *Le juge en complémentarité du régulateur*, 145, *Le juge contrôleur du régulateur*, 174, G. Canivet, *Propos généraux sur les régulateurs et les juges*, in M.A. Frison Roche (ed.), *Les Régulations économiques*, cit., p. 184.

de la fonction de contrôle et de ses conséquences sur la conduite des régulateurs publics, est ouvert. Les preuves empiriques sont encore limitées pour pouvoir élaborer une position définitive quant aux moyens employés par les juges pour exercer ce contrôle, qui par ailleurs diffèrent sensiblement d'un système à l'autre³⁴.

Évidemment, dans le cas des régulateurs privés, une partie de la stratégie porte sur le rapport entre systèmes de responsabilité civile et moyens de contrôle juridictionnel de l'activité régulatrice, en particulier le contrôle d'invalidité, qui s'apparentent, en ce qui concerne les régulateurs publics, aux modalités du contrôle juridictionnel de l'activité administrative³⁵. On doit constater, en outre, que la responsabilité civile joue un rôle toujours plus important envers les

Pour le système italien D. Sorace (ed.), *Le responsabilità pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1994, F. Merusi et M. Passaro, *Le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2003, M. Clarich, *Le Autorità indipendenti nello 'spazio regolatorio': l'ascesa e il declino del modello*, DP 2004, p.1035.

Pour le système anglais voir B. Markesinis et S. Deakin, *Tort law*, fifth ed., 2003, p. 374.

³⁴ Voir P. Cane, *Judicial review*, In *Oxford handbook of legal studies*, P. Cane et M. Tushnet (ed.), cit.

³⁵ Le rapport entre responsabilité et contrôle juridictionnel des régulateurs publics est différent dans les systèmes juridiques.

Dans le cas français, l'illégitimité qui rend opérant le contrôle juridictionnel coïncide avec l'illégalité qui établit la responsabilité civile « toute illégalité constitue par elle-même une faute ».

En Italie une règle analogue est déclamée, toutefois la coïncidence entre illégalité et illicéité n'est pas fréquente, c'est pourquoi se diversifie le critère d'amputation en relation à l'intérêt violé. Voir, Sentenza 500/1999 Corte di Cassazione, sez. Un., Foro it. I, 2487, p. 2503.

L'équivalence défailante entre le jugement en responsabilité civile et celle concernant la responsabilité des autorités, ne concerne pas les autres éléments, en particulier le rapport causal et les dommages compensés.

En Finlande le principe général est que celui qui cause délibérément ou par négligence dommages à autrui est responsable des dommages. Ce principe de responsabilité s'applique à tous les individus ou entités, publiques ou privés, dans leurs activités publiques ou privées. Cependant, si une personne ou entité (publique ou privée) est considérée exercer des pouvoirs publics, quand les dommages se sont produits, telle personne ou entité est exceptionnellement responsable des dommages économiques en plus des dommages normalement récupérables. D'autre part, le seuil de la responsabilité est un peu plus haut que normalement.

Dans des autres systèmes, par contre, les deux catégories ont des fondements différents. Par exemple en Grande-Bretagne, la responsabilité civile est limitée par les conditions restrictives dans lesquelles opère le *tort of misfeasance in public office*. Ici, on peut affirmer le principe selon lequel « *an invalid or ultra vires administrative act does not per se entail fault on the part of administrative authority* ». *Three Rivers District Council v. Bank of England*, [2000] WLR 1220 (HL) 1230 Lord Steyn (voir même P. Craig, *Administrative law*, cit., p. 908). Mais le *tort of misfeasance in public office* n'est pas le seul moyen. Le *tort of negligence* peut aussi être utilisé. Voir P. Craig, *Administrative law*, cit., p. p. 888. P. Craig, souligne qu'en droit anglais les fondements de la responsabilité des organismes publics peuvent être au moins trois, sur la base de *X (Minors) v. Bedfordshire CC* [1995] 2 A.C. : « *an action for breach of statutory duty simpliciter, without the need to prove any carelessness; an action for breach of a common law duty of care arising from the imposition of a statutory duty or from its performance, and misfeasance in a public office... We do not therefore have what would be recognized by other legal systems as a general principle of damages liability, nor do we have a separate body of law dealing with public actions against public bodies* », *Administrative law*, cit.p. 881. Voir aussi B. Markesinis et S. Deakin, *Tort law*, cit., p. 389.

Pour un analyse approfondie, D. Fairgrieve, *State liability in tort : A comparative law study*, OUP, New York, 2003, and C. Harlow, *State liability. Tort Law and beyond*, Clarendon Law Lectures, OUP, New York, 2004.

Évidemment, il s'agit d'assertions générales qui, une fois analysées en détail, révèlent l'existence d'exceptions. Pour un examen comparatif cfr. R. Caranta, *Public law illegality and governmental liability*, in D. Fairgrieve, M. Andenas et J. Bell, *Tort Liability of public authorities in comparative perspective*, cit, 271; et D. Fairgrieve, *State Liability in Tort*, OUP, New York, 2003, pour une comparaison entre Grande-Bretagne et France.

Dans le contexte européen la jurisprudence de la Cour a défini le critère de *serious breach* comme critère d'évaluation, mais ensuite ceci a été décliné différemment en raison des typologies de violation. Sur ce point cfr. T. Tridimas, *Liability for breach of community law : growing up and mellowing down?*, in D. Fairgrieve et al., *Tort liability of public authorities*, cit., p. 149; W. Van Gerven, *The emergence of a common European law in the area of tort*, ibidem, p.125

régulateurs publics. La différence doit être recherchée dans les diverses combinaisons entre responsabilité civile et contrôle juridictionnel³⁶.

Comment ce contrôle affecte-t-il le pouvoir discrétionnaire et par suite, la nature des relations qu'entretiennent régulateurs et juges lorsque les premiers sont privés mais agissent dans l'intérêt général ou dans le cadre de processus coordonnés, en assumant même parfois une certaine forme de 'responsabilité publique' ? Quelles limites rencontre ce contrôle juridictionnel ? Quelles sont les limites aux pouvoirs des juges vis-à-vis des régulateurs privés tenus- par des actes législatifs, par ordonnances, ou par des actes administratifs - de se substituer à l'activité régulatrice ? Dans quelle mesure les réponses à ces questions imposent-elles de revoir le droit des personnes privées destinées à exercer un pouvoir de régulation et le droit privé de l'activité de régulation ? Spécifiquement dans quelle mesure doit-on revoir le droit contractuel de l'activité de régulation ?

Le point d'observation choisi, nous l'avons déjà dit, est celui du rapport entre (1) la responsabilité du régulateur privé qui agit indépendamment de toute 'investiture' publique, ex ante ou ex post, et (2) la responsabilité du régulateur privé, à qui au contraire sont attribuées des fonctions de régulation et/ou de contrôle dans l'intérêt général.

Dans le premier cas, les pouvoirs et les moyens des juges demeurent ceux du droit privé, bien que la fonction régulatrice impose quelques ajustements substantiels. Dans le deuxième, l'alternative extrême semble considérer les régulateurs privés comme partie d'un « système de régulation » publique. Dans cette hypothèse, les règles de responsabilité et de contrôle juridictionnel sont analogues à celles des systèmes des régulateurs publics (dont les frontières sont très instables). L'autre possibilité est de conserver leur nature privée, même dans les modalités de responsabilité et de contrôle, mais en adaptant les formes d'intervention aux spécificités des processus dans lesquels les régulateurs sont impliqués.

Les conséquences pratiques sont évidentes: différentes règles s'appliqueront quant (1) aux contrôles de légalité et d'opportunité, (2) quant à l'appréciation du pouvoir discrétionnaire du régulateur et de sa compétence technique ou (3) quant à l'étendue du contrôle de légalité des procédures décisionnelles suivant que l'on considère les autorités de régulation, les associations, les fondations ou les sociétés exerçant une fonction de régulation purement privée ou dans l'intérêt général.

³⁶ Voir le paragraphe suivant.

2. La responsabilité des régulateurs privés dans le nouvel espace de régulation

Ces dernières années, le milieu normatif européen a conduit à des changements importants en attribuant des nouveaux pouvoirs régulateurs dans l'espace public et en modifiant les rapports entre acteurs publics et privés.

D'une part, le transfert de pouvoirs régulateurs dans l'administration a causé de nouveaux problèmes de responsabilité. La création des autorités administratives indépendantes a été souvent motivée par la séparation entre action régulatrice et action politique³⁷. En éloignant l'action de régulation du circuit de la responsabilité politique, on a voulu prendre en compte, avec beaucoup d'attention, le problème de la légitimité du régulateur et de son activité et, conjointement, celui de la responsabilité et de la protection juridictionnelle des régulés et des tiers³⁸.

Récemment, particulièrement dans le secteur bancaire et financier mais également dans d'autres secteurs, tels que ceux de la responsabilité du fait des produits - alimentaires ou non -, s'est posé le problème de la responsabilité extra-contractuelle de ces autorités pour manquement à leurs obligations d'exercice de l'activité de régulation ou de contrôle de l'activité des sujets régulés, dans de nombreux Etats de l'Union Européenne ou aux Etats Unis.

Le domaine, les modalités et les buts d'une telle responsabilité varient donc d'un secteur à l'autre. Il existe, en effet, une spécificité des fonctions de régulation qui pourrait conduire à la définition de différents critères de responsabilité dans les secteur bancaire, ou financier par opposition au secteur des media, de la protection des données personnelles ou des télécommunications. Mais le problème de la responsabilité des régulateurs publics se pose aussi d'une façon générale.

D'autre part, le rôle croissant de l'autorégulation comme stratégie régulatrice indépendante et séparée de la régulation publique, et la croissance des hypothèses de coopération régulatrice entre public et privé accentuent la question de la responsabilité des organismes privés exerçant une activité réglementaire. De même, elles posent la question de l'opportunité d'une législation

³⁷ Une question ouverte concerne l'impact de l'indépendance de l'autorité sur son régime de responsabilité. Les positions sont partagées. Certains soutiennent que les autorités administratives indépendantes sont similaires aux autres autorités administratives, v. par exemple M. Collet, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, cit.. D'autres pensent que leur indépendance peut faire varier les règles de responsabilité.

³⁸ Sur ce point, F. Denozza, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti "regolatrici"*, Mercato Concorrenza Regole, 2000, 469.

En général sur le rôle du contrôle juridictionnel, voir P. Cane, *Judicial review*, In *Oxford handbook of legal studies*, P. Cane et M. Tushnet (ed.), cit.

Dans l'expérience française, M.A. Frison Roche (ed.), *Les régulations économiques*, cit.; Ead., *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, cit.

susceptible d'être modifiée au fil de l'évolution des fonctions de régulation et des rapports entre l'intérêt général et la structure de coordination dans laquelle ces fonctions s'exercent.

Comme pour les régulateurs publics, les régulateurs privés - s'ils opèrent dans des systèmes autonomes et indépendants du régulateur public ou en coordination avec ceux-ci - peuvent être jugés responsables pour l'exercice ou non de l'activité de régulation, avec des conséquences importantes pour les régulés et pour les tiers. Il faut toutefois, au niveau européen ou national, définir un régime de responsabilité spécifique aux régulateurs privés et à leurs activités. Une lacune est particulièrement notable si l'on pense à l'influence croissante de ces entités dans le déroulement de l'activité de régulation.

Du fait de leur nature privée et de leur organisation, ces régulateurs posent le problème de l'applicabilité des règles de responsabilité utilisées pour les organismes d'autorégulation. Si on leur applique ce système, on mettra en œuvre des régimes de responsabilité typiques de la forme de gouvernance choisie, en l'adaptant à l'activité régulatrice. Ainsi les règles de responsabilité des associations pourront être utilisées par les membres lorsque le régulateur privé adopte la forme associative, les règles des sociétés par les associés lorsqu'ils adoptent la forme sociétaire, des fondations par les bénéficiaires, des consortia par les adhérents même lorsque l'activité de ces sujets est principalement ou exclusivement de nature régulatrice.

Cette solution n'est pas satisfaisante pour ce qui concerne les limites de la responsabilité, typiquement liées aux relations entre les organismes privés et les membres et *a fortiori*, les tiers. Il faut donc rechercher d'autres solutions pour prendre en compte les spécificités des régulateurs privés lorsqu'ils opèrent dans des systèmes de coordination.

Les considérations suivantes cherchent à indiquer des pistes de recherche destinées à donner quelques réponses au problème de la réglementation de la responsabilité du régulateur privé indépendant ou opérant dans l'intérêt public ou dans le cadre de systèmes de coopération.

Au moins quatre stratégies peuvent être utilisées pour identifier les principes applicables.

(1) Considérer que ces organismes, tout en étant privés, accomplissent des fonctions de régulation dans l'intérêt général et, par conséquent, exigent l'application de principes généraux et/ou de principes propres aux secteurs définis pour les régulateurs publics.

(2) Considérer les hypothèses dans lesquelles des organismes privés exercent des fonctions positives dans l'intérêt général (dans le domaine des services sociaux, de secours, de la protection des droits) pour lesquels on applique tantôt des règles générales du droit privé tantôt des règles adaptées à la production de services dans l'intérêt général (dans le cas où des réglementations

spécifiques ont été adoptées, comme c'est le cas dans de nombreux Etats membres); et évaluer la possibilité d'appliquer de tels principes à des organismes qui exercent une activité régulatrice³⁹.

(3) Adapter les règles appliquées aux régulateurs purement privés.

(4) Finalement, l'hypothèse la plus radicale consiste à élaborer une législation *ad hoc* sur la responsabilité.

Comme on aura occasion de l'observer, bien de régimes juridiques actuels constituent l'expression d'une combinaison des trois premières stratégies plutôt que l'adoption d'une seule.

3. La structure du processus régulateur et ses répercussions sur les systèmes de responsabilité des régulateurs privés

Pour encadrer la question de la responsabilité des régulateurs privés, il faut auparavant spécifier les caractéristiques des activités d'autorégulation et de régulation privée. En effet, la responsabilité peut être différente en raison (1) du type de fonction régulatrice et (2) du secteur régulé.

En général les processus de régulation ont trois fonctions principales⁴⁰:

- a) la définition de standards de conduite des régulés (*standard setting*)
- b) le contrôle du respect des standards ainsi définis (*monitoring*)
- c) l'imposition de sanctions en cas de violation par les régulés (*enforcement*).

La régulation privée peut assumer toutes ces fonctions ou seulement l'une d'entre elles, laissant les autres au soin du législateur, du régulateur public ou du juge. Par exemple, le régulateur privé peut rédiger le code d'autorégulation, mais son application et l'éventuelle prescription de sanctions repose sur l'action des juges. Dans ce cas, la mission du régulateur est limitée à la production de règles. Au contraire, le régulateur privé peut assumer toutes ces fonctions, divisant sa structure de gouvernance en fonction des types de compétence exercées, afin d'assurer l'indépendance et l'impartialité de leur exercice. Il est également possible que toutes les fonctions soient conjointement exercées par différents régulateurs privés⁴¹. Ainsi, un

³⁹ Par exemple, pour ce qui concerne les associations qui opèrent en matière de services publics, beaucoup de principes relatifs à la transparence, à l'accès, à la démocratie interne ont été définis en partie à travers ceux des administrations publiques, en partie en les dessinant *ad hoc*. Aussi en l'absence de prévisions explicites, on suggère d'appliquer des principes analogues aux organismes privés qui accomplissent l'activité de régulation dans l'intérêt général.

⁴⁰ H. Collins, *Regulating contract*, cit. et C. Parker, *Introduction, Regulating law*, cit., p. 1

⁴¹ Par exemple, on peut voir le code italien *Codice deontologico e di buona condotta per i trattamenti di dati personali per scopi statistici e scientifici*, qui à l'art. 12 explique que les souscripteurs participent à la rédaction des règles, et en contrôlent l'application, en communiquant les violations au Garante, afin qu'il puisse les sanctionner.

organisme de régulation privé pourrait définir les standards de comportement ou plus généralement les règles applicables, un second régulateur privé exercerait l'activité de monitoring et contrôle (certification, audit, etc.), tandis que le dernier assurerait la fonction de résolution des conflits relatifs à l'application ou à la violation des règles.

Pour l'instant, nous considérons les trois fonctions facilement séparables et donc leurs caractéristiques facilement identifiables. Plus tard, nous examinerons aussi, mais brièvement, l'hypothèse d'une distinction incertaine, imposant au système de responsabilité de considérer les interdépendances de définition de standards et de contrôle⁴².

Au terme de la définition du processus de régulation, il apparaît que la difficulté provient de la détermination du système de responsabilité de ces régulateurs vis-à-vis des régulés et des tiers. En particulier, se posent les questions de la possibilité d'avoir un régime unitaire de responsabilité, applicable à toutes ces fonctions, et de l'opportunité de disposer d'un système diversifié de responsabilité. Au préalable, il faut préciser que la référence aux règles de responsabilité ne vise pas seulement les sanctions établies pour la réparation des préjudices mais comprend également les conditions, établies selon des caractéristiques différentes, de la simple compensation des préjudices et de la prescription des sanctions. De même, il faut préciser que nous concentrerons désormais notre attention sur les questions de responsabilité portant sur l'accomplissement d'obligations de régulation et de contrôle, tandis que ne seront examinées ni la responsabilité portant sur la résolution des conflits ni la responsabilité du régulateur privé pour son action judiciaire.

“Le Università, gli altri istituti o enti di ricerca e le società scientifiche conservano la documentazione relativa ai progetti di ricerca presentati e agli impegni sottoscritti dai ricercatori ai sensi dell'art. 3, commi, 1 e 2, e dell'art. 8, comma 2 del presente codice.

Gli enti di cui al comma 1:

a) *assicurano la diffusione e il rispetto del presente codice fra tutti coloro che all'interno o all'esterno dell'organizzazione, sono in qualunque forma coinvolti nel trattamento dei dati personali realizzato nell'ambito delle ricerche, anche adottando opportune misure sulla base dei propri statuti e regolamenti;*

b) *segnalano al Garante le violazioni del Codice di cui vengono a conoscenza.”.*

Il est utile souligner ceux qui sont les destinataires de l'activité du contrôle. La règle prévoit que l'activité de contrôle repose soit sur les organismes souscripteurs, soit sur les tiers vis-à-vis ces derniers. Seul le processus de co-régulation permet d'avoir cette extension des personnes destinataires, en revanche, un code purement privé n'aurait pas pu le faire en raison du manque de légitimité. Evidemment, ceci peut avoir des effets aussi sur la responsabilité pour défaut de contrôle.

⁴² En particulier le problème concerne le rapport entre définition des standards et procédures finalisées au monitoring de leur application. Les modifications intervenues suggèrent d'accomplir une évaluation complète de ces deux phases puisque il s'agit souvent d'un procès dans lequel le monitoring ne se présente seulement comme contrôle, mais, en produisant des nouvelles informations, permet de redéfinir les standards. Cfr. sur ce point F. Cafaggi, *Contractualizing standard setting in tort law, a paraître*.

4. Nature d'entreprise du régulateur privé, pouvoir discrétionnaire et responsabilité

Dans les hypothèses de régulation purement privée et d'autorégulation, l'activité exercée est soumise au droit des contrats, des sociétés ou des associations etc., selon la forme d'organisation adoptée⁴³.

La régulation privée est souvent présentée comme une activité d'entreprise. Une telle qualification aboutit à de multiples conséquences: d'un côté, elle renforce la nature de droit privé de l'activité et donc contribue à identifier le régime applicable. De l'autre, elle implique que l'activité soit exercée conformément au droit de la concurrence, identifie ses limites et définisse les recours juridictionnels en cas de violation du droit de la concurrence⁴⁴.

La définition entrepreneuriale de l'activité régulatrice est distincte de celle lucrative. Il y a plusieurs modèles d'entreprises sans but lucratif qui opèrent dans la régulation. De tels modèles

⁴³ Évidemment, les opinions sur ce sujet sont divergentes, puisque certains les considèrent comme activité administrative. Pour un essai sur la jurisprudence administrative concernant soit l'activité contractuelle soit les organismes privés, objet de transformation ou institués par la loi voir, G. Napolitano, *Il giudice amministrativo di fronte alla privatizzazione*, cit., 537. Quant à l'expérience italienne dans les marchés financiers cfr. G. Ferrarini, *L'ammissione a quotazione*, cit., qui affirme la nature d'acte d'autonomie privée du règlement des marchés, émis par société de Bourse et approuvé par la CONSOB, en introduisant le contrôle de la CONSOB dans le domaine du «*controllo amministrativo di contratti standard pur essendo qualificato dalla specialità dell'oggetto e dei fini*». p. 12.

⁴⁴ Sur ce point, voir les considérations produites dans les dispositions de l'AGCM italienne, par instance dans le cas CIF, qu'on retient applicables même à l'hypothèse de personnes qui exercent l'activité de régulation pure. La jurisprudence de la Cour de Justice s'est concentrée sur le pouvoir de régulation des ordres professionnels, arrêts C-309/99 Wouters [2002] ECR I-1577 et C-35/99 Arduino [2002] ECR I-01529 et C-198/01 Consorzio Industrie fiammiferi (CIF), 9.9.2003, ECR I.

Voir l'arrêt Wouters, par. 68, 69, 70. En relation au principe de l'autonomie institutionnelle invoqué par le gouvernement allemand (p. 54 et 55) la Cour opère une distinction : «*Ou bien, lorsqu'il octroie des pouvoirs normatifs à une association professionnelle, un État membre veille à définir les critères d'intérêt général et les principes essentiels auxquels la réglementation ordinaire doit se conformer ainsi qu'à conserver son pouvoir de décision en dernier ressort. Dans ce cas, les normes qui sont arrêtées par l'association professionnelle conservent un caractère étatique et échappent aux règles du traité applicables aux entreprises. Ou bien les normes arrêtées par l'association professionnelle sont imputables à elle seule. Certes, dans l'hypothèse où l'article 85, paragraphe 1, du traité trouverait à s'appliquer, il appartiendrait à celle-ci de les notifier à la Commission. Cette obligation n'est toutefois pas de nature à paralyser outre mesure l'activité réglementaire des associations professionnelles, comme le soutient le gouvernement allemand, la Commission disposant notamment de la possibilité d'adopter un règlement d'exemption par catégorie, en application de l'article 85, paragraphe 3, du traité. Le fait que chacun des systèmes décrits aux points 68 et 69 du présent arrêt ait des conséquences différentes au regard du droit communautaire n'enlève rien à la liberté qu'ont les États membres de choisir l'un ou l'autre*».

Mais voir aussi l'arrêt Arduino, cit., p. 34 et 35 : «*S'il est vrai que, par lui-même, l'article 85 du traité concerne uniquement le comportement des entreprises et ne vise pas des mesures législatives ou réglementaires émanant des États membres, il n'en reste pas moins que cet article, lu en combinaison avec l'article 5 du traité, impose aux États membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures, même de nature législative ou réglementaire, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises [...]. La Cour a jugé qu'il y a violation des articles 5 et 85 du traité lorsqu'un État membre soit impose ou favorise la conclusion d'ententes contraires à l'article 85 ou renforce les effets de telles ententes, soit retire à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention d'intérêt économiques*».

Voir aussi l'arrêt de la Cour de Justice Consorzio Industrie fiammiferi, au par. 51.

Ce sujet a été objet de polémique en référence au cas de la Borsa Italiana SPA, où les requérants avaient signalé la violation de la norme antitrust en contestant l'abus de position dominante. Cfr. R. Costi, *Libertà d'impresa e gestione dei mercati regolamentati*, Giur. Comm. 2000. p. 104. La question a été rejetée par le Tribunal, mais mérite peut-être quelque considération plus articulée soit pour ce qui concerne la possibilité d'une position dominante des bourses, soit - après en l'ayant affirmée - pour ce qui concerne les remèdes qui peuvent en résulter. Sur ce sujet, qu'il soit permis le renvoi à F. Cafaggi, *Rethinking private regulation*, à paraître.

prennent souvent la forme d'association ou de fondation, mais certains adoptent parfois la forme sociétaire.

Les conséquences liées à la qualification «entrepreneuriale» de l'activité régulatrice sont importantes même sur le plan de la responsabilité. En effet, comme dans toutes les entreprises, le régulateur privé qui adopte une forme juridique associée à l'exercice d'une l'entreprise, il doit supporter le risque d'entreprise. La responsabilité du régulateur doit être liée à l'acceptation d'un tel risque mais joue de manière renouvelée. Contrairement à ce qui se produit habituellement en cas de responsabilité de l'entreprise, où le standard relève d'une responsabilité objective, ici la nature de l'activité suggère d'apprécier le standard de responsabilité pour faute en relation à la fonction régulatrice de l'activité.

Dans ce cadre, il faut considérer non seulement la place laissée au pouvoir discrétionnaire dont dispose l'organisation entrepreneuriale dotée d'une fonction régulatrice, mais encore le rôle de la confiance vis-à-vis des régulés et les implications qui peuvent en résulter quant à la responsabilité.

Dans les formes de régulation coopérative, la protection de la confiance des régulés comme celle des tiers, a acquis une importance significative pour les deux catégories d'obligation (de régulation et de contrôle). La protection de la confiance est un objectif important même pour les régulateurs purement privés⁴⁵. Cet objectif doit se refléter dans le contenu des obligations et les formes de responsabilité.

Souvent ces obligations supposent un large pouvoir discrétionnaire sur les modalités de la protection de la confiance. Elles cherchent donc plutôt à garantir l'*an* (le devoir de réguler) en prévoyant une responsabilité pour défaut de régulation ainsi que des systèmes de contrôle qui emploient des outils autres que le droit de la responsabilité et qui se réfèrent à l'exercice de l'activité⁴⁶. La protection de la confiance constitue aussi un élément essentiel des interventions

⁴⁵ Voir pour le droit anglais *Watson v. British Boxing Board of control ltd.* [2001] 2 WLR 1256, et J. George, *Watson v. British Boxing Board of Control: Negligent rule making in the Court of appeal*, MLR, 2002, p. 106 ff., “*Thus the Board was a body with special knowledge giving advice to a defined class of persons in the knowledge that it would rely upon that advice in the defined situation of boxing contexts. I consider that the Juge was entitled to conclude that there was in this case reliance by Mr Watson on the exercise of skill and care by the Board in looking after his safety. This is a further factor which tends to establish the proximity necessary for the duty of care.*”

En droit anglais la protection de la confiance des régulés est aussi reconnue dans le domaine de la régulation publique. Voir P. Craig, *Administrative law*, cit., p. 891 qui rappelle Lord Hoffman en *Stovin v. Wise*. «*Lord Hoffmann accepted the doctrine of general reliance, developed in the Australian High Court but only in limited circumstances. The doctrine as propounded by Mason J. was based on the idea that the legislature might well have imposed powers on a public body in relation to matters of such a complexity or magnitude that individuals could not be expected to take adequate steps for their own protection. Such a situation generated a general expectation on the part of the individual that the power would be exercised and a realization on the part of the public authority that there would be general reliance on the exercise of that power. Lord Hoffmann held that it was essential to this doctrine that the benefit or service provided under statutory powers should be of a uniform or routine nature, so that one could describe exactly what the public authority was supposed to do as in the case of inspection for defects.*”

⁴⁶ Par défaut de régulation, on entend l'inexécution intégrale des obligations de régulation.

régulatrices récentes au niveau européen, en devenant presque une base juridique indépendante. Cet objectif doit donc se réaliser aussi sur le plan de la responsabilité des régulateurs privés.

Un autre problème majeur concerne l'intensité du pouvoir discrétionnaire dont dispose le régulateur privé et les motifs de l'attribution d'un tel pouvoir⁴⁷. Il faut, même en ce qui concerne le régulateur privé, distinguer les fondements du pouvoir discrétionnaire d'une part dans l'accomplissement d'obligations régulatrices et, d'autre part, dans celles de contrôle. Reste à examiner la question dans le cadre d'activités privées de nature «entrepreneuriale» et à définir l'équilibre trouvé entre la responsabilité civile et le contrôle juridictionnel. Comme on l'a soutenu dans le cadre de la responsabilité des acteurs publics, l'existence d'un pouvoir discrétionnaire n'exclut pas l'utilisation de la responsabilité civile⁴⁸. Au contraire c'est une modalité de contrôle du pouvoir.

La nature juridique des régulateurs privés exerçant des fonctions de régulation dans l'intérêt général est débattue, de même que la question de la réglementation qui leur est applicable dans une telle situation⁴⁹.

Le fait que l'activité régulatrice soit exercée par une personne de droit privé ne permet pas de parvenir à des conclusions précises sur la nature de l'activité exercée, puisqu'il est possible d'appliquer une législation de droit administratif à une organisation privée en raison des fonctions exercées⁵⁰.

⁴⁷ Quant aux marchés financiers, en particulier dans l'expérience italienne concernant la société de gestion de la Bourse, voir G. Ferrarini, *L'ammisione a quotazione*, cit., où on indique quelques exemples relatifs au pouvoir discrétionnaire dont la société de gestion dispose dans le déroulement de l'activité de *listing*. Ici, sont indiquées, d'un côté, les évaluations sur l'existence des conditions pour l'admission à cotation et, de l'autre, celles concernant le refus d'admission. Ferrarini souligne correctement la valeur du pouvoir discrétionnaire en relation au refus d'admission fondé sur la protection des investisseurs, p. 25.

⁴⁸ Pour ce qui concerne la relation entre pouvoir discrétionnaire et responsabilité civile des acteurs publics en droit anglais voir C. Harlow, *State liability. Tort and beyond*, cit., et auparavant, Ead. *Fault liability in French and English public law*, (1976) 39 MLR, p. 516.

La pertinence du pouvoir discrétionnaire se pose sur le plan de la violation plus que sur l'existence d'un devoir. «*Discretionary judgements made by public bodies, which the courts feel able to assess, should not therefore preclude the existence of negligence liability. This does not mean that the presence of such discretion will be irrelevant to the determination of liability. It will be of relevance in deciding whether there has been a breach of the duty of care.*» P. Craig, *Administrative law*, cit., p. 898.

⁴⁹ Sur ce point il y a évidemment des orientations diversifiées dans les secteurs où les régulateurs privés opèrent. Par exemple, voir la jurisprudence suivante sur les règles applicables aux ordres professionnelles: T.A.R. Lazio, sez. III, 3 luglio 2003, n. 5899; C. Conti reg. Sicilia, sez. giurisd., 29 aprile 1999, n. 128; Cassazione civile, sez. I, 29 agosto 1995, n. 9073; T.A.R. Lazio, sez. III, 15 gennaio 2003, n. 126; Cassazione penale, sez. VI, 18 ottobre 1990.

Il y a même quelques arrêts de principe du Conseil d'Etat italien concernant les critères pour la définition de ces acteurs. Cfr. par exemple le jugement du Consiglio di Stato italien, Sez. VI, 17 settembre 2002, n. 4711, où le Consiglio a affirmé que «*deve anche essere precisata l'irrelevanza dello svolgimento da parte dell'organismo di altre attività [...] il requisito del fine del soddisfacimento di bisogni di interesse generale, non aventi carattere industriale o commerciale, non implica che il soggetto sia incaricato unicamente di soddisfare bisogni del genere, ed anzi consente l'esercizio di altre attività*», voir aussi Consiglio di Stato, Sez. VI, mars 2001, n. 1206 2; Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 juin 2001, n. 3090; et Consiglio di Stato, sez. V, 6 octobre 2003, n. 837.

⁵⁰ on distingue entre des techniques qui requièrent l'emploi de moyens de droit civil afin d'accomplir l'intérêt général, vis-à-vis des techniques qui requièrent l'emploi de moyens de droit privé, soit concernant le gouvernement soit l'activité, qui sont contaminé par l'application de règles de droit administratif. Cfr. G. Napolitano, *Il giudice amministrativo di fronte alla privatizzazione*, MCR, 2003, p. 550, et Id. *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., p. 171.

Les conséquences sont très différentes sur les deux plans. L'application du droit administratif n'influence pas la possibilité que le régulateur privé soit de nature économique, ait la forme d'une entreprise et un but lucratif. Par ailleurs, les modalités du contrôle sur le pouvoir discrétionnaire des régulateurs privés peuvent changer selon que l'on applique le droit administratif ou le droit privé.

5. Responsabilité et contrôle juridictionnel des régulateurs privés: quel rapport doit-il exister pour obtenir l'équilibre ?

Avant de se concentrer plus particulièrement sur les hypothèses spécifiques de responsabilité, il faut préciser la nécessité d'un équilibre entre les différentes techniques de protection face à la responsabilité des régulateurs privés.

Il n'est pas nécessaire d'établir une correspondance entre l'illégalité de l'acte et la responsabilité du régulateur privé, comme cela se produit pour les régulateurs publics dans certains pays⁵¹. La question quant au rapport entre le contrôle juridictionnel et la responsabilité civile pour les régulateurs publics se pose dans une façon différente parmi les Etats membres de l' Union Européenne⁵².

Quant au droit privé, en général, les critères de la responsabilité civile se distinguent clairement de ceux de l'invalidation en cas de régulation illégale.

Il peut donc arriver qu'un acte de régulation illégal ne produise pas la responsabilité du régulateur, mais donne lieu à des sanctions d'invalidité⁵³.

De même, mais moins fréquemment, le régulateur privé peut être tenu pour responsable même en présence d'un acte de régulation ou de contrôle légal et valide. Lorsque l'acte ou le

⁵¹ Il est clair que tous les actes illégitimes ne sont pas liés à l'irresponsabilité de celui qui l'a promulgué. Sur ce point, le système juridique diffère : en France le principe est que "toute illégalité constitue par elle-même une faute", en Italie la règle est contraire, bien que récemment la Cour a reconnu la responsabilité en cas de lésion d'intérêts légitimes. Dans le système anglais, on distingue entre *judicial review* qui consiste en un contrôle de légalité, et la responsabilité liée à l'illégitimité. Pour une analyse approfondie, voir R. Caranta, *Public law and governmental liability*, M. Andenas et al., *Tort liability of public authorities*, cit., p. 271; D. Fairgrieve, *State liability in tort*, cit.

⁵² Dans le système anglais voir pour exemple les positions de P. Craig, *Administrative law*, cit., p. 936, et C. Harlow, *State Liability*, cit., p. 88.

En particulier s'avère intéressante la réflexion sur la relation entre responsabilité civile et invalidité de l'acte administratif et sur les problèmes qu'une réforme basée sur cette correspondance peut créer. Voir P. Craig, *Administrative law*, cit., p. 938 : "In cases where compensation might be given for invalidity the most serious problem is the breadth of the *ultra vires* doctrine. To render public bodies liable in damages whenever any of the various heads of *ultra vires* behaviour can be found would be to impose a very extensive liability. A public body may be found to have acted *ultra vires* for a number of reasons including : breach of natural justice, breach of other mandatory procedural conditions, misconstruction of the enabling statute, or violation of one of the principles governing the exercise of discretion, such as irrelevancy, propriety of purpose, unreasonableness and perhaps proportionality. The consequences of rendering public bodies liable for any species of invalidity *per se* can be appreciated by focusing upon jurisdictional error and excess of discretion."

⁵³ Le contrôle d'invalidité est un contrôle d'annulation dans le cas de régulation privé.

défaut préfigure une hypothèse d'illégalité et aussi une condition de la responsabilité, se pose un problème d'équilibre entre l'invalidation et l'obtention de dommages-interets.

Il existe un rapport de complémentarité fonctionnelle entre le contrôle judiciaire de l'activité de régulation et les règles de responsabilité menant à l'indemnisation des dommages causés, indépendamment de la position des régulateurs privés (c'est-à-dire indépendamment du fait qu'ils doivent ou non être assimilés aux régulateurs publics ou aux purs organismes d'autorégulation) qui opèrent dans un processus de coordination régulatrice. Une telle complémentarité subsiste pour les régulateurs purement privés, comme pour ceux qui participent à un processus de régulation avec personnes publiques ou privés mais de façons différentes⁵⁴.

Il est extrêmement difficile de parvenir à un équilibre entre :

- (1) d'une part, un système de contrôle de l'activité du régulateur privé, susceptible de conduire à une déclaration d'invalidité de l'acte de régulation (par exemple d'un code de conduite ou d'autorégulation ou d'un simple décision de l'association qui précise une procédure spécifique) avec des conséquences notables sur l'activité « entrepreneuriale » et contractuelle des régulés, et,
- (2) d'autre part, une déclaration de responsabilité qui sauvegarde la validité de l'acte mais en corrige les conséquences.

Quelle peut être la solution préférable ?

A première vue, la stabilité de l'activité réglementaire privée suggère de limiter considérablement les effets invalidants du contrôle de légalité sur le régulateur privé, et d'employer, autant que possible, l'outil de la responsabilité civile.

Est-il souhaitable de disposer d'outils juridiques permettant au juge de se rapprocher de l'action du régulateur *a priori* ou *in itinere* plutôt que d'en sanctionner les actes *a posteriori* et de faire application du moyen radical de l'invalidité? Comment opérer dans les hypothèses de défaut de régulation de régulation illégale ou d'abus de régulation?

Puisqu'il paraît très difficile de concevoir de tels instruments dans le cas de défaut de régulation, des dispositifs secondaires ont été définis par la jurisprudence et présentés au régulateur public à travers des mesures d'urgence, dans les hypothèses de régulation illégale. Ainsi, le pouvoir d'injonction peut être utilisé en cas de défaut de régulation. Certains systèmes permettent aussi le prononcé d'astreintes.

⁵⁴ Dans le cas des régulateurs publics, les systèmes sont différents. Il y a des systèmes où la responsabilité est toujours liée à l'annulation de l'acte régulatif et donc on ne peut pas séparer les deux remèdes et il y a des systèmes où on peut choisir alternativement responsabilité civile ou contrôle juridictionnel et annulation. Endroit privé général, le problème est souvent le contraire. C'est-à-dire qu'il y a des systèmes qui ne permettent pas de cumuler l'annulation et les dommages-interêts et des systèmes qui permettent de cumuler les deux.

Si cette perspective était accueillie, au moins en cas d'illégalité de l'acte de régulation, on pourrait maintenir des limites au contrôle de légalité, en intégrant des moyens directs (injonctions) aux faiblesses de la responsabilité civile dans sa capacité réparatrice pour aider le régulateur privé dans l'exercice de sa fonction.

Il convient alors de délimiter précisément ce pouvoir parce qu'on risque alors une prolongation, même instrumentale, du processus de régulation, provoqué par la personne qui se plaint d'avoir subi un préjudice, mais qui, en fait, préfère l'absence de régulation, même privée⁵⁵.

Le deuxième aspect, très différent de ce que met en œuvre le régulateur public, concerne la possibilité d'utiliser des sanctions internes à l'organisation à l'encontre notamment du personnel dirigeant des régulateurs privés. Alors qu'il est impossible pour le juge de demander le remplacement des régulateurs publics et leur substitution, sauf dans des cas exceptionnels, il est possible que les régulés, s'ils sont membres de l'organisation constitutive du régulateur privé et non pas simplement partenaires contractuels dans la relation de régulation, demandent le remplacement des directeurs ou des personnes chargées d'exercer de telles fonctions. Mais déterminer la probabilité et les conditions optimales de l'application d'une telle sanction en cas de violation des obligations de régulation va au-delà des objectifs de cette contribution.

6. Modèles de régulation et systèmes de responsabilité des régulateurs privés

Un profil qui mérite une réflexion concerne le rapport entre les modèles de régulation adoptés par le régulateur, (en ce cas privé mais partiellement applicable même au régulateur public), les systèmes de responsabilité et l'équilibre avec la sanction d'invalidité.

Il peut exister une corrélation entre modèle de régulation, obligations de régulation et systèmes de responsabilité. En conséquence, par exemple, à un modèle de «*command and control*» peuvent correspondre des obligations spécifiques de régulation et donc des systèmes de responsabilité différents de ceux liés à un modèle de «*responsive regulation*».

Dans le cas du régulateur privé, le modèle de régulation adopté a des effets non seulement sur la nature des droits, mais aussi sur les obligations du régulateur vis-à-vis des régulés et des tiers.

L'incidence du modèle de régulation sur les régulés liés contractuellement se distingue de l'incidence du modèle de régulation sur les tiers où au contraire, la responsabilité est généralement extra contractuelle. Cette distinction fait apparaître la double question (1) de

⁵⁵ La possibilité que les régulés instrumentalisent la protection judiciaire pour empêcher un processus de régulation est significative.

l'existence de la relation entre obligations de régulation et responsabilité, et (2) celle de la configuration de cette relation.

Lorsqu'il existe une relation contractuelle avec les régulés, le domaine de la responsabilité contractuelle du régulateur dépend de la nature de ses obligations qui devraient être représentatives du modèle de régulation.

Une régulation « *command and control* » par exemple doit comporter des obligations de définition ponctuelle de standards de conduite des régulés et un devoir d'en contrôler l'application.

Une régulation « *responsive* » peut, en revanche, définir un système de collaboration dans la définition des standards, ou une délégation aux régulés de l'identification de principes généraux, t comprenant une vérification *ex post*.

Tandis que dans le premier cas la responsabilité doit principalement se concentrer sur le produit de la régulation ou sur son défaut, dans la seconde la responsabilité concerne plutôt la conduite du régulateur, la possibilité d'une définition insuffisante des principes ou encore l'absence de suivi du modèle choisi par les régulés en coopération.

Dans quelle mesure les modèles de régulation privée peuvent modifier les critères d'imputation de la responsabilité extra contractuelle? Est-il possible que le critère de diligence et celui de faute peuvent incorporer des modèles différents de régulation, et donc que la responsabilité soit modifiée en fonction du modèle adopté?

En général la réponse doit être affirmative. La diligence du régulateur privé doit être coordonnée au modèle de régulation adopté, et ne doit pas s'inspirer d'un modèle générique et abstrait de régulateur.

Ceci peut modifier les profils considérés dans le paragraphe précédent en contribuant à la définition du rapport entre la fonction de la responsabilité et celle des autres techniques de contrôle, en particulier l'invalidité.

La nécessité que la responsabilité soit liée au système de régulation doit aussi permettre d'obtenir un équilibre entre techniques compensatoires et techniques d'invalidation, en raison du modèle spécifique adopté. On peut, par conséquent, parvenir, en matière de responsabilité du régulateur privé, à des conclusions diversifiées sur la nature et les modalités en raison du même modèle de régulation adopté⁵⁶.

⁵⁶ F. Cafaggi, *Modelli di regolazione privata e sistemi di responsabilità*, cit.,

7. La responsabilité du régulateur privé: structure et fonctions.

La nature de l'activité régulatrice est très différente pour chaque secteur et les modalités d'exercice correspondantes diffèrent sensiblement. Les différences ne sont pas seulement sectorielles mais aussi fonctionnelles: par exemple l'activité régulatrice privée, qui se traduit par la production de règles, est caractérisée par un pouvoir discrétionnaire plus vaste que dans le cas de l'activité de contrôle de la conformité aux standards définie par le législateur ou le régulateur⁵⁷.

En droit public, la responsabilité concerne principalement le défaut de contrôle⁵⁸; bien que les hypothèses de responsabilité pour violation de l'obligation de régulation soient rares ou quasi méconnues⁵⁹.

Des obligations d'exercice de la fonction régulatrice par les régulateurs privés en coordination avec les régulateurs publics sont souvent prévues dans la réglementation européenne, dans les actes nationaux de transposition du droit communautaire, et parfois dans la réglementation purement nationale. Ces obligations sont généralement de nature contractuelle. Toutefois, elles ne sont pas habituellement associées à des sanctions juridictionnelles explicites. Se pose alors la question de leur potentielle exécution judiciaire et des sanctions que les régulateurs publics peuvent mettre en oeuvre en cas de violation des obligations par les régulateurs privés.

Parfois on se réfère aux pouvoirs substitutifs du régulateur public par le gouvernement. Dans le domaine de la régulation coopérative, souvent le régulateur public, par exemple, peut intervenir et se substituer au régulateur privé dans l'exercice de telle activité. Par contre un pouvoir substitutif de l'autorité publique est généralement absent dans le cas de la régulation purement privée afin de protéger la liberté contractuelle.

La déclaration juridictionnelle de responsabilité pour défaut de régulation est donc très rare, sinon absente, dans le domaine de la régulation publique mais aussi dans celui de l'autorégulation ou de la régulation privée⁶⁰.

⁵⁷ Tel schéma de référence est présent même dans le secteur de la régulation publique. Le niveau du pouvoir discrétionnaire dont les autorités administratives indépendantes disposent dans l'exercice de l'activité de régulation est supérieur à celui de l'exercice d'activité de contrôle sur la conduite de régulés, bien que, comme on le verra, même le contrôle demande un marge significative de pouvoir discrétionnaire.

⁵⁸ Par défaut de contrôle, on entend l'inexécution intégrale du devoir de contrôle - Voir II -

⁵⁹ En droit anglais les conditions ont été déterminées dans le cas *Stovin v. Wise*. Voir P. Craig, *Administrative law*, cit., p. 890 « *It is clear from the majority judgement given by Lord Hoffmann in Stovin that the Courts only rarely imposed a duty of care on a public body in the context of a claim concerning failure to exercise a statutory power. The test laid down by his lordship can be summarized in the following manner:*

(1) In determining whether a public authority was under a liability for a negligent omission to exercise a statutory power, the court had to decide in the light of the statute conferring the power whether the authority was not only under a duty in public law to consider exercising the power but also under a private law duty to act, which might give rise to a claim in damages.

(2) There were two minimum conditions for basing a duty of care on the existence of a statutory power in respect of an omission to exercise the power. It must have been irrational for the authority not to have exercised the power so that there was in effect a public law duty to act; and there must be exceptional grounds for holding that the policy of the statute conferred the right to compensation on those who suffered loss if the power was not exercised.» Voir aussi B. Markesinis et S. Deakin, *Tort law*, cit., p. 377.

La situation est différente en cas d'obligation de contrôle. Les obligations de contrôle sur les régulés par les régulateurs publics sont différenciées. Les systèmes nationaux connaissent, sous cet angle, des évolutions convergentes tendant vers un niveau de responsabilité plus élevé en cas de défaut ou de mauvais contrôle des régulateurs publics. Ce niveau de responsabilité vise à atteindre la solution la plus opportune parmi différents choix: (a) l'extension du critère d'imputation de responsabilité aux hypothèses de dol, mauvaise foi et faute grave, ou (b) l'extension de l'indemnisation des dommages purement économiques (*pure economic losses*), ou patrimoniaux, du côté des dommages compensables⁶¹.

L'obligation de contrôle des régulateurs privés est généralement de nature contractuelle. Dans le cadre de modèles de coopération régulatrice l'obligation de contrôle doit être jointe à la recherche de règles qui reflètent l'intérêt général. La source de l'obligation dans cette hypothèse peut être contractuelle ou légale.

Souvent même les autorités de contrôle disposent d'un pouvoir réglementaire afin de spécifier les règles de conduite définies par le législateur pour l'exercice de la fonction de contrôle. Dans ce cas la responsabilité pour défaut de régulation doit être définie par référence aux règles de responsabilité en cas de défaut de contrôle, du fait de sa nature instrumentale.

Ainsi, la distinction des « domaines fonctionnels » de la régulation, vise, dans un premier temps, à évaluer l'existence d'obligations de régulation et, en cas de violation, d'éventuelles sources de responsabilité, pour examiner, dans un second temps, l'hypothèse d'obligations de contrôle et de responsabilité liées à leur violation.

Seront donc examinés cinq cas :

(I) Responsabilité pour activité de régulation, en distinguant entre défaut (manquement au devoir) de régulation, régulation illégale et régulation inadéquate.

(II) Responsabilité pour défaut de contrôle en distinguant entre le défaut total de contrôle et le contrôle défectueux.

⁶⁰ Quelques cas ont été interprétés comme carence de régulation. Mais il y a en effet des cas mauvaise régulation. Dans l'expérience anglaise voir *Watson v. British Boxing Board of control ltd.* [2001] 2 WLR 1256, J. George, *Watson v. British Boxing Board of Control: Negligent rule making in the Court of appeal*, MLR, 2002, p. 106, P. Craig, *Administrative law*, cit., p. 901, C. Harlow, *State liability*, cit., p. 36.

⁶¹ Bien sûr, dans le contexte des différences, mentionnées plus haut, entre les systèmes juridiques qui garantissent aux régulateurs publics une immunité partielle et ceux qui, au contraire, les soumettent à de possibles poursuites judiciaires pour responsabilité.

8. Responsabilité pour défaut de régulation et pour régulation défectueuse (I)

8. 1. Les obligations de réguler des régulateurs privés et les systèmes de responsabilité.

Les obligations de régulation des régulateurs privés découlent de sources différentes. Elles sont principalement de source contractuelle soit dans le cas d'autorégulation purement privée soit dans le cas de régulation privée dans l'intérêt général ou dans un contexte de coopération; toutefois, dans les cas d'autorégulation obligatoire, de co-régulation ou de régulation déléguée, la source peut être aussi une loi ou un acte administratif.

Les cas avérés et qui seront analysés séparément, sont (1) défaut (manquement au devoir) de régulation, (2) la régulation illégale en violation des principes auxquelles elle était soumise, et (3) la régulation inadéquate.

8. 1. 1. – Défaut de régulation par le régulateur privé

Le défaut de régulation peut conduire à la mise en cause de la responsabilité du régulateur lorsqu'il existe un devoir spécifique de régulation établi par une loi, un acte administratif, un acte ou un contrat constitutif du régulateur privé ou des codes d'autorégulation approuvés par le régulateur privé⁶². En présence d'une indication générique qui se contente, par exemple, d'encourager la régulation, il n'existe pas d'obligation et donc, pas de source de responsabilité en cas de carence⁶³.

8. 1. 1. 1. Responsabilité pour défaut de régulation et distinction entre différents types de régulation privée.

Le défaut de régulation présuppose donc l'existence d'une inexécution, un manquement du devoir de réguler. Elle peut avoir des sources différentes liées partiellement à la nature des destinataires de l'obligation et des différentes formes de responsabilité.

⁶² Voir pour l'expérience italienne, E. Del Prato, *I regolamenti privati*, Milano, 1988.

⁶³ Dans le cas des régulateurs publics quelques systèmes juridiques utilisent la distinction entre pouvoir de réguler et devoir de réguler pour définir le champ d'application de la responsabilité civile. Quand il y a pouvoir on peut appliquer la responsabilité. Pour une critique de cette approche en droit anglais voir P. Craig, *Administrative law*, cit., p. 904 « *It is overly formalistic to draw a radical division between those instances in which a public body is granted a statutory discretionary power and those areas where it vested with a statutory duty with the contrary implication* ».

Pour examiner les conséquences du défaut afin d'évaluer la responsabilité du régulateur, il faut préciser la relation qu'entretiennent l'activité de régulation et l'activité à l'origine des dommages. Souvent le défaut de régulation constitue une conduite illicite lorsqu'elle est associée à une activité illicite du régulé.

C'est le concours entre le défaut de régulation et l'activité de la personne potentiellement régulée qui crée le plus souvent les préjudices. En ce qui concerne le lien de causalité, évidemment, la question concerne l'importance des comportements (violation de l'obligation du régulateur par exemple) concluant clairement à l'absence de responsabilité du régulateur parce que les préjudices se seraient produits même si la régulation avait été adoptée.

En fait, un cas récurrent est celui d'une activité nuisible qui, si elle avait été régulée, aurait été interdite. Un autre cas est celui où une activité, antérieurement prohibée, devient licite du fait d'une nouvelle régulation désormais permissive. Un cas de dommages résultant du défaut de régulation peut, par conséquent, être identifié lorsque la régulation constitue une condition de licéité pour l'activité du potentiel régulé. A fortiori est-ce le cas d'une activité autorisée mais nuisible dans certaines conditions et qui doit donc être régulée.

On peut par conséquent distinguer les cas où concourent à titre différent la responsabilité du régulateur privé pour son défaut de régulation et la responsabilité du régulé potentiel pour les dommages causés aux régulés ou aux tiers.

- a) L'activité de régulation privée constitue une condition de licéité de l'activité de régulés.
- b) L'activité de régulation concourt à spécifier les modalités d'exercice d'une activité de toute façon licite
- c) L'activité de régulation rend illicite, en la prohibant, une activité autrement licite

8. 1. 1. 2. a) L'activité de régulation privé constitue une condition de licéité de l'activité de régulés.

L'hypothèse suppose que l'exercice de l'activité, en l'absence de régulation, constitue une conduite illicite et donne lieu à compensation. Dans cette hypothèse, l'activité de régulation privée a, indirectement, une fonction d'autorisation. Si l'exercice de l'activité du régulé donne lieu à une conduite illicite en l'absence de régulation, il est évident que le défaut de régulation cause un dommage au régulé potentiel qui ne peut pas exercer son activité professionnelle. Donc, tandis que la victime de dommages agira contre le régulé potentiel pour des dommages causés par une activité illégale, le régulé potentiel pourra agir contre le régulateur pour ne pas avoir régulé une activité, la rendant ainsi licite. Évidemment cette dernière prétention pourra être écartée s'il

existe une norme spécifique qui impose de produire une régulation directe permettant de rendre licite une activité autrement illicite.

8. 1. 1. 3. b) L'activité de régulation ne constitue pas une condition de licéité de l'activité du régulé mais son défaut d'exercice peut porter préjudice aux régulés potentiels ou aux tiers.

Dans ce cas le dommage résultant du défaut de régulation est relatif aux activités qui auraient été protégées si cette régulation avait été émise. On peut imaginer différentes hypothèses :

* La fixation de qualités minimales pour la protection des tiers. Par exemple, la détermination d'indices concernant le capital minimum dans le secteur bancaire. Les indices concernant la sécurité des produits ou les émissions nuisibles dans un processus industriel, etc.

* Une régulation « informative ». En l'absence de régulation, le régulé potentiel n'a pas informé (adéquatement) d'autres régulés ou des tiers, leur causant ainsi dommage.

Dans ces hypothèses la responsabilité de l'auteur du dommage, régulé potentiel, dépend de la possibilité de juger illicite sa conduite sur la base des critères généraux de responsabilité civile, même en l'absence de régulation. Le rôle de la régulation peut alors être celui de la détermination de standards de conduite, en réduisant le pouvoir discrétionnaire ou l'ambiguïté du paramètre, déterminés par les standards de responsabilité civile⁶⁴.

Du côté de la responsabilité, cette hypothèse peut mener à diverses possibilités : (1) on peut envisager la responsabilité du régulateur mais pas celle du régulé; (2) on peut envisager, à la fois, les responsabilités du régulateur et du régulé ou bien les tiers peuvent se retourner contre le régulé et ce dernier pourra ensuite s'adresser au régulateur; ici la responsabilité du régulé est subsidiaire (3) on peut, enfin, envisager la responsabilité du régulateur et du régulé potentiel. Dans ce dernier cas, les causes de la responsabilité du régulé potentiel, en présence de régulation, ne disparaissent pas du seul fait du défaut de régulation, tant il est probable que, en application des règles classiques de la responsabilité civile, le comportement du régulé potentiel pourrait être jugé comme fautif à défaut d'avoir adopté une conduite différente.

Dans le premier cas la responsabilité des régulateurs n'est pas engagée envers les régulés mais envers les tiers. Les standards d'appréciation utilisés par le droit de la responsabilité civile empêchent de tenir le régulé comme responsable mais permettent aux tiers d'exercer une action en responsabilité contre le régulateur privé.

Dans les second et troisième cas, il existe un concours de responsabilité entre le régulateur et le régulé envers le tiers mais le type de concours diffère. Le partage de responsabilité dépend de la

⁶⁴ Sur ce sujet voir F. Cafaggi, *Contractualizing standard setting in civil liability*, à paraître.

possibilité de considérer l'activité reprochée au potentiel régulé comme illicite, tout en retenant que, en présence de régulation, les dommages auraient pu être réduits voire évités.

8. 1. 1. 4. c) La régulation privée rend illicite, en la prohibant, une activité autrement licite.

Dans cette hypothèse le défaut de régulation implique la persistance de la condition de licéité d'une activité autrement illicite. Ceci exclut la possibilité d'identifier comme responsable le régulé potentiel. Lorsqu'on retient la licéité de la conduite du régulé potentiel en l'absence de régulation, la responsabilité repose exclusivement sur le régulateur privé sur lequel pesait l'obligation de régulation. Dans ce cas, les tiers - victimes d'un préjudice résultant de l'activité non réglée - auront intérêt à invoquer ce défaut.

En vérité, cette hypothèse où la responsabilité vise uniquement le régulé, est relativement rare. En effet, la structure même de la responsabilité civile suggère une fonction de 'suppléance' réglementaire en cas de défaut de régulation.

On peut ici souligner quelques différences entre la régulation purement privée, la régulation dans l'intérêt général et celle qui opère dans les processus de co-régulation ou de délégation réglementaire; les différences en effet jouent soit sur l'autonomie privée, soit sur les effets de la responsabilité.

Les limites de la régulation purement privée et de l'autonomie privée sont plus importantes que celles rencontrées par le régulateur privé lorsqu'il opère dans des processus de co-régulation ou même dans le cas de régulation privée dans l'intérêt général. Tandis que les régulateurs purement privés peuvent rendre illicite une pratique autrement considérée comme licite, dans certaines limites (les norme impératives et d'ordre public) et exclusivement au regard de membres de l'organisation d'autorégulation ou des souscripteurs du code d'autorégulation, en prohibant cette activité par une obligation de ne pas faire, dans le cas de régulation dans l'intérêt général ou de co-régulation les régulateurs privés peuvent *étendre* cette prohibition à tous les régulés, au dehors des la communauté des membres.

Sinon, dans le cas de la co-régulation les possibilités d'intervention sont nombreuses et tant qu'elles respectent la hiérarchie des sources, il peut être permis au régulateur privé de rendre licite une conduite autrement illicite. L'hypothèse la plus probable est celle selon laquelle la définition des standards repose sur le régulateur privé et son respect permet à une activité, autrement illicite, de rester licite. Mais le cas inverse peut aussi se produire: la définition de l'illicéité d'une activité autrement licite peut reposer sur le régulateur privé. Il est évident que le pouvoir du régulateur privé tient sa légitimité de l'intervention législative ou de la définition d'une procédure de co-

régulation soumise au contrôle public; donc, il ne s'agit pas d'un exercice 'subversif' de l'autonomie privée. Ce qu'on entend souligner, plutôt, c'est la différence de caractère de l'autonomie privée lorsqu'elle est exercée dans un système de régulation privée, de régulation privée opérant dans l'intérêt général ou dans un système de coopération réglementaire avec le régulateur public. Cette diversité se répercute sur la responsabilité du régulateur, en étendant les cas et en touchant à l'intérêt à agir dans le contrôle juridictionnel et pour l'action en responsabilité.

En cas d'autorégulation purement privée, une organisation - association, fondation, société, consortium - peut statutairement être obligée d'émettre un code d'autorégulation ou de définir les règles relatives à une certaine activité ou, par exemple, à la résolution de conflits entre des personnes appartenant à une catégorie.

De telles obligations découlent du statut juridique de ces organisations (par exemple le contrat ou l'acte unilatéral) et peuvent être utilisées contractuellement par les membres en cas de violation.

Assez typiquement dans l'autorégulation et dans la régulation purement privée, où de telles obligations sont aussi favorables aux tiers, les moyens juridiques propres à défendre un 'droit à la régulation' ne leur sont pas fournis. Les préjudices subis par le tiers du fait du défaut de régulation ne seront donc pas indemnisables.

Il en va autrement lorsque l'on opère dans le cadre de la régulation privée dans l'intérêt général ou de formes de coordination régulatrice: la responsabilité du régulateur privé joue alors soit vis-à-vis des régulés soit vis-à-vis des tiers, mais à des titres différents (on aura souvent une responsabilité contractuelle et une responsabilité extra-contractuelle).

En cas de défaillance de la fonction régulatrice, les associés ou les personnes nommées par le règlement interne pourront, avec indemnisation de dommages pour défaillance, dans les cas graves prononcer des sanctions d'organisation, en éloignant les administrateurs chargés de l'activité régulatrice ou en invoquant leur responsabilité pour défaut de contrôle sur ceux qui devaient émettre le règlement.

8. 1. 1. 5. Les recours 'internes' ou intra associatifs et les mesures juridictionnelles pour défaut de régulation

Souvent les régulateurs privés prévoient un système de justice interne grâce auquel ils résolvent les conflits entre régulés et entre ceux-ci et les tiers. Moins fréquemment, les codes d'autorégulation prévoient des dispositions relatives à la responsabilité de l'organisme pour défaut

d'activité de régulation ou pour défaut d'activité de contrôle sur les régulés. Il est donc possible d'identifier certaines catégories de mesures tentées à défaut d'indications précises dérivant des statuts et des codes. Ces mesures doivent être identifiées dans les législations spécifiques de chaque pays, portant sur la forme juridique du régulateur privé. Ainsi, en cas de forme associative et sociétaire, les recours concerneront la possibilité de révoquer les directeurs responsables de la carence.

8. 1. 1. 6. Les mesures juridictionnelles et les limitations du pouvoir juridictionnel sur les régulateurs privés

Aux mesures internes à l'organisation du régulateur privé, prévues par contrat ou par règlement, s'ajoutent des recours juridictionnels. Une question de caractère général porte sur les limites du pouvoir juridictionnel dans le cadre du contrôle de l'activité régulatrice privée, en particulier en cas de défaut. Ici, doivent être considérées deux types de limitations potentielles.

D'un côté, si l'activité de régulation est accomplie dans l'intérêt général, on trouve des limitations typiquement attachées au principe de séparation des pouvoirs et relatives au contrôle juridictionnel de l'activité de réglementation (*contrôle juridictionnel de l'activité administrative*).

De l'autre, on constate des limites relatives à l'intervention judiciaire dans la vie interne des associations, des sociétés et des fondations. En fait, malgré une différence d'intensité dans les systèmes juridiques, est habituellement reconnue l'existence d'un pouvoir d'interférence limité dans les affaires internes de l'organisme privé en cas de contrôle juridictionnel de légalité. Ces limitations, liées généralement à l'organisme même, doivent aussi être lues et interprétées en fonction des spécificités de l'activité régulatrice. Toutefois, il faut reconnaître la nécessité de permettre aux personnes privées, qui décident ou sont obligées de s'autoréguler, de définir les caractéristiques d'une telle régulation en limitant les pouvoirs de proposition du juge que ce soit en cas de défaut ou d'illégalité. On le verra, tandis que ces limitations ne pèsent pas particulièrement sur l'usage de l'action en responsabilité, elles s'avèrent en revanche beaucoup plus significatives en cas d'invalidation et plus encore en cas d'injonction, lorsque ce pouvoir se concrétise par des injonctions de faire, jointes à l'exercice de l'activité régulatrice.

Pour ce qui concerne les modalités de protection juridictionnelle, il est opportun de garder la distinction accomplie sur le plan analytique de la responsabilité, en distinguant l'hypothèse du défaut des deux cas de régulations illégale et inadéquate.

En cas de défaut, il existe au moins deux catégories de préjudices auxquelles sont associés différents moyens de contrôle: (1) l'indemnisation des dommages causés aux régulés et aux tiers

pour l'absence de régulation - donc l'action en responsabilité compensatrice, et (2) la nécessité d'écarter un acte réglementaire pour empêcher dans le futur la production des dommages, donc le pouvoir d'injonction.

Le premier cas de figure est relativement plus simple parce qu'il s'agit de vérifier quels sont les préjudices indemnifiables résultant du défaut de régulation selon la norme générale de responsabilité.

Il faut cependant considérer la typologie des organismes régulateurs pour distinguer entre responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle. Si l'obligation de réguler découle du contrat ou, comme en cas d'autorégulation obligatoire, si elle est définie par la loi mais son contenu est régulé principalement par un contrat, par exemple un code d'autorégulation, la responsabilité envers les régulés sera de nature contractuelle. Les responsables seront premièrement ceux qui, dans l'organisme, avaient l'obligation de réguler (par exemple les directeurs), mais l'association ou la société peut également être tenue responsable des dommages causés à ses membres ou simplement à ses partenaires contractuels. En revanche, si des tiers ont subi des préjudices et ont un intérêt à agir, la responsabilité sera généralement de nature extra-contractuelle, sauf si sont identifiables des devoirs de protection du régulateur privé envers les tiers ou si l'activité régulatrice s'avère configurée comme un contrat en faveur des tiers. Même dans ce cas, les systèmes juridiques nationaux varient significativement.

A quelles conditions est-il possible de tenter une action en responsabilité pour défaut de régulation vis-à-vis des tiers? Evidemment, cette action est possible lorsqu'il y avait une obligation de régulation provenant de la loi, pourvu que son contenu soit ensuite spécifié dans le contrat constitutif du régulateur privé ou dans les codes d'autorégulation qui ont été signés. Par conséquent, on doit arriver à la même solution en cas de devoir de contrôle suivant une délégation réglementaire du régulateur public ou directement posé par le législateur⁶⁵.

Le problème de l'exécution judiciaire de l'obligation contractuelle de régulation n'a pas de solution simple. L'obligation contractuelle de régulation appartient à la catégorie des obligations de faire qui posent de nombreux problèmes en cas de violation persistante. Contrairement à ce qui passe pour des obligations de faire matérielles, où la substitution de l'obligé constitue une solution possible, la prévision d'une condamnation et d'une substitution dans le cas d'obligations de régulation ne semble pas constituer une solution acceptable et efficace s'il existe une persistante violation. De telles difficultés, qui ne concernent pas la configuration d'une obligation en soi mais plutôt la possibilité d'exécution judiciaire, conduisent à se demander s'il est possible d'employer des moyens complémentaires qui assurent l'exercice de l'activité régulatrice.

⁶⁵ Sur l'obligation de contrôle et les droits des tiers voir la prochaine section.

L'opportunité d'employer la responsabilité civile pour exécuter de telles obligations et la définition d'un éventuel système de sanctions associées ne trouve pas de source d'inspiration dans la régulation publique. En effet le thème de la responsabilité des régulateurs publics se manifeste fréquemment, comme on l'a déjà souligné, à propos du défaut de contrôle tandis que le défaut de régulation et la régulation défectueuse n'ont pas jusqu'à présent suffisamment été sanctionner au niveau juridictionnel.

Évidemment le problème se pose dans les hypothèses où les régulés n'ont pas pu ou voulu utiliser des sanctions d'organisation conduisant à éliminer et substituer les dirigeants qui sont à l'origine de la violation. Les solutions possibles sont multiples. La première, désirable dans les hypothèses de régulation privée déléguée et de co-régulation, est la prévision législative d'un pouvoir substitutif qui puisse être automatiquement exercé et dont l'emploi puisse être subordonné à une autorisation du juge qui ayant vérifié la violation, ordonne, après en avoir spécifié les modalités, au pouvoir substitutif d'exercer l'obligation. La deuxième, en cas d'absence d'un pouvoir substitutif clairement indiqué, le juge peut identifier les modalités de constitution d'un comité *ad hoc* qui couvrirait le défaut de régulation en attendant que le gouvernement interne du régulateur privé y subviene. Ces solutions ne peuvent pas être utilisées en cas de régulation purement privée. En ce cas l'alternative est limitée aux remèdes internes ou juridictionnels.

Ceci reste à explorer, mais la possibilité d'employer la protection anti-monopolistique pourra être utilisée envers un régulateur privé opérant dans une situation de monopole. D'ailleurs des hypothèses de comportement abusif devraient pouvoir être définies dans l'exercice de l'activité de régulation. Ce problème ne sera pas abordé dans cette contribution mais la jurisprudence communautaire a déjà indiqué des pistes intéressantes⁶⁶.

8. 1. 2. Responsabilité pour régulation illégale et inadéquate. Réflexions introductives

Les hypothèses de régulation illégale et de régulation inadéquate posent des problèmes différents. Dans les deux cas, l'hypothèse opère à travers l'invalidité et la responsabilité pour l'acte de régulation.

Toutefois le problème principal concerne non seulement la possibilité d'une intervention directe du juge cherchant à éliminer les clauses illégales d'un code de conduite mais surtout, la possibilité d'une intervention d'intégration en cas d'annulation partielle. Une autre solution est clairement l'invalidation intégrale de l'acte réglementaire et sa substitution par le régulateur même.

⁶⁶ Voir la jurisprudence européenne à la note 49.

Dans le premier cas, si une régulation discriminatoire ou préjudiciable aux intérêts de certains régulés voire de tiers peut être déclarée invalide en vertu du contrôle en invalidité ou pour les pays qui différencient annulation et nullité on peut utiliser la nullité partielle.

L'intervention directe du juge avec la définition des clauses substitutives à insérer dans le contrat de régulation, par exemple dans le code de conduite, pose des problèmes. Une telle intervention, même si elle ne posait pas le problème de l'illégitimité de l'interférence du juge dans l'activité de régulation (en ignorant également le problème de séparation de pouvoirs), soulèverait de toutes façons des questions relatives aux limitations de l'autonomie privée dans l'exercice de l'activité régulatrice. Le principe général doit être la protection de l'autonomie privée dans le cas de régulation privée tandis que, en cas de régulation dans l'intérêt général, des pouvoirs judiciaires plus conformes à la protection des tiers doivent trouver application.

Dans le cadre de la régulation purement privée, le juge peut donc indiquer les principes auxquels les régulateurs, doivent se conformer pour la définition de l'acte de régulation faisant application de l'autonomie privée mais il ne peut généralement pas corriger l'acte de régulation dans son jugement. Dans les hypothèses de régulation d'intérêt général, de régulation privée déléguée ou de co-régulation, on doit prévoir des pouvoirs juridictionnels plus incisifs et la possibilité d'interventions directes, particulièrement en cas de préjudices graves pour les régulés ou pour les tiers. Quelquefois, dans les cas de régulation dans l'intérêt général, on peut avoir un pouvoir d'injonction grâce auquel le juge peut ordonner au régulateur privé de corriger la régulation et, en cas d'inexécution, il peut le condamner au paiement d'astreintes.

8. 1. 2. 1. Régulation illégale et abus de pouvoir de régulation

La régulation privée illégale peut être définie comme la régulation adoptée en violation des principes de régulation soit procéduraux soit substantiels, relatifs, par exemple, aux buts de la régulation. Seront intéressés à agir ceux qui ont effectivement subi un préjudice, à condition que celui-ci soit réel ou au moins prévisible et grave.

L'illégalité de la régulation privée peut résulter de l'abus d'activité régulatrice lorsque le régulateur privé opère au delà de son champ de compétence⁶⁷. On peut prévoir l'hypothèse d'abus ou d'excès de pouvoir de régulation. Ce sont, par exemple, les cas où, en violation du principe de proportionnalité, le régulateur privé adopte des régulations excessivement onéreuses

⁶⁷ La compétence est définie par contrat dans le cas de régulation purement privée, et par la loi, par acte administratif et par contrat dans le cas de régulation privée dans l'intérêt général, de régulation privée déléguée ou de co-régulation.

pour les régulés, ou à l'inverse, en violation du principe de conformité, il fait application des règles insusceptibles d'atteindre les objectifs envisagés⁶⁸.

Les hypothèses les plus courantes sont celles où la régulation viole des règles substantielles ou procédurales.

S'il y a régulation illégale, on opère un contrôle de validité partiellement lié au recours juridictionnel en annulation tel qu'il s'exerce sur les autorités administratives. Le problème concerne le choix entre un contrôle en invalidité et un contrôle en indemnisation. Cette alternative envisage la nullité et la responsabilité extra-contractuelle mais pose aussi la question du rapport entre nullité et responsabilité contractuelle⁶⁹.

Quand l'action en responsabilité, contractuelle ou extra contractuelle, peut-elle être associée à l'action en invalidité? A quel moment l'acte illégal de régulation, réalisant l'exécution mauvaise du contrat, peut-il conduire à une action en responsabilité, c'est-à-dire à l'utilisation de la responsabilité contractuelle?

De nombreux systèmes juridiques ne permettent pas de combiner responsabilité contractuelle et contrôle de validité pour les obligations ordinaires; il faut donc choisir entre les deux recours tandis que lorsque le cumul des recours est autorisé, les règles sont différentes. Lorsque la régulation publique est reconnue, il est parfois possible, avec de considérables exceptions, de cumuler l'action en responsabilité et le recours en annulation⁷⁰.

Est-ce que des principes analogues peuvent être applicables à la régulation privée? Pourrait-on ainsi voir un juge annuler l'acte réglementaire de régulation privée et condamner à l'indemnisation des dommages pour régulation illégale? L'alternative est double: soit on parvient à une telle solution en appliquant au régulateur privé les règles opérant pour la régulation publique, soit on autorise le juge à réparer le préjudice en ordonnant au régulateur de corriger la régulation illégale et non pas seulement d'allouer des dommages-intérêts. Cette dernière solution permet donc de cumuler le recours en annulation et le recours en indemnisation.

⁶⁸ On présuppose ici l'applicabilité du principe de proportionnalité aux régulateurs privés qui opèrent dans l'intérêt général ou dans le cadre de la régulation privée déléguée ou de la co-régulation.

⁶⁹ Dans quelle mesure la régulation privée illégale constitue-t-elle un acte invalide ou, au contraire, configure-t-elle une violation des obligations contractuelles dans le cas où la régulation même constitue l'exécution d'un contrat? Si on opte pour la nullité ou l'annulation, *il n'est pas question* d'un recours en indemnisation mais la question se pose si la défaillance conduit aussi à l'invalidité de l'acte réglementaire privé accompli par contrat.

⁷⁰ Ici les systèmes varient. Certains tendent à faire coïncider l'illégalité de l'acte avec l'illicéité de la conduite (par exemple, dans cette direction le droit français avec toutefois avec beaucoup d'exceptions) sur le point cfr. D. Fairgrieve, *State liability in tort*, cit.

D'autres, par contre, séparent les deux jugements et donc conduisent deux enquêtes différentes concernant l'illégalité de l'acte et l'autre l'illicéité de la conduite. R. Caranta, *Public law illegality and governmental liability*, cit., p. 271. Sur les difficultés à obtenir l'indemnisation de dommages du point de vue anglais voir P. Cane, *Administrative law as regulation*, cit., p. 220-221; et plus diffusément M. Andenas and D. Fairgrieve, *Misfeasance in public office: Governmental liability and European influences*, in D. Fairgrieve et al., *Tort Liability of public authorities in comparative perspective*, cit., p. 183.

L'autre hypothèse est celle où la régulation illégale résulte d'une violation de l'obligation contractuelle de réguler. Dans ce cas, on peut admettre un recours en indemnisation, bien que les conditions dans lesquelles le juge peut lui-même annuler l'acte, adopté en violation de la régulation, ne coïncident pas toujours. La possibilité de l'annulation totale devrait être limitée en tous cas, mais surtout dans les hypothèses de régulation dans l'intérêt général. On peut considérer que seul le cas particulièrement grave où la violation nuit à l'intérêt général - et non aux seuls régulés - peut justifier que l'annulation de l'acte de régulation suive le jugement constatant la violation de l'obligation de régulation.

En l'absence des dispositions légales spécifiques, le pouvoir judiciaire d'annulation ne devrait pas inclure un pouvoir de substitution. L'annulation de la régulation illégale peut être associée à une demande de réparation du dommage si celle-ci est fondée. Mais elle ne peut pas être associée à un contrôle actif dans lequel le juge se substituerait au régulateur privé⁷¹. Toutefois sont possibles, dans certains systèmes, des solutions permettant au juge d'identifier une personne différente et de lui donner temporairement les pouvoirs substitutifs en cas d'urgence.

Une fois éclaircie la structure générale des contrôles juridictionnels, il faut se demander si et comment le contrôle de validité doit être exercé. Comme on l'a déjà soutenu, ce contrôle peut avoir des effets considérables sur les régulés et sur les relations qu'ils entretiennent avec les tiers, entreprises ou consommateurs. Pour cette raison, devraient être préférés les moyens qui permettent aux parties s'estimant lésées, de faire valoir leurs droits avant que l'acte ne soit effectif, tout en limitant les recours en annulation aux seuls cas particulièrement graves.

Dans cette perspective, les changements intervenus dans la régulation publique au regard de l'élaboration des standards devraient conduire à la conclusion que des solutions analogues puissent jouer en cas de régulation privée, en assurant des formes de participation et de manifestation du désaccord pendant la procédure.

8. 1. 3. Spécificité du cas de responsabilité pour régulation inadéquate

Dans certains cas, la régulation qui existe n'est pas illégale mais elle ne suffit pas à protéger les intérêts des régulés.

Dans l'hypothèse d'une régulation inadéquate, l'activité régulatrice réalisée ne produit pas les effets souhaités, causant préjudice tant aux régulés qu'aux tiers qui, en respectant ces règles, auraient dû en recevoir un bénéfice⁷².

⁷¹ Cette règle générale connaît de nombreuses exceptions dans les Etats membres.

⁷² Pour un cas de régulation inadéquate qui a causé la responsabilité du régulateur privée voir *Watson v. British Boxing Board of control ltd.* [2001] 2 WLR 1256, J. George, *Watson v. British Boxing Board of Control: Negligent rule*

Lorsque les principes à l'origine de l'activité de régulation mentionnent précisément le critère d'efficacité, on se doit poser la question de l'existence d'une obligation contractuelle ou légale de réguler efficacement et de la possibilité de la sanctionner. Dans cette hypothèse, l'évaluation de l'activité du régulateur, quant à sa capacité réelle à produire les résultats escomptés, peut être subordonnée à un contrôle, au moins théoriquement. Il reste à évaluer si ce type d'appréciation doit constituer un objet du contrôle juridictionnel et, en cas de réponse positive, quelles doivent être les sanctions en cas de régulation inadéquate.

Il ne serait toutefois pas opportun de présenter l'obligation de régulation efficace comme une obligation de résultat. En conséquence, l'évaluation de la conformité aux résultats, sera principalement effectuée par des dispositifs différents de ceux appliqués pour l'évaluation de la responsabilité civile et supérieurs, en général, au contrôle juridictionnel. L'exercice de l'activité régulatrice présuppose, pour être efficace et adéquate, une importante marge de discrétion du régulateur privé pouvant entraîner une modification du régime de responsabilité et, en particulier, des critères d'imputation de la responsabilité.

8. 2. Responsabilité pour défaut de contrôle des régulateurs privés (II)

L'hypothèse de la responsabilité pour défaut de contrôle par le régulateur privé sur les régulés est, elle aussi, liée à la spécificité du système de régulation adopté.

Les modèles de contrôle dépendent surtout de l'évolution nationale des systèmes de droit privé. Donc la question de la responsabilité du régulateur privé pour défaut de contrôle dans les cas de régulation purement privée peuvent présenter d'un côté des analogies avec celle des régulateurs publics et d'un autre côté, des différences résultant de l'évolution du droit privé.

Les différences les plus importantes avec les régulateurs publics concernent les outils d'activation du contrôle juridictionnel, à travers l'évaluation de la mise en cause de la

making in the Court of appeal, cit., p. 106; C. Harlow, State liability, cit., p. 36. Le juge de la House of Lords a affirmé la responsabilité du régulateur pur régulation inadéquate. " Mr Watson (la victime) belonged to a class which was within the contemplation of the Board. The Board was involved in an activity which gave it, not merely a measure of control but complete control over and responsibility for a situation which would be liable to result in injury to Mr Watson if reasonable care was not exercised by the Board. Thus the criteria identified by Hobhouse L. Justice for the existence of a duty of care were present. In this case the following matters are particularly material:

- 1 Mr Watson was one of a defined number of boxing members of the Board*
- 2 A primary stated object of the board was to look after its boxing member's physical safety*
- 3) The Board encouraged and supported its boxing members in the pursuit of an activity which involved inevitable physical injury and the need for medical precautions against the consequences of such injury.*
- 4) The board controlled every aspect of that activity*
- 5) In particular the Board controlled the medical assistance that would be provided*
- 6) The Board had or had access to specialist expertise in relation to appropriate standards of medical care*
- 7) The Board assumption of responsibility in relation to medical care probably relieved the promoter of such responsibility . If Mr Watson has no remedy against the Board he has no remedy at all.*
- 8) Boxing members of the Board including Mr Watson could reasonably rely upon the Board to look after their safety." p. 1281*

responsabilité contractuelle et/ou extra-contractuelle pour défaut de contrôle du régulateur privé⁷³. D'autres différences avec le régulateur public concernent, dans la fonction de contrôle, la gouvernance et l'emploi du *peer monitoring*.

Dans le cas de défaut de contrôle, comme ce qui concerne la régulation défectueuse, la source de l'obligation de contrôle peut être soit contractuelle soit légale et ensuite spécifiée contractuellement.

En conséquence, la responsabilité pour défaut de contrôle est associée aux hypothèses dans lesquelles le surveillé a adopté une conduite illicite qui aurait pu être évitée ou dont les conséquences nuisibles auraient pu être réduites si le contrôle avait été suffisamment vigilant⁷⁴. Toutefois dans certains cas le contrôle ne concerne pas directement l'adoption de comportements illicites. Apparaissent donc des hypothèses dans lesquelles la responsabilité du régulateur privé surveillant ne correspond ni à une conduite illicite ni à une cause de responsabilité du régulateur - envers les autres régulés ou les tiers.

Les types de préjudices subis par les régulés du fait du défaut de contrôle sont généralement assez clairs. Toutefois, ils diffèrent sensiblement de secteur à secteur en raison même du rôle joué par la protection par le régulateur de la réputation des régulés.

En premier lieu, on peut considérer les hypothèses dans lesquelles la fonction de contrôle est de protéger la réputation de tous les régulés. Ceci est certainement vrai en ce qui concerne les marchés financiers et les établissements de crédit, mais aussi les organisations professionnelles et les marchés de biens. Un contrôle efficace, qui garantit le respect des standards par les régulés, permet de défendre la réputation collective des entreprises. Cette réputation, fondée sur l'obéissance à la régulation, offre un avantage compétitif significatif. Un contrôle inefficace, qui conduit à violer les standards de régulation impunément ou à des coûts élevés, peut générer des effets négatifs sur le marché entier, par exemple en diminuant la valeur de la propriété des entreprises. Une atteinte à la réputation, du fait du défaut ou de l'inefficacité du contrôle des régulateurs privés, peut aussi générer un accroissement des coûts liés au rétablissement de la confiance perdue du fait du désobéissant et de la défaillance de l'agent de contrôle. Bien que le préjudice et les coûts puissent être différemment répartis, rétablir la confiance est d'intérêt collectif pour la communauté des régulés et des tiers. Il existe donc un intérêt collectif à effectuer ce contrôle. Mais un intérêt individuel peut également être lésé par ce défaut de contrôle lorsque la violation concerne les relations entre les régulés (par exemple, dans l'hypothèse de concurrence déloyale).

⁷³ En particulier la différente structure du contrôle d'invalidité et l'emploi, dans le cas de régulateur privé de la responsabilité contractuelle.

⁷⁴ Par 'surveillé', il faut comprendre toute personne soumise à la régulation de contrôle.

Un système de régulation efficace présuppose que le régulateur privé détienne des pouvoirs de surveillance sur les régulés afin d'assurer la protection des intérêts poursuivis par la régulation.

L'évolution des modèles de régulation, spécifiquement les modèles de coopération, aussi bien de co-régulation que de régulation déléguée dans lesquels il y a au moins un régulateur public et un régulateur privé, suggère que l'activité de contrôle (*monitoring*) n'est plus réalisée seulement par le régulateur et à travers le pouvoir hiérarchique. Dans les cas des régulateurs privés, les techniques et les moyens de contrôle ne sont pas souvent celles de *command and control*, mais relèvent de modèles participatifs, où les régulés doivent contribuer à la définition des standards (*responsive regulation*). Souvent les premiers utilisent la hiérarchie et les seconds la coopération⁷⁵.

Mais dans quelle mesure les modèles organisationnels actuels de contrôle des régulateurs privés reflètent-ils ces caractéristiques ? En d'autres termes, s'agit-il d'organismes qui de toute façon adoptent un système de contrôle hiérarchique plutôt que hétérarchique ? Comment les deux systèmes se concilient-ils ?

Dans quelques cas, comme dans celui des marchés financiers et plus particulièrement des sociétés de gestion de la bourse, le contrôle vise souvent l'élaboration d'un processus de création de l'information qui voit la participation de plusieurs institutions appelées à certifier sa vraisemblance. Donc dans ces hypothèses, le régulateur privé intervient à la fin d'une chaîne réglementaire qui prévoit la participation et la responsabilité de plusieurs contrôleurs privés. Au regard des régulateurs privés, les caractéristiques de l'activité régulatrice permettent de définir des systèmes de contrôle qui ne conduisent pas, *a posteriori*, à des systèmes de responsabilité. Par exemple, si la définition du standard de conduite est la conséquence d'un processus dynamique auquel participent régulateurs et régulés, la violation du standard pourra être constatée au cours du processus réglementaire et constituer un élément de réflexion pour évaluer si elle résulte d'un comportement intentionnel ou fautif par défaut du régulé, ou encore d'une erreur d'évaluation.

Un tel processus a évidemment des conséquences sur les modalités d'exercice de contrôle du régulateur privé sur les régulés, et ensuite sur les modalités d'une action juridictionnelle en responsabilité pour défaut de contrôle. Par conséquent, existe-t-il un rapport étroit entre modalité de régulation, type de définition des standards, et modèle de surveillance ? Cette relation existe sûrement. Mais, si l'on reconnaît la corrélation fonctionnelle entre définition des standards et contrôle, telle qu'on en tire de précieuses indications, faut-il en conclure qu'il convient de définir un système unitaire de responsabilité pour l'élaboration des normes et leur contrôle d'application ? A quelles conditions celle-ci constitue-t-elle la solution optimale ? Dans quels cas une séparation fonctionnelle du modèle de définition de standards et de contrôle est désirable ?

⁷⁵ On ne doit pas associer les régulateurs privés avec modèles participatifs et régulateurs publics avec modèles hiérarchiques: quelque fois les premiers utilisent la hiérarchie et les seconds la coopération.

On ne peut pas répondre à ces questions dans le cadre de cet essai, mais ces réponses jouent probablement un rôle important pour la définition des systèmes de responsabilité.

L'importance de la relation entre systèmes de gouvernance et systèmes de responsabilité a déjà été indiquée. Il est finalement utile de souligner que les fonctions de la responsabilité pour défaut de contrôle et les standards de définition de la responsabilité du régulateur privé sont liés :

- aux modalités de définition des normes de comportement des personnes surveillées
- au système de gouvernance du régulateur privé.

Sur la base de cette hypothèse, il convient de préciser que de tels systèmes de responsabilité peuvent même reposer sur la distinction entre défaut de contrôle et contrôle inefficace.

Au préalable, il faut rappeler la distinction, mentionnée à propos du régulateur public, entre contrôle dans l'intérêt des surveillés et contrôle dans l'intérêt des tiers.

Dans le secteur du crédit et des marchés financiers, par exemple, la jurisprudence de certains pays s'est développée en faveur d'une distinction assez nette en relation avec les régulateurs publics⁷⁶.

Le résultat est évidemment différent dans les systèmes où est reconnue une véritable immunité des autorités de contrôle.

La responsabilité des régulateurs publics dans le cas de marché financiers a connu de récents développements⁷⁷ significatifs. L'arrêt anglais *Three Rivers*⁷⁸ témoigne d'une jurisprudence très intéressante.

⁷⁶En Italie la Corte di Cassazione, en assemblée générale, sur le thème du contrôle de crédit et du système mobilier, a affirmé que: “ *alla vigilanza sul credito ed il mercato mobiliare si riconducono un complesso di funzioni e compiti i quali, se hanno riguardo anche alla tutela degli investitori (art. 5 e 91 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) si esercitano poi sui soggetti abilitati. Questo comporta che tra soggetti abilitati ed autorità di vigilanza, la legge e sulla loro base i regolamenti delle medesime autorità configurano rapporti in cui la posizione e le connesse situazioni soggettive dei primi si correlano alle seconde. Diversa la posizione dei risparmiatori. Sin da quando, davanti al giudice ordinario, si è venuta presentando la problematica della responsabilità delle autorità di vigilanza per il mancato ed il cattivo esercizio della vigilanza, è stato rilevato in dottrina, che se è difficilmente configurabile in capo al risparmiatore la titolarità di un interesse legittimo e così una legittimazione ad impugnare i provvedimenti dell'autorità di vigilanza o i suoi silenzi, subito un danno dal risparmiatore per e nell'ambito della relazione contrattuale stabilita con il soggetto che avrebbe dovuto essere diversamente controllato, la lesione così arrecata al suo diritto di credito avrebbe per contro potuto dar luogo ad un diritto al risarcimento del danno verso l'autorità di vigilanza in quanto fosse risultato possibile delineare criteri dalla stregua dei quali valutare come colposo il comportamento da essa tenuto...Nel campo di materia individuato dal complesso di poteri e compiti dell'autorità di vigilanza sul credito e sul mercato mobiliare, emerge dunque accanto alla classe delle controversie tra autorità preposte alla vigilanza sul settore del mercato ed operatori del settore soggetti a tale vigilanza una seconda classe di controversie, che si caratterizza per il tratto di non dare luogo ad un rapporto tra utente del servizio ed autorità che vi è preposta, se non quando il modo in cui la vigilanza è stata svolta o non svolta assurge a fonte di danno.*” Ca S.U. ord. N. 6719, 2 mai 2003, p. 400.

⁷⁷ Sur ce point voir F. Rossi, *Tort liability of financial regulators*, p. 843 p. ss.

⁷⁸ *Three Rivers District Council and Others v. Governor and Company of The Bank of England* [2000] UKHL 33; [2000] 3 All ER 1; [2000] 2 WLR 1220 (18th May, 2000). Ici, la Court affirme en regard au cas de responsabilité de la Bank of England pour sa fonction de contrôle, en particulier la Court limite cette responsabilité en l'incluant dans le tort of misfeasance in public office: “*The coherent development of the law requires the House to consider the place of the tort of misfeasance in public office against the general scheme of the law of tort. It is well established that individuals in the position of the depositors cannot maintain an action for compensation for losses they suffered as a result of the Bank's breach of statutory duties [...]. Judicial review is regarded as an adequate remedy. Similarly, persons in the position of the depositors cannot sue the Bank for losses resulting from the negligent licensing, control or failure to withdraw a license [...]. The availability of the tort of misfeasance in public office has been said to be one of the reasons justifying the non-actionability of a claim in negligence where there is an act of*

De même des cas intéressants concernant la responsabilité des autorités publiques pour absence ou mauvais contrôle⁷⁹ ont été réglés en droit français.

En Italie il y a eu aussi des cas récents⁸⁰.

Récemment la Cour de Justice s'est prononcée sur un cas de responsabilité d'une autorité bancaire⁸¹. La Cour de Luxembourg a rejeté la responsabilité en affirmant l'inexistence de droits spécifiques des épargnants⁸².

maladministration [...] It is also established that an ultra vires act will not per se give rise to liability in tort [...]. And there is no overarching principle in English law of liability in tort for "unlawful, intentional and positive acts" [...]. The tort of misfeasance in public office is an exception to "the general rule that, if conduct is presumptively unlawful, a good motive will not exonerate the defendant, and that, if conduct is lawful apart from motive, a bad motive will not make him liable" [...]. The rationale of the tort is that in a legal system based on the rule of law executive or administrative power "may be exercised only for the public good" and not for ulterior and improper purposes; a decision reversed on the facts but not on the law by the House of Lords [...]." Voir aussi B. Markesinis et S. Deakin, *Tort law*, cit., p. 379 et p. 400.

⁷⁹ CE A 30/11/2001, *Ministre de l'Economie, des finances et de l'industrie c/ M. ou Mme Kechichian et a.*, Les petites affiches, 7/02/2002, n°28, p.20, où la Cour affirme, au regard de la Responsabilité de l'Etat pour les fautes commises par la Commission bancaire dans l'exercice de sa mission de surveillance et de contrôle des établissements de crédit, que la responsabilité de l'Etat pour les fautes commises par la Commission bancaire dans l'exercice de sa mission de surveillance et de contrôle des établissements de crédit ne se substitue pas à celle de ces établissements vis-à-vis, notamment, de leurs déposants; que, dès lors, et eu égard à la nature des pouvoirs qui sont dévolus à la Commission bancaire, la responsabilité que peut encourir l'Etat pour les dommages causés par les insuffisances ou carences de celle-ci dans l'exercice de sa mission ne peut être engagée qu'en cas de faute lourde.

⁸⁰ Voir Cass. 3.3.2001, n. 3132, Cass. S.U. n. 6179, 2003, App. Milano, 21 octobre 2003, Foro it. 2004, I, 584, Trib. Roma 26 luglio 2004, Foro it. 2005, I, 559. Pour une description de la jurisprudence récente voir R. Caranta, *La responsabilità delle autorità di vigilanza per mancato o insufficiente esercizio dei loro poteri*, Resp. Civ. prev. 2004, 181 et, E. Galanti, *Responsabilità delle autorità e controllo di giurisdizione*, BBTC, 2004, p. 406 ss.

⁸¹ Voir *Paul v. Bundesrepublik*, C.222/02, 12 octobre 2004. Dans ces circonstances, le Bundesgerichtshof a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

« 1) a) Les dispositions des articles 3 et 7 de la directive 94/19 [...] accordent-elles au déposant en plus du droit, en cas d'indisponibilité de son dépôt, d'être indemnisé par un système de garantie des dépôts jusqu'à concurrence du montant cité à l'article 7, paragraphe 1, le droit supplémentaire à ce que les autorités compétentes mettent en œuvre les mesures énumérées à l'article 3, paragraphes 2 à 5, et à ce qu'elles procèdent s'il le faut aussi au retrait de l'agrément donné à l'établissement de crédit? [...]

2) a) Les dispositions citées ci-après de directives relatives à l'harmonisation du droit de la surveillance des banques – seules ou ensemble et le cas échéant à partir de quel moment – accordent-elles à l'épargnant et à l'investisseur des droits en ce sens que les autorités compétentes des États membres doivent mettre en œuvre dans l'intérêt de ces personnes des mesures de surveillance qui leur sont déléguées par ces directives et sont responsables en cas de comportement fautif, ou la directive [94/19] contient-elle une réglementation spéciale exclusive pour tous les cas d'indisponibilité des dépôts? [...]

3) Si la Cour devait reconnaître que les directives citées ou certaines d'entre elles accordent aux épargnants et aux investisseurs le droit à ce que les autorités compétentes assurent dans leur intérêt des mesures de surveillance, la chambre soumet encore les questions suivantes:

a) un droit de l'épargnant ou de l'investisseur à la mise en œuvre dans son intérêt des mesures de surveillance dans une procédure dirigée contre l'État membre a-t-il un effet direct en ce sens que les normes nationales qui lui sont opposées ne doivent pas être appliquées, ou

b) l'État membre qui n'a pas tenu compte de ce droit des épargnants et des investisseurs lors de la transposition des directives est-il responsable uniquement en vertu des principes communautaires de la responsabilité d'État?

c) L'État membre a-t-il, dans ce dernier cas, violé le droit communautaire de manière assez caractérisée lorsqu'il n'a pas reconnu l'octroi d'un droit à voir mises en œuvre les mesures de surveillance?»

⁸² La Cour de justice a retenu que l'article 3, paragraphes 2 à 5 de la directive 94/19, « ne peut être interprété comme s'opposant à une règle nationale selon laquelle les missions de l'autorité nationale de surveillance des établissements de crédit ne sont accomplies que dans l'intérêt général, ce qui exclut selon le droit national que les particuliers puissent demander réparation des préjudices causés par une surveillance défaillante de la part de cette autorité », (par. 32). Le fait plus étonnant est le concept proposé par la Cour en par. 42, 43, 44, selon lequel l'harmonisation de systèmes de contrôle prudentiel ne requiert pas l'harmonisation de système de responsabilité des autorités nationales : « Ensuite, l'harmonisation prévue par les directives 77/780, 89/299 et 89/646, ayant pour fondement l'article 57, paragraphe 2, du traité, se limite à ce qui est essentiel, nécessaire et suffisant pour parvenir à la reconnaissance mutuelle des agréments et des systèmes de contrôle prudentiel qui permette l'octroi d'un agrément unique valable dans toute la Communauté et l'application du principe du contrôle par l'État membre d'origine. [par. 43] Or, la coordination des règles nationales relatives à la responsabilité des autorités nationales à l'égard des déposants en cas de surveillance défaillante ne paraît pas nécessaire pour parvenir aux résultats décrits au point précédent ».

Un élément très important dans la responsabilité pour défaut de contrôle, comme nous l'avons déjà dit au début de cet article, concerne les liens entre pouvoir discrétionnaire du régulateur, même privé, et responsabilité. Sur ce point, on ne peut pas partager la thèse selon laquelle l'attribution d'un niveau élevé de pouvoir discrétionnaire réduise le niveau de responsabilité pour défaut de contrôle. Il s'agit même dans ce cas de définir l'appréciation de la responsabilité, en particulier l'évaluation des critères de faute (ou responsabilité objective) et le lien de causalité, en relation avec le pouvoir discrétionnaire. En effet, un pouvoir discrétionnaire est souvent attribué dans le but de poursuivre l'intérêt des derniers bénéficiaires du processus de régulation et donc il ne peut pas se transformer en un moyen justifiant l'immunité du régulateur.

A défaut de contrôle, la répartition entre responsabilités contractuelle et extra-contractuelle joue encore: il y aura responsabilité contractuelle en cas de manquement au devoir de contrôle qui lie contractuellement l'organisme vis-à-vis des régulés. Par contre, on doit recourir à la responsabilité extra contractuelle lorsqu'un tel rapport n'existe pas. Ce sera en particulier le cas en ce qui concerne les tiers.

De même que pour l'obligation de régulation, l'hypothèse de violation de l'obligation de contrôle conduit à différents types de responsabilité envers les tiers. Il en est ainsi, par exemple, des épargnants ayant subi un préjudice du fait d'une fraude, qui n'a pas été empêchée par le régulateur dans l'exercice adéquat de son contrôle et qui a donc été perpétrée à leur rencontre.

Mais pourraient-ils tenter une action en responsabilité contractuelle pour violation d'une obligation de protection du régulateur privé ou s'agit-il, dans ce cas, de responsabilité extra contractuelle? En outre, dans cette dernière hypothèse peut-il exister une obligation fondée sur le principe général du *neminem laedere* né d'un pur acte réglementaire? La réponse devrait être affirmative. Dans le pays où le cumul est possible, les deux peuvent être utilisées. Par exemple, dans certains pays membres de l' Union Européenne, les sociétés de gestion de bourse peuvent être responsables vis-à-vis de ceux qui ont été admis à cotation mais également sur le plan de la responsabilité extra contractuelle vis-à-vis des investisseurs⁸³.

Parfois les tiers ne sont pas titulaires d'un droit d'action en responsabilité contractuelle vis-à-vis de la société ou de la banque qui a commis cette conduite illicite. Plus souvent, l'action sera

⁸³ Sur le point cfr. G. Ferrarini, *L'ammissione a quotazione*, cit., p. 28, part. p. 36 où toutefois on en affirme la fonction résiduelle. " *In conclusione, la stessa responsabilità per il listing ha una funzione residuale, nel senso che la responsabilità degli altri soggetti (amministratori, sindaci, revisori, sponsor) per i danni eventuali eventualmente arrecati agli investitori non comporta necessariamente una responsabilità di borsa italiana, mentre la ricorrenza di quest'ultima di per sé dovrebbe dimostrare che gli altri controlli sono mancati in qualche aspetto essenziale (generando, verosimilmente il diritto della società di gestione ad agire in regresso verso i principali responsabili dei danni subiti dagli investitori).*" Cfr. sur le point Vella, *La responsabilità civile delle autorità di vigilanza*, cit., qui réaffirme la fonction résiduelle mais aussi l'importance de la responsabilité p. 303

seulement une action en responsabilité extra-contractuelle pour inexécution de l'obligation de contrôle.

Des problèmes majeurs se présentent pour ce qui concerne la responsabilité du régulateur privé qui opère dans un système de régulation privée pure. L'activité de contrôle effectuée en raison des obligations statutairement définies, pourrait difficilement – en cas de défaut ou manque de contrôle – fournir un intérêt à agir à des tiers qui n'auraient pas bénéficié d'indemnisation, si l'obligation de contrôle avait été respectée. Aussi même persuadés qu'il s'agit d'un contrôle opérant dans l'intérêt de tiers, l'effet de protection de l'autorégulation, réalisé par le biais de la contrôle, ne pourra pas donner lieu à des actions en responsabilité, sauf s'il émerge du contrat que la régulation a comme objectif principal ou exclusif la protection de tiers identifiés ou facilement identifiables.

De même façon, dans le cas de standards définis par des organes de normalisation et liés à la sécurité des produits, on peut s'interroger sur la nature de leur responsabilité vis-à-vis des consommateurs ayant subi un préjudice du fait de la violation d'un standard destiné à un producteur. Peut-on envisager une responsabilité extra contractuelle au nom d'une obligation de surveillance, résultant d'un pur contrat d'autorégulation? Même ici le recours à la responsabilité extra contractuelle peut jouer lorsque l'activité de contrôle résulte d'une obligation législative, quoique son contenu a été défini ou spécifié à travers le contrat. Le problème concerne les cas de la régulation privée pure dans lequel l'obligation de contrôle tire sa source du contrat seulement. Les manifestations actuelles du principe de la relativité des contrats (*privity*) sont telles qu'il sera très difficile de voir aboutir une telle action en responsabilité. Si et dans la mesure où il est possible de déterminer un devoir de protection relatif au contrôle, devrait même dans cette hypothèse apparaître une responsabilité contractuelle pour violation des devoirs de protection.

La différence conceptuelle par rapport à l'hypothèse d'obligation de régulation est toutefois significative. Dans l'hypothèse d'obligation de régulation, la distinction entre régulateurs et bénéficiaires de la régulation rendait facilement compréhensible la différence entre d'une part, l'obligation de régulation comme obligation contractuelle de prestation et d'autre part, les devoirs de protection envers les tiers non régulés, (ces devoirs dérivent de l'obligation et leur violation est liée au manquement de l'obligation de régulation). Au contraire, dans le cas du contrôle, une telle distinction tend à se réduire. En effet, le pouvoir de contrôle vis-à-vis du surveillé constitue une obligation contractuelle vis-à-vis des autres régulés – qui, eux-mêmes pourraient subir un préjudice en cas de manquement à cette obligation. Mais le préjudice principal résultant de la violation de l'obligation de contrôle semblerait opérer vis-à-vis des tiers sauf dans l'hypothèse de la réputation et des autres situations spécifiques.

8. 2. 1. Les mesures contre le défaut de contrôle et le contrôle fautif du régulateur privé

Défaut de contrôle ou contrôle fautif peuvent permettre l'adoption de conduites illicites des régulés et parfois des tiers - lorsque le contrôle régulateur *est étendu* aux tiers - créant alors des préjudices à d'autres régulés ou à d'autres tiers (en raison de la violation de la règle). La nature du recours dépend même ici de trois variables identifiées en cas de défaut de régulation :

- la forme juridique du régulateur privé et sa gouvernance ;
- la relation entre surveillant, surveillé et victime du dommage ;
- le secteur concerné.

En ce qui concerne la forme juridique du régulateur privé, les réflexions précédentes sur le défaut de régulation sont applicables. Donc, même ici, la nature et les formes de la responsabilité dépendront de la forme juridique du régulateur privé (société, association, consortium, fondation) et, dans la forme, des types choisis. Donc la nature de la responsabilité envers les associés et les tiers peut changer.

Il y a beaucoup d'analogies avec les conclusions menées en matière de violation de l'obligation de régulation. La relation entre le superviseur et le surveillé, notamment, peut s'appliquer à l'obligation contractuelle du régulateur envers le régulés, ayant pour objet le contrôle du respect des règles prévues pour les régulés ou pour les tiers.

La source contractuelle de l'obligation de contrôle peut à son tour se caractériser différemment et résulter du contrat constitutif dans lequel est prévu, par le biais de l'objet social, l'activité de contrôle. En revanche, l'obligation peut être définie dans un acte postérieur à la constitution du régulateur. Il en est ainsi, par exemple d'un code d'autorégulation émis par le régulateur privé seul ou avec d'autres entités parmi lesquelles on peut avoir le régulateur public. Dans ce code peut être prévue une clause attribuant au régulateur le rôle de contrôle sur la conformité au code. Il peut également se présenter dans un acte formellement unilatéral où le régulateur privé assume une telle obligation envers des tiers.

Dans d'autres cas, comme celui de la société de gestion de la bourse italienne, les obligations vis-à-vis des sociétés cotées ont un caractère contractuel, bien qu'elles ne découlent pas du contrat constitutif mais de l'acte de cotation, et en particulier de celui avec lequel la société adhère à la bourse

Ces actes différents peuvent conduire à des hypothèses de responsabilité contractuelle pour défaut de contrôle ou contrôle négligente. En l'absence d'une discipline spéciale, doivent

s'appliquer les principes généraux ayant pour objet la responsabilité pour violation des obligations de faire, s'il s'agit d'une responsabilité plus spécifique que la responsabilité contractuelle générale. Toutefois, une obligation de contrôle peut ne pas trouver sa source dans le contrat, mais résulter plutôt de la loi ou de l'acte administratif dans lequel le régulateur privé se voit déléguer la fonction régulatrice par le régulateur public⁸⁴. Dans ces hypothèses, la nature de la responsabilité sera généralement extra-contractuelle.

Dans le secteur des marchés financiers par exemple les deux cas les plus aboutis sont ceux, d'une part, de la responsabilité de la société de gestion de la bourse pour violation du devoir de contrôle vis-à-vis des investisseurs, qui avaient investi sur des sociétés cotées mais mal surveillées, et, d'autre part, de la responsabilité de ces mêmes sociétés vis-à-vis du régulateur public.

Dans le premier cas, les fonctions de contrôle envers les sociétés cotées visent au contrôle des investisseurs aussi bien que du marché, et donc, les investisseurs, parallèlement à l'action en responsabilité reconnue par certains systèmes envers le régulateur public, jouissent d'un droit d'action à l'encontre du régulateur privé.

Dans le second cas, il faut s'interroger sur les moyens dont l'organe public de contrôle dispose pour assurer le respect des obligations de la société de gestion de la bourse. En particulier, il faut se demander si les pouvoirs et les responsabilités du régulateur public pour la contrôle de l'activité de la société de gestion peuvent être corrigés par une action en responsabilité civile lorsque le régulateur privé, en violant ses devoirs, a négligé de surveiller adéquatement.

On doit reconnaître la possibilité d'employer la responsabilité civile comme moyen de dissuasion, permettant au régulateur public d'exercer un contrôle efficace sur le régulateur privé, dans la mesure où il existe. De même, dans d'autres hypothèses de co-régulation, la responsabilité pour violation des obligations de contrôle, reposant sur le régulateur privé en vertu d'un acte législatif ou de délégation réglementaire, pourrait permettre au régulateur public d'agir en responsabilité contractuelle ou civile pour violation des obligations assumées.⁸⁵

Dans le cas du contrôle, les fonctions classiques de la responsabilité civile et, en particulier, celles de l'indemnisation de dommages, prévention et compensation, paraissent protéger adéquatement les intérêts des personnes ayant subi un préjudice du fait de la violation. Toutefois,

⁸⁴ Par exemple le code de conduite sur la protection de données dans l'expérience italienne. Voir art. 12 Codice di deontologia e di buona condotta per i trattamenti di dati personali per scopi statistici e scientifici « *Le Università, gli altri istituti di ricerca e le società scientifiche* [...] »

a) *assicurano la diffusione ed il rispetto del presente codice fra tutti coloro che, all'interno o all'esterno dell'organizzazione, sono in qualunque forma coinvolti nel trattamento dei dati personali, realizzato nell'ambito delle ricerche, anche adottando opportune misure sulla base dei propri statuti e regolamenti*

b) *segnalano al Garante le violazioni del codice di cui sono a conoscenza*”.

⁸⁵ Dans le cas français il s'agira de responsabilité administrative. Voir D. Boumezbeur, *Rapport sur l'autorégulation en France*, à paraître in F. Cafaggi, *Un recherche comparative sur l'autorégulation en Europe*.

le problème se complique si le contrôle des régulés doit avoir non seulement l'objectif de stimuler un contrôle adéquat, mais aussi celui d'assurer que l'organisme de contrôle dispose d'une gouvernance adéquate. En d'autres termes, si la violation ne résulte pas de la conduite négligente d'un ou de plus personnes, mais plutôt de l'inefficacité du modèle organisationnel de contrôle, les sanctions économiques pourraient avoir une efficacité limitée. Dans quelle mesure est-il légitime que les régulés, et non les tiers, dans des modèles où ils relèvent de l'organisation, puissent utiliser des sanctions d'organisation ? Comment demander le remplacement des organes délégués ou de direction pourtant chargés de la définition du système de contrôle et/ou de ceux qui ont la responsabilité organisationnelle du fonctionnement ?

Une réponse préliminaire à la question devrait autoriser à reconnaître dans une certaine mesure un pouvoir d'utiliser - comme dans le cas du défaut de régulation - des sanctions d'organisation pour le régulateur privé, en le distinguant du régulateur public.

Il faut cependant souligner que celles-ci varieront sensiblement d'un modèle à l'autre, puisque seuls les modèles dans lesquels les régulés sont associés permettront d'utiliser, bien que limitativement, de telles actions.

9. Réflexions conclusives

La régulation privée constitue un phénomène en développement croissant au niveau national comme européen. Les formes les plus diffuses et reconnues sont celles qui opèrent soit dans le cadre de modèles de régulation coordonnés où coopèrent selon des modalités différentes, régulateurs publics et privés, soit dans le cadre d'une régulation privée d'intérêt général. De tels modèles divergent de ceux d'autorégulation, dans lesquels le rapport de régulation est limité aux relations avec les régulés qui participent d'une manière ou d'une autre à la fonction de l'organisme régulateur.

Les fonctions de régulation concernent l'activité proprement régulatrice, celle du contrôle de la conformité des règles et celle de la résolution des conflits. Dans les réflexions précédentes, on a analysé principalement les deux premiers profils, en laissant de côté la responsabilité du régulateur privé- juge.

Le développement de tels modèles pose des problèmes de réglementation concernant la structure organisationnelle du régulateur privé, les moyens utilisés dans l'activité régulatrice et les modalités de contrôle sur l'activité de régulés voire parfois des tiers qui relèvent de la chaîne de régulation.

L'accroissement des fonctions de régulation dans l'intérêt de personnes différentes des régulés demande l'adaptation des moyens du droit privé. Il stimule par conséquent le développement d'un droit privé européen de la régulation, qui distingue entre les hypothèses d'autorégulation, des régulateurs privés purs et celles de régulateurs privés opérant dans les processus de régulation coopératifs ou dans l'intérêt général⁸⁶.

Ce droit privé européen de la régulation est destiné à s'expliquer par des formules de coordination entre les différents niveaux institutionnels (*multilevel regulation*) qui varient sensiblement s'il y a au moins une compétence normative de l'Union dans le secteur faisant l'objet de la régulation⁸⁷. Toutefois, même dans les hypothèses où manque une telle compétence, on assiste au développement, au niveau européen, de modèles de régulation caractérisés par un rôle de coordination de la Commission. Parfois la coopération entre public et privé est disciplinée au niveau national, tandis que, au niveau européen, des organismes de coordination entre des régulateurs privés tendent à harmoniser les modalités d'intervention et à réaliser le transfert d'information et de connaissance entre les différents régulateurs nationaux.

L'exécution de ces fonctions demande un système de responsabilité adapté aux pouvoirs attribués aux régulateurs privés, de façon à assurer un système efficace de responsabilité et d'injonctions. Le risque, en cas contraire, est celui de stimuler la création de pouvoirs privés de nature corporative qui ne soient pas *responsables* et donc qui ne disposent pas de légitimité.

L'hypothèse de défaut de régulation ou de régulation défectueuse comme celle de défaut de contrôle ou de contrôle négligent, fait état d'un trait commun de la responsabilité du régulateur privé : il s'agit souvent d'une responsabilité liée à celle du régulé. Dans le premier cas parce que l'accomplissement de l'obligation de régulation permet une activité autrement illicite, dans le deuxième cas parce que l'accomplissement de l'obligation de contrôle empêche ou réduit sensiblement les conséquences résultant de la violation des obligations du régulé.

Plus fréquente dans la responsabilité pour défaut de régulation ou régulation défectueuse que dans celle pour défaut de contrôle ou contrôle négligent, il y a même des hypothèses de responsabilité du régulateur privé indépendantes de la l'adoption de comportements illicites par les régulés.

Les différents types de recours en responsabilité existants associent l'emploi de la responsabilité civile, contractuelle et extra contractuelle, avec des moyens différents du contrôle juridictionnel en cas de régulation et de contrôle.

⁸⁶ Por cette distinction voir F. Cafaggi, *Le role des acteurs privés dans le processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée*, cit., p. 23

⁸⁷ Voir F. Cafaggi, *Un diritto privato europeo della regolazione?*, cit., p. 205, M.A. Frison Roche, *L'interregulation*, et Jacques Ziller, *L'interregulation dans le contexte de l'intégration européenne et de la mondialisation*, Revue française d'administration publique, 2004, p. 17 ss.

Par ailleurs, la distinction entre phase de régulation et de contrôle devient moins claire, parce que, plutôt que d'utiliser un acte individuel, la fixation de standards destinés aux régulés résulte de processus de collaboration entre régulateur et régulés, où les finalités de la régulation sont redéfinies en fonction de nombreux facteurs tels que, par exemple les évolutions des technologies ou des marchés. Davantage qu'un contrôle de la conformité aux règles, ceci constitue le moyen de contrôle du respect des standards et contribue éventuellement à leur redéfinition aux fins d'amélioration de leur efficacité. Evidemment demeure toujours le caractère de punition, mais il est associé à celui de coopération. Une telle présence simultanée rend plus complexe et peut rendre ambiguë le rapport entre régulateurs et régulés par contraste avec le rapport plus traditionnel schématiquement conflictuel, mais permet plus souvent de s'approcher davantage de l'objectif de régulation.

Un tel processus impose de modifier le système de responsabilité civile en considérant uniformément le processus régulateur et, donc, en définissant une responsabilité du régulateur réellement en harmonie avec sa nature juridique.

L'analyse s'est concentrée sur les deux phases (*standard setting et monitoring*) en assumant leur séparabilité. Des réflexions nouvelles permettront d'examiner les conséquences de l'intégration de la détermination des normes et du contrôle sur la responsabilité.

Dans l'hypothèse de régulation *stricto sensu* l'analyse des deux cas de défaut de régulation ou de mauvaise régulation a mené à des résultats différents.

En cas de défaut, considérant l'emploi de la responsabilité dans sa fonction compensatoire et indemnitaire, on a signalé ses limites comme technique permettant d'assurer l'accomplissement intégral de l'obligation de régulation. En considérant l'obtention de la régulation comme but principal, on a tiré des conclusions-clés quant à l'insuffisance du moyen de la responsabilité civile.

On a donc suggéré, grâce aux exemples considérés, l'emploi de moyens complémentaires tels que le pouvoir substitutif de régulation attribué aux régulateurs publics et les sanctions d'organisation afin de remplacer les auteurs des violations.

La régulation illégale pour violation de principes permet, en revanche, l'emploi de la responsabilité soit comme fonction compensatoire soit comme fonction corrective et partiellement intégrative de l'acte de régulation. Il s'agit, dans cette hypothèse, d'évaluer dans quelle mesure le contrôle d'invalidité peut être complété par des pouvoirs judiciaires d'intervention substitutive directe, ou par des pouvoirs d'injonction qui conduisent le régulateur privé à l'adoption d'une solution conforme aux principes, par exemple en précisant les contenus d'un acte régulateur légal que le régulateur a l'obligation d'émettre.

Dans ce cas là la comparaison avec les systèmes de contrôle juridictionnel de l'activité des régulateurs publics peut offrir des solutions plus intéressantes que ceux concernant le défaut de régulation.

Le juge peut rarement directement compléter ou intégrer l'acte de régulation privée, tandis qu'il pourra plus souvent définir ou suggérer au régulateur les modalités correctes. Le principe de l'autonomie privée ne permet pas des interférences substantielles mais bien davantage un rôle promotionnel.

Il s'agit alors d'«intégrer» les modalités typiques d'intervention du juge vis-à-vis des organisations privées, en employant des techniques de coopération entre régulateurs privés et juges plutôt que des moyens de contrôle. Le juge dans le droit privé de la régulation effective (*rectius* devrait effectuer) donc un pouvoir plus incitatif que coercitif.

Se pose la question de la responsabilité pour la fonction de contrôle du régulateur privé, au moins lorsque celle-ci coïncide avec celle de contrôle sur la conformité des règles prévues par le même régulateur, par le régulateur public ou même par le législateur. Ici la responsabilité civile peut avoir une fonction préventive et compensatoire.

Si les ressources pour le fonctionnement du régulateur privé proviennent des mêmes régulés, soit par contribution soit par paiement de sanctions, l'emploi des mêmes ressources pour compenser les personnes ayant subi un préjudice, pose des problèmes et des difficultés. Une autre difficulté se produit lorsque le responsable n'est pas le régulateur en tant que personne juridique, mais les personnes investies de la responsabilité dans l'organisation tels les dirigeants.

Comme on l'a vu, la responsabilité pour défaut de contrôle est souvent associée à une responsabilité des régulés pour violation des règles. Le régulé peut être responsable envers le régulateur, les autres régulés ou les tiers.

L'analyse des différentes expériences nationales à défaut de normes communautaires – même sectorielles –, démontre que la responsabilité civile contractuelle et extra contractuelle est sous-utilisée. Toutefois, le pouvoir discrétionnaire, comme l'enseigne l'expérience de la régulation publique et des autorités administratives indépendantes, ne devrait pas se transformer en garantie d'immunité. Il impose qu'on modifie les paramètres de responsabilité en définissant le critère de faute en relation avec la fonction accomplie par le régulateur. Dans ce cadre, les différences entre illégalité de l'acte de régulation et illicéité de la conduite du régulateur, qui émergent sur le plan des quelques législations nationales à propos du régulateur public, peuvent créer de sérieux freins aux processus d'harmonisation européenne, qui utilisent le moyen de la régulation privée en lui appliquant les régimes de responsabilité prévus pour les régulateurs publics. Les droits privés nationaux sont peu développés parce que l'émergence de leur fonction de régulation est un

phénomène relativement récent. Toutefois la première, et sans doute préliminaire, analyse suggère que les différences sont mineures et, donc, moins problématiques en cas de processus d'harmonisation qui envisageraient de considérer au sein de l'activité même, la responsabilité des régulateurs privés.

Il serait de toute façon souhaitable qu'une conscience importante et des indications plus précises, au moins sur le plan des principes, accompagnent le droit dérivé européen qui préfère plus souvent des modèles de coordination régulatrice. Ainsi on encouragerait chaque droit national à la construction d'un droit privé de la régulation cohérent avec ces nouvelles fonctions dérivées du droit privé européen de la régulation, en permettant cependant un développement conforme aux différentes traditions juridiques.