

## **Tribunal des conflits**

**N° 4026**

**Société Fairvesta International et autres c/ Autorité des marchés financiers**

**Rapporteur : S. Canas**

**Séance du 12 octobre 2015**

**Lecture du 16 novembre 2015**

### **CONCLUSIONS**

#### **M. Bertrand DACOSTA, Rapporteur public**

La société Fairvesta International GmbH, société de droit allemand, propose aux investisseurs français des produits immobiliers dénommés Mercatus VII, Lumis et Chronos ; il s'agit de participations dans des sociétés en commandite simple ayant pour objet l'acquisition, la gestion ou le négoce d'immeubles. Cette société fait partie d'un groupe qui comprend également les sociétés Faiversta Europe AG et Fairversta Europe AG II, qui distribuent en France des produits financiers (des obligations, appelées Maximus) ; ces deux sociétés ont leur siège social au Lichtenstein, dont l'autorité de régulation leur a délivré un agrément pour commercialiser des instruments financiers. Enfin, la société Faiversta Vermögensverwaltung International AG a obtenu un agrément en France, en tant que prestataire de services d'investissement, auprès de l'Autorité de contrôle prudentiel.

Le 21 juillet 2011, l'Autorité des marchés financiers (AMF) a publié sur son site internet, dans la rubrique « mises en garde », un communiqué relatif aux activités de la société Fairversta International. Ce communiqué mentionne que la société propose des placements immobiliers avec des perspectives de rendement élevées et que les personnes qui les commercialisent tiennent « *des discours parfois déséquilibrés au regard des risques en capital encourus.* » Il observe également que ces produits ne relèvent pas de la réglementation applicable aux titres financiers, mais rappelle les règles de vigilance que les épargnants doivent appliquer avant tout investissement.

Le 17 juillet 2012, l'AMF a publié un deuxième communiqué analogue (« *L'AMF attire à nouveau l'attention du public sur les activités de la société Fairversta* »), qui précise toutefois, dans une note de bas de page, qu'indépendamment de ces placements immobiliers, les sociétés Faiversta Europe AG et Fairversta Europe AG II émettent des obligations visées par l'autorité de régulation du Lichtenstein, dont la documentation est disponible sur le site de l'AMF.

Enfin, le 5 novembre 2012, un troisième communiqué a attiré l'attention du public sur le site internet de Faiversta, en rappelant que les produits concernés ne relevaient pas de la réglementation des titres financiers et en indiquant qu'ils n'avaient pas donné lieu à l'élaboration d'un document d'information visé ou revu par l'AMF.

La société Faiversta International a alors demandé à l'AMF, d'une part, de l'indemniser du préjudice qu'elle estimait avoir subi, d'autre part, de publier un communiqué rectificatif. Cette demande a été rejetée. La société Faiversta International et les autres sociétés du groupe ont saisi le Conseil d'Etat de trois requêtes tendant à l'annulation des trois communiqués, à l'annulation de la décision de refus opposée à la demande de rectification et à la réparation de leur préjudice.

Par une décision du 10 juin 2015, le Conseil d'Etat, après avoir joint les requêtes, a estimé que soulevait une difficulté sérieuse la question de la compétence pour connaître des conclusions tendant à l'annulation des communiqués et du refus de les rectifier. Il vous a donc saisis, en application de l'article 35 du décret du 27 février 2015.

\* \* \*

Le contentieux des décisions prises par l'AMF est partagé entre les deux ordres de juridiction, non pas sur le fondement de critères jurisprudentiels, qui auraient dû conduire à l'attribuer en totalité au juge administratif, mais parce que le législateur en a décidé ainsi.

L'article L. 621-30 du code monétaire et financier dispose ainsi que les recours formés contre les décisions individuelles de l'AMF autres que celles relatives aux personnes et entités mentionnées au II de l'article L. 621-9 sont de la compétence du juge judiciaire. Le II de l'article L. 621-9 énumère diverses catégories de personnes soumises à des obligations professionnelles au respect desquelles il incombe à l'AMF de veiller. Le critère de répartition tient donc à la qualité de la personne concernée. L'article R. 621-45 précise que « *les recours contre les décisions de portée individuelle prises par l'Autorité des marchés financiers relatives aux agréments ou aux sanctions concernant les personnes et entités mentionnées au II de l'article L. 621-9 sont portés devant le Conseil d'Etat* » ; les autres recours contre les décisions de portée individuelle prises par l'Autorité des marchés financiers sont portés devant la cour d'appel de Paris.

Relevons, au passage, que l'article R. 621-45, dont le seul objet est de désigner le juge compétent au sein de chacun des deux ordres de juridiction, ne saurait évidemment modifier la ligne de partage établie par le législateur : il en résulte que, malgré sa lettre, la juridiction administrative est bien compétente pour connaître de l'ensemble des décisions individuelles de l'AMF relatives aux personnes et entités mentionnées au II de l'article L. 621-9, et pas seulement des agréments et des sanctions.

Rappelons également que vous avez déjà eu à connaître de la question de compétence s'agissant de la responsabilité de l'AMF (qui est dotée de la personnalité morale). Vous avez jugé « *que, si l'article L. 621-30 du code monétaire et financier réserve à l'autorité judiciaire compétence pour connaître des recours formés contre les décisions individuelles de l'Autorité des marchés financiers autres que celles relatives aux personnes et entités mentionnées au II de l'article L. 621-9 du même code, et si, par suite, il en va de même pour les actions tendant à la réparation des conséquences dommageables nées de telles décisions, en revanche, les actions mettant en cause le fonctionnement defectueux des services de cette autorité publique relèvent de la compétence de la juridiction administrative.* »

\* \* \*

Quelle est la nature de ces « communiqués » de l'AMF, en cause dans la présente affaire ?

Ils se rattachent à l'une des missions de cet organisme, mentionnée à l'article L. 621-1 du code monétaire et financier : veiller à l'information des investisseurs. A cette fin, l'AMF émet des mises en garde, qui tantôt, comme en l'espèce, ciblent des opérateurs nommément désignés, tantôt se limitent à alerter les épargnants sur l'existence de pratiques irrégulières ou excessivement risquées.

Il s'agit d'une forme d'expression de ce « droit souple » auquel le Conseil d'Etat a consacré son étude annuelle en 2013, et qui trouve un terrain d'élection dans le champ de la régulation économique et financière.

L'une des difficultés les plus délicates provoquées par son essor a trait à la justiciabilité de tels actes : faut-il ouvrir le prétoire et, dans l'affirmative, selon quelles modalités ?

Cette question est à l'arrière-plan de votre saisine, mais il ne vous appartient pas de la trancher, pour des raisons que nous allons évoquer. Nous nous bornerons à relever que si la jurisprudence administrative a longtemps appliqué avec une grande rigueur les règles de recevabilité du recours pour excès de pouvoir (tout en laissant ouverte la voie du recours indemnitaire), elle fait preuve, depuis quelques années, de davantage de pragmatisme, sans que cette évolution soit, peut-être, allée jusqu'à son terme.

La règle a été formulée avec clarté par le commissaire du gouvernement, Mme Laroque, dans ses conclusions sur la décision du Conseil d'Etat Société anonyme « Laboratoire Goupil » du 27 mai 1987 (p. 181) : « *le juge administratif ne peut, sauf exception, être saisi que d'une décision* » et « *le caractère décisoire de l'acte résulte de la modification qu'il apporte à l'ordonnancement juridique : la circonstance qu'il fasse grief à un administré ne suffit pas à rendre ce dernier recevable à former un recours pour excès de pouvoir si cet acte n'est pas susceptible par lui-même de modifier sa situation juridique.* » A ainsi été jugé irrecevable, à cette occasion, un recours formé contre un avis de la Commission de sécurité des consommateurs. La même solution a été retenue, en nous cantonnant à des actes de portée comparable, c'est-à-dire à des actes dépourvus de caractère normatif, pour une recommandation de la CNIL relative à l'utilisation par les candidats aux élections politiques et par les partis politiques de fichiers privés (CE, 27 septembre 1989, S.A. Chopin, S.A.R.L. Editions de Mirandol et Société Presse Mailing Service c/ CNIL, T.), une mise en garde émanant du président du CSA (CE, 4 octobre 1996, Conseil interprofessionnel du vin de Bordeaux et autres, p. 381), une recommandation émise par la commission des clauses abusives (CE, 16 janvier 2006, T.<sup>1</sup>), une recommandation de la Haute autorité de lutte contre les discriminations, dès lors du moins qu'elle ne fait pas usage de la possibilité dont elle dispose de lui assurer une publicité particulière (CE, 13 juillet 2007, Société « Editions Tissot », p. 335), une recommandation du collège de la Haute Autorité de santé exprimant une préférence pour la non-inscription d'une spécialité sur la liste des spécialités remboursables par la sécurité sociale (CE, 12 octobre 2009, Société Glaxosmithkline Biologicals et Société Laboratoire Glaxosmithkline, T.) ou encore différents avis de l'Autorité de la concurrence

---

<sup>1</sup> La décision du ministre décidant de publier une recommandation peut, elle, faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, mais sans que soient invocables des moyens mettant en cause le contenu de la recommandation

(CE, 11 octobre 2012, Société ITM entreprises, p. 359 ; CE, 11 octobre 2012, Société Casino Guichard-Perrachon, p. 361).

Cette ligne jurisprudentielle connaît, toutefois, divers tempéraments. En premier lieu, elle ne joue pas, traditionnellement, lorsque l'acte s'inscrit directement dans une procédure susceptible de déboucher sur le prononcé d'une sanction par l'autorité même qui l'a édicté (pour un rappel, cf. les décisions Société ITM entreprises et Société Casino Guichard-Perrachon). En second lieu, dans la logique issue de la décision de section Mme Duvignères du 18 décembre 2002 (p. 463), est réservée l'hypothèse dans laquelle la prise de position de l'autorité administrative revêtirait le caractère de dispositions générales et impératives (mêmes décisions ; cf. également CE, 26 septembre 2005, Conseil national de l'ordre des médecins, p. 395, à propos des recommandations de bonnes pratiques établies par l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé ; CE, 13 juillet 2007, Société « Editions Tissot », préc.). Enfin, le Conseil d'Etat prend parfois en considération les effets réels de la prescription, lorsque le public concerné est, en pratique, tenu de s'y conformer (cf. en ce sens CE, 17 novembre 2010, Syndicat français des ostéopathes, T. et surtout CE, 27 avril 2011, Association pour une formation médicale indépendante, p. 168, à propos des recommandations de bonnes pratiques élaborées par la Haute autorité de santé, « *eu égard à l'obligation déontologique, incombant aux personnels de santé, d'assurer au patient des soins fondés sur les données acquises de la science, telles qu'elle ressortent notamment de ces recommandation de bonnes pratiques* » ; cf. dans le même sens CE, 4 octobre 2013, Société « Les laboratoire Servier », T., à propos de l'information de pharmacovigilance élaborée par l'AFSSAPS).

Ceci étant, il ne vous appartient pas de vous prononcer sur le point de savoir si les communiqués de l'AMF constituent des décisions ; il vous revient simplement de déterminer si ce sont des décisions individuelles au sens de l'article L. 621-30 du code monétaire et financier. Or nous n'avons guère d'hésitation à vous proposer d'y répondre par la négative. Comme le rappelle le professeur Chapus dans son manuel, « *pour qu'une décision puisse être reconnue comme individuelle, il est nécessaire que la norme qu'elle édicte ait pour destinataire une ou plusieurs personnes nominativement désignées.* » Les destinataires des communiqués de l'AMF, ce sont les investisseurs. Peu importe, à cet égard, que ces communiqués, comme en l'espèce, mentionnent les noms des diverses sociétés, et l'on a vu, d'ailleurs, que tel n'était pas toujours le cas. La catégorie des décisions administratives individuelles a été forgée par une jurisprudence ancienne du Conseil d'Etat ; elle emporte, de par différentes dispositions législatives, des conséquences juridiques déterminantes ; il serait très inopportun de la tordre ou de la distendre. Si le Conseil d'Etat devait s'engager dans une voie conduisant à reconnaître aux communiqués de l'AMF ou d'autres instances de régulation, destinés à alerter le public, le caractère d'actes susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, il aurait à s'interroger sur la catégorie mobilisable. Ce ne serait pas, a priori, celle des actes réglementaires (contrairement aux recommandations de bonnes pratiques, pour lesquelles cette qualification a été retenue) ; peut-être devrait-on recourir à cette catégorie tierce et résiduelle que l'on désigne communément sous le nom de décisions d'espèce ; ou bien en créer une nouvelle ; mais il s'agit là de droit-fiction...

Si vous nous suivez, vous n'aurez pas à rechercher si les communiqués contestés se rapportent ou non à des personnes mentionnées au II de l'article L. 621-9.

Reste le refus de rectifier les communiqués, qui a été opposé à la société Fairvesta International.

Notons que, dans la jurisprudence administrative, il existe une sorte d'asymétrie : ce n'est pas parce qu'un acte n'est pas susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir que la même solution s'applique au refus de le modifier.

Vous pourriez être tentés de voir dans la décision de l'AMF refusant la rectification de ses communiqués une décision individuelle dont le destinataire est, cette fois, la société et qui relèverait, elle, de la compétence du juge judiciaire, si la société devait être regardée comme n'entrant pas dans le champ de l'article L. 621-9.

Un tel raisonnement pourrait toutefois avoir pour conséquence, peut-être pas dans cette affaire, mais dans d'autres, un éclatement du contentieux entre les deux ordres de juridiction, le juge administratif étant compétent pour connaître du recours formé contre le communiqué et le juge judiciaire pour connaître de celui dirigé contre le refus de le rectifier.

Un souci de bonne administration de la justice nous paraît commander, au contraire, que la compétence pour connaître du refus de modifier un acte suive la compétence pour connaître de cet acte.

PCMNC à ce que vous déclariez la juridiction de l'ordre administratif compétente pour connaître des conclusions tendant à l'annulation des communiqués et du refus de les rectifier et au rejet, dans les circonstances de l'espèce, des conclusions des sociétés tendant à l'application de l'article 75 de la loi du 10 juillet 1991.