

III^e édition du Congrès Africain des Juristes d'entreprises (**COJA 2010**)

Organisé par le Centre africain pour le Droit & le Développement



« Lecture de la crise : crise de la finance ou crise du juridique ? »

Par Emmanuel JEULAND, Professeur à l'Université Paris 1.

Tél : (0033) 0153382338
Email : emmanueljeuland@wanadoo.fr

Je remercie, tout d'abord, les organisateurs et en particulier le **Dr. S. Ousmanou**, c'est toujours très complexe d'organiser de tels évènements. C'est l'occasion de retrouver un vieil ami et de découvrir de nouvelles personnes. Je les remercie aussi de m'avoir proposé un sujet aussi passionnant et en même temps quelque peu impossible, c'est un sujet de thèse ou plutôt d'essai, je ne ferai que l'effleurer. Il s'agit de se donner un peu de recul et de mettre à jour quelques généralités pour ensuite aborder des thèmes plus opérationnels au cours de ce colloque.

Je dois préciser que je ne suis pas spécialiste de droit financier, c'est en civiliste que j'aborde la question. Je ne suis pas non plus praticien. Certains d'entre vous connaissent concrètement les questions dont je vais parler de manière théorique. Enfin, je crois qu'il est important de préciser que je vais m'exprimer selon un angle français voire européen. La question de l'angle est ici particulièrement importante, s'agissant d'une crise presque mondiale. La crise peut être vue différemment selon les pays et la question de la responsabilité des juristes et du droit peuvent peut-être recevoir des réponses légèrement différentes. Ainsi, j'ai été presque surpris du sujet qui m'était proposé. Je ne crois pas que l'on se soit posé la question aussi directement en France. On a plutôt le sentiment que les responsables de la crise sont américains et que nous en avons subi le contrecoup. Dès lors rechercher les responsabilités parmi les différentes professions ne me semble pas avoir été un sujet très répandu. Par ailleurs, si des juristes et un droit sont concernés ce sont les avocats d'affaire américains et le droit américain voire anglais, droit désigné par la plupart des contrats en cause dans la crise bancaire et boursière.

Sadjo Ousmanou ne m'en voudra pas, j'espère, si je raconte comment il a prononcé une phrase il y a quelques années qui m'a beaucoup marqué, bien au-delà de son apparente simplicité. Il était de passage à Paris et nous nous étions vus dans mon quartier. Au moment de nous quitter - mais j'ai certainement reconstitué la scène. Je nous revois encore Sadjo derrière le guichet du métro et les hautes portes qui visent à décourager les resquilleurs et moi sur les marches du métro de Barbés, il me dit une phrase fort brève « tu sais tout est lié ». Il disait cela par-dessus la barrière au moment de s'éloigner comme si en même temps nous étions séparés par des obstacles, nous sommes liés et en même temps séparés par des obstacles, des difficultés d'accès, de contact. Je n'ai pas entendu le terme de « lié » au sens plat, je l'ai entendu dans un sens juridique, au sens de lien humain symbolique à portée obligatoire. J'ajouterai d'ailleurs que ces liens juridiques impliquent pour se former et avoir une force obligatoire des tiers garant c'est-à-dire des institutions indépendantes et en particulier un Etat. Or, les liens juridiques ne s'arrêtent pas aux frontières, ils peuvent avoir de nombreuses répercussions en chaîne.

La petite phrase de Sadjo s'oppose d'ailleurs à la notion de crise qui est justement un moment de déliaison. Karl Marx qu'il est devenu bien politiquement incorrect de citer (je précise que je ne suis pas marxiste et que je suis pour un capitalisme équilibré notamment par des systèmes sociaux) mais qui n'avait pas son pareil pour décrire la situation économique partait d'un acte très simple le contrat de vente. Dès lors qu'il y a argent, disait-il, il y a une possibilité de décalage dans le temps et l'espace entre un achat et une vente. Contrairement au troc qui est en principe simultanée, je vends un bien et j'obtiens une certaine somme qui me permet plus tard, ailleurs, d'acheter un autre bien. Il se crée un processus d'autonomisation des différents moments économiques : production, distribution c'est-à-dire vente et entre temps circulation de la monnaie et marché financier, enfin achat d'autres biens avec la vente. Or, ces moments forment à l'origine une unité, s'ils sont disjoints, rendus trop autonomes, ils ne parviennent plus à se succéder de manière fluide. Ils se réunissent de force. La crise est ainsi, selon lui « la possibilité que des moments, qui forment une unité et qui ne sont pas

séparables, se séparent et soient en conséquence réunis par la force, la violence s'avérant nécessaire pour vaincre leur autonomisation respective ». Traduit en langage de tous les jours cela signifie que le marché financier a voulu s'autonomiser et l'économie dite réelle l'a ramener sur terre. Il a donc fallu par de grands renflouements, des fermetures d'usine, des licenciements retrouver de la fluidité entre les différents éléments du moment économique qui ont été par trop séparés.

On peut, d'ailleurs, noter que Marx peut être lui-même critiqué car il sépare des éléments qui ne devraient pas être séparés, il sépare l'économique du juridique qui ne serait qu'une superstructure or les liens symboliques ne sont pas virtuels et détachés du monde physique, l'ensemble forme une unité. Benveniste a montré que les mots de l'économie provenaient largement de l'univers juridique et religieux. Aujourd'hui, E Morin nous incite à penser de manière complexe en prenant en compte tous les aspects humains en même temps sans les saucissonner les aspects matériels, biologiques et économiques mais aussi symboliques juridique et politique et encore imaginaires avec les mythologies et les jeux. Cependant, la complexité a aussi bon dos, et elle permet parfois de faire passer des actes simples et frauduleux pour des actes normaux comme on va le voir. C'est en tous les cas dans une vision large qu'en tant que juriste il nous faudrait concevoir la crise, comme un moment de déliaison générale et de tentative de reliaison par la force d'éléments qui veulent reconstituer leur unité.

Vient maintenant la question de la responsabilité. Dans une vision mécaniste qui met en avant les causes et les effets, il s'agit de rechercher les causes adéquates de la crise, leur auteur s'il y en a et de les faire répondre de leurs actes. Dans une vision plus systémique et relié, il s'agit de savoir comment s'agencent les multiples causes, concomitances, rétroactions et autres répercussions en chaîne. Il ne s'agit plus tant de se « partager » comme on dit la responsabilité que de situer la place de chacun dans le jeu des réactions en chaîne. Certes, cela n'empêche pas de vérifier pour commencer si concrètement les juristes ne seraient pas à l'origine immédiate des dommages.

A vrai dire, Je ne crois pas que les juristes soient particulièrement responsables au sens juridique étroit du terme des dommages économiques causés mais ils n'ont rien pu empêcher et en ce sens ils seraient responsables moralement. Il me semble, vu de ma position académique, que c'est parce que les juristes n'ont pas su se faire entendre que la folie du système s'est développée. C'est aussi parce qu'ils ont laissé faire d'autres professions comme les mathématiciens, les financiers, les gestionnaires qu'ils ont leur part de responsabilité, ils ont peut-être un peu trop baissé les bras face à des techniques complexes. D'une certaine façon, nous devrions avoir davantage confiance dans les capacités du droit à freiner la folie et la rapacité des hommes. Mais je ne suis pas un moraliste, je ne suis pas là pour faire la morale, je suis d'ailleurs très sceptique à l'égard du fameux thème de la moralisation des marchés financiers qui est une douce manière de justifier l'absence de règles. Ce qui compte pour un juriste est de savoir qui est responsable au sens juridique. Déterminer leur responsabilité peut aussi permettre d'envisager l'avenir. Il faut noter d'ailleurs qu'il est compliqué pour un juriste de s'interroger sur les responsabilités des juristes, il est juge et parti. Le terme de juriste doit ici être conçu largement et ne pas le limiter aux juristes d'entreprise et comprendre aussi bien les avocats, que les juristes de banque, les juges que les membres des autorités de régulation voire les universitaires qui ne peuvent être à l'abri d'une réflexion sur la responsabilité des juristes. S'interroger sur la responsabilité d'un type de professionnel en tachant d'être objectif c'est aussi éviter de rechercher des boucs émissaires, danger qui menace les médias rongant l'os Kerviel, puis l'os Madoff et puis s'en prenant à telle ou telle banque. Les comptables se sont interrogés sur leur responsabilité, les banquiers

et les financiers aussi quoique je ne sois pas toujours très convaincu par leur justification. Les juristes doivent aussi mener à bien ce travail. Ni responsable juridiquement au sens étroit sauf cas individuels ni simplement responsables moralement, les juristes sont responsables de la structuration des marchés et ne peuvent renoncer à leur responsabilité sous peine de s'autodétruire et de voir le droit de moins en moins respecté. On peut parler d'une responsabilité (au sens de celui qui rendre des comptes) de la profession. C'est l'hypothèse que je vais essayer de démontrer en distinguant les conditions de la responsabilité de ses effets, le diagnostic des solutions possibles.

I.- Les conditions de la responsabilité des juristes.

J'utiliserai dans les passages à venir des raisonnements économiques assez simples, afin d'aborder la responsabilité des juristes et du droit. Il y a bien une crise du droit à côté, en dessous ou au-dessus de la crise financière. Je vois même plutôt deux crises juridiques parallèles : une crise contractuelle dans la mesure où la crise financière a reposé sur des contrats ficelés par des avocats d'affaire et une crise de la régulation car celle-ci s'est montrée incapable d'empêcher la crise financière.

A. La crise contractuelle.

La cause immédiate de la crise est bien les mortgages subprimes, ces prêts américains en dessous des conditions habituelles d'où leur nom de subprime, elles sont sous les prêts de première qualité. Le mot mortgage, je le rappelle, vient du vieux franco-normand, c'est le gage mort, l'hypothèque. Ces crédits se sont développés au début des années 2000. Ces prêts à taux variable n'apparaissent pas dangereux de prime abord pour les emprunteurs car les prêteurs américains n'ont pas, semble-t-il, l'obligation de fournir et d'expliquer un tableau d'amortissement. Ces emprunteurs à risque avaient dépassé leur niveau d'endettement, pourtant il ne leur était pas demandé de justification de revenu. L'augmentation continue du marché immobilier au cours des 20 années précédentes assurait que le bien allait gagner en valeur et que les emprunteurs seraient, en fin de compte, gagnant. D'ailleurs, ce prêt s'accompagnait d'une hypothèque sur la maison qui garantissait aux banques qu'en cas de défaillance elles pourraient se payer sur la vente de la maison. A ce stade, on peut songer à la responsabilité des juristes qui ont mis au point ce type de produit bancaire. Il semble d'ailleurs que les conditions de certains prêts anglais ne soient pas très différentes. Cependant, ces juristes n'ont rien fait de répréhensibles et les dommages causés paraissent éloignés de leur propre faute, avoir fait un montage qui s'avère finalement périlleux. On pourrait aussi incriminer la législation américaine qui contrairement à la loi française n'impose pas de délivrer un tableau d'amortissement permettant à l'emprunteur de savoir à quoi il s'engage. La liberté du commerce et de l'industrie bancaire l'emporte sur la protection du consommateur. Il est néanmoins difficile de juger un système structurellement différent des nôtres qui permet au consommateur de se défendre notamment au moyen de procédures judiciaires, de class action ou de faillites personnelles avantageuses.

Deux questions se posent à ce stade : la question de l'avant : qui y avait-il avant les subprimes ? Pourquoi ces prêts se sont développés ? Et la question de l'après comment ont-ils pu causer la crise financière ? Avant la crise des subprimes, il y eu la fin de la bulle internet. Il fallait trouver de nouveaux domaines à financer, beaucoup de monnaie était disponible et les revenus des produits traditionnels étaient faibles car le taux d'intérêt n'était que de 1 % (pour soutenir l'économie américaine après le 11 septembre 2001).

L'argent fut investi dans l'immobilier, il faut ajouter que depuis plusieurs décennies le revenu du travail avait diminué face au revenu du capital i.e. des investissements et il fallait permettre aux employés et ouvriers de compenser cette baisse réelle du pouvoir d'achat. Des prêts avantageux leur ont permis d'accéder à la propriété.

Il existait ainsi une séparation entre le revenu tiré de la circulation de l'argent et la production. Une opération unique acheter/vendre se séparait entre des phases autonomes et de plus en plus lointaines : production, circulation du capital, consommation. Progressivement des emprunteurs par essence fragiles n'ont plus réglé leurs échéances qui augmentaient au fur et à mesure. Leur maison a été vendue et les banques et il y eu bientôt trop de maisons à vendre pour permettre aux banques de se couvrir.

Un autre phénomène a eu un effet démultiplicateur. En effet, les banques n'ont pas conservé ces prêts risqués, elles les ont revendus par paquet et par tranche. Ce que l'on appelle des véhicules financiers ont été imaginés pour transporter des parts de crédits très risqués, des parts de crédit peu risqués, on parle de CDO. Il s'agit d'un mécanisme de titrisation qui consiste à vendre soit ses créances soit même simplement le risque lié à des créances à des investisseurs et même en bout de chaîne à des épargnants. Ces créances sont « structurées » dans des ensembles qui peuvent être classés en sûr, fiable ou risqué. Les ensembles risqués étaient revendus à des fonds spéculatifs, les hedges funds.

Le système contractuel était renforcé par des calculs de risques exprimés par des notations faites par des agences que l'on pensait fiables. Le choix des calculateurs de risque fut de ne pas tenir compte des risques les plus exceptionnels, or comme les emprunteurs américains avaient plutôt été fiables au cours des 20 dernières années le risque paraissait limité. Ils n'ont pris en compte que des risques normaux pour assurer que ces véhicules financiers étaient des bonnes affaires. Les compagnies d'assurances les assuraient d'ailleurs par d'autres instruments les CDS. D'après ce que j'ai lu, ces véhicules financiers pouvaient donner lieu à des contrats à l'américaine c'est-à-dire détaillés de plusieurs centaines de pages. Des juristes ont donc rédigés en partie ces contrats et ont contribué à leur signature. Il se peut qu'aujourd'hui le modèle américain des contrats très détaillés (car ils ne renvoient pas à un code) sorte quelque peu écorné de la crise. Ces contrats comportaient des clauses attributives de juridiction aux tribunaux américains ou anglais – ce qui n'est pas neutre quand on connaît les coûts judiciaires d'un contentieux en Angleterre par exemple - ou des clauses compromissaires et un renvoi au droit américain voire anglais. Des clauses limitatives de responsabilité y étaient bien évidemment insérées ainsi que des clauses de non reliance excluant tout devoir de conseil. Enfin, il apparaît que les droits anglais et américains sont plutôt favorables aux arrangeurs de contrats financiers et donc en défaveur des investisseurs. Contrairement aux banques allemandes les banques françaises renvoient même à ces droits dans les contrats financiers qu'elles concluent entre elles. Les juristes français n'ont toujours pas l'écoute qu'ils peuvent avoir dans d'autres pays.

Un grand banquier français admettait récemment que les contrats n'étaient plus lus, on se contentait de parcourir la feuille de résumé. On a tous entendu les traders dirent qu'ils ne savaient plus où étaient les véritables risques. Ils s'étaient dissous comme le sel dans l'océan des véhicules financiers qui circulaient entre toutes les mains autour de la planète pour permettre à des épargnants de placer leur argent et de le faire fructifier. Quand le nombre d'emprunteurs à faire défaut a commencé à augmenter toute la pyramide s'est effondrée. Il s'agissait ni plus ni moins d'une cavalerie à échelle mondiale. La cavalerie est cette vieille escroquerie qui consiste à régler une lettre de change avec une autre lettre de change que l'on

paiera un peu plus tard avec une autre lettre de change. Les grandes banques d'abord américaine puis européenne se sont retrouvées avec des dettes colossales et au bord de la faillite (Lehman a d'ailleurs fait faillite). Derrière cette hyper modernité se tient en réalité une arnaque classique. Mais personne n'en est globalement responsable même si quelques Madoff ont été condamnés. Il semble d'ailleurs qu'il ait été découvert à cause de la crise financière, chacun cherchant à savoir ce qu'il possédait vraiment et non l'inverse, il n'est pas responsable à lui tout seul d'une perte colossale d'argent et d'un endettement tout aussi colossal des Etats. On voit que la sphère financière s'est autonomisée, a produit de l'argent à partir de l'argent en se séparant progressivement de la sphère dite réelle l'industrie. Le terme d'économie réelle est cependant trompeur car le tout forme une unité.

C'est la séparation de cette unité qui suscite la crise. Des juristes ont ficelé ces contrats long et abscons, ils ont certainement leur part de responsabilité de rédacteur, d'autres les ont ratifiés sans les lire.

Mais que vérifie un juriste dans un contrat d'affaire : les clauses dites juridiques loi applicable, clause attributive de juridiction, parties en présence, termes, résiliation, peut-il apprécier le caractère risqué d'une opération si le contrat est accompagné d'un calcul de risque apparemment positif ? C'est la question de la place du juriste dans la rédaction des contrats dans une entreprise qui est posée, même dans un pays comme les USA où les lawyers ont généralement une place reconnue dans les entreprises, les juristes n'ont pas pu, semble-t-il, alerter, en tout cas massivement.

Il faudrait encore faire allusion à un autre type de spéculation qui a concerné les entreprises elle-même. Les fusions et acquisitions ont cessé d'être un travail de longue haleine, de connaissance de l'entreprise visée, d'audit de ses contrats etc. De mêmes entreprises ont été vendus et revendues plusieurs fois d'affiler en quelques années, seulement pour permettre à l'acheteur non intéressé au fond par l'entreprise de faire une plus value. Ces ventes se sont faites vite sur la base de contrats parfois forts sommaires, selon un banquier. Cela montre à nouveau une défaillance des juristes qui n'ont pas su imposer leur savoir faire.

Je voudrais encore indiquer que la spéculation financière n'a pas concerné que les prêts, un marché des contrats portant sur des matières premières s'est également développé et pas seulement entre entreprises concernées, entre par exemple une entreprise qui a besoin de pétrole pour fabriquer ses produits et un producteur de pétrole. Les banques se sont mises à acheter et revendre ces contrats de matière première sans jamais en prendre livraison. J'ai entendu dire que le parmesan italien avait ainsi donné lieu à une forte spéculation et que finalement quelques banques italiennes en détenaient de grandes quantités dans des entrepôts. Là encore il y a un risque de séparation entre la valeur du bien et la spéculation financière qui peut faire augmenter ou chuter les cours d'une matière première. Il est question aux USA de limiter les possibilités pour les banques et les fonds spéculatifs de profiter de ces marchés portant sur des contrats de matières premières. On sent bien qu'il existe un besoin de droit qui se traduit ici par un besoin de réglementation supplémentaire.

Les millions de contrats, parfois trop courts parfois trop longs qui ont été conclus pendant les années folles 2000 à 2007, rendent ils responsables les juristes qui les ont rédigés, ont donné leur aval ? Il est bien possible que la crise de confiance des acteurs tient au fait qu'ils ont réalisé que toutes les précautions contractuelles avaient été inutiles, notamment toutes les sûretés et qu'aucun recours efficace ne leur était ouvert. Est-ce que cela rend les juristes responsables de la crise ? J'ai posé la question à un économiste qui m'a répondu que les

juristes ne pouvaient avoir qu'une vision microéconomique et qu'ils ne pouvaient pas être rendu responsables pour l'effondrement, partiel d'ailleurs, du système. Le temps des juges (Rontchesky) a d'ailleurs commencé et il ne semble pas que les juristes soient particulièrement visés : des ingénieurs financiers sont poursuivis, des traders, des banques qui ont profité de la crise, des agence de notation. En France, la jurisprudence a renforcé récemment les obligations des banques aux règles de bonnes conduites non contractuelles vis-à-vis des donneurs d'ordre (notamment com. 26 fév. 2008 sté Cortal) mais globalement ces contrats ne comportent pas réellement de vice du consentement. Le contentieux paraît se développer aux USA entre donneur d'ordre et banques, il ne semble pas avoir pris une grande ampleur en France. Cette crise contractuelle s'est aussi accompagnée d'une crise de la régulation.

B. La crise de la régulation.

Plusieurs phénomènes à connotation juridique n'ont fait que faciliter la crise : les règles comptables qui ont permis aux banques de placer hors bilan des opérations risquées ont rendu invisible le poids de l'endettement réel de ces établissements de crédits ; la fin aux USA en 1999 de la séparation des banques d'affaire et des banques de dépôts issue de la crise de 1929 et plus globalement ce que l'on appelé la dérégulation financière qui ont permis aux banques de disposer des fonds des épargnants pour acheter très massivement ces véhicules financiers à haut rendement. Par ailleurs, les autorités de régulation n'ont rien empêché et n'ont rien vu venir car les opérations selon les calculs présentés ne paraissaient pas risquées. Il faut préciser d'ailleurs lorsque l'on parle de dérégulation que les banques restent très réglementées ce sont les professions d'intermédiaires financiers qui sont peu réglementés. Là encore peut-on parler de défaillance du droit ? Le rôle du régulateur est par ailleurs ambigu, autorité administrative indépendante, gendarme et juge du marché, il fusionne sur sa tête plusieurs casquettes. Certains commentateurs se demandent s'il n'a pas été récupéré par les acteurs du marché pour se constituer des cartels à bons comptes (on parle de capture du régulateur, E Bouretz). Les autorités de régulation utilisent d'ailleurs les calculs de risque que leur présentent les sociétés qu'elles contrôlent. En France, la commission bancaire ne dispose que de quelques centaines d'enquêteurs pour plus de mille établissements à contrôler. Il semble que les autorités françaises soient mal dotées par rapport à leurs homologues allemande ou anglais. Enfin les sanctions de l'AMF n'ont augmenté pour devenir dissuasive que récemment.

Le terme de régulation on le sait est plus ambigu en français qu'en anglais. En anglais, il est l'équivalent de notre réglementation. En acculturant le terme de régulation au droit français on a voulu traduire l'idée d'autorégulation des acteurs économiques à peine corrigée par un régulateur, l'autorité administrative indépendante du secteur donnée. Il existe plusieurs autorités en France comme en Afrique, dans le secteur financier, énergétique, télécommunications, marchés publics, et j'en passe. Nous n'avons pas seulement importé un terme pour remplacer le mot réglementation qui trahissait trop une approche interventionniste de l'Etat, nous avons aussi accepté un terme issu de la science économique. Les théories de la régulation sont d'abord économiques. Avec le terme de régulation l'Etat se voulait plus discret et donc moins interventionniste. Il réagissait aux créations de la pratique plutôt que de leur imposer un carcan. Mais c'était accepter la mythologie de la science économique et notamment que le marché a tendance à s'autoréguler.

Il faut aussi tenir compte d'une part de véritable autorégulation dans les secteurs financiers. Dans le système anglo américain, les autorités de régulation fixent des principes ou des objectifs, à charge pour les acteurs du secteur de les traduire par des règles de bonnes

conduites. Dans les pays de civil law, on préfère les règles précises si bien que l'autorégulation s'est semble-t-il moins développée. Il faut noter d'ailleurs que les pays anglais et américain sont revenus sur l'autorégulation au début des années 2000 (loi Sarbanes-Oxley de 2002 encadrant l'autorégulation en matière de présentation des comptes suite à l'affaire Enron). L'inconvénient des règles précises est d'être contournées, l'avantage est de permettre un contrôle plus simple. A vrai dire chaque Etat a son système de réglementation financière et la crise de la régulation a tenu aussi au fait que les autorités de régulation de chaque Etat n'ont pas été armées pour prévenir une crise mondiale. C'est le manque de coordination et de vision d'ensemble qui peut être rendu responsable d'une partie de la crise (en tous les cas il a fallu négocier âprement entre les Etats en Europe).

Il est apparu par ailleurs que les agences de notation n'étaient pas suffisamment indépendantes de leur client et que la réglementation n'était pas assez stricte à leur égard.

Le droit n'avait pas le vent en poupe pendant ces années fastes. La libéralisation des marchés, l'autorégulation, la gestion interne et l'inventivité financière étaient privilégiées. Puisque les calculs de risque paraissaient rationnels, que tous les indicateurs internes des établissements de crédit étaient au vert, rien ne laissait présager de la crise. Il faut noter en effet que derrière l'antienne du manque de régulation, se tient le constat de la faiblesse des contrôles internes des entreprises. Les scandales de la Société Générale ou d'autres banques ont montré qu'il manquait une régulation interne à ces banques. Les contrôleurs n'étaient pas si indépendants, si vigilants, les comptes étaient habillés en permanence. Un auteur parle aujourd'hui de crise de la gestion car les règles managériales qui menaçaient de remplacer le droit au sein et en dehors des entreprises ont montré leur faiblesse. La gestion par objectif et par bonus conduit souvent à un « court-termisme » dangereux pour les entreprises clientes et pour l'établissement financier lui-même. Les théoriciens du management sont à la recherche d'un nouveau modèle et font de forts appels du pied aux juristes. Les grandes écoles de gestion française sont toutes en train de passer des accords avec les facultés de droit pour permettre à leurs élèves de devenir également juristes. A l'inverse, les juristes professionnels nous demandent de former des juristes compétents en gestion.

Mais à vrai dire toutes ces défaillances des juristes ont-elles porté à conséquence, sont-ils responsables de la crise et de ses effets ?

II. les effets de la crise et la responsabilité des juristes.

Tout se passe comme si les juristes se sont laissés impressionnés par la technicité des marchés financiers. Face aux tableaux de chiffres de risque, face aux montages financiers concoctés par des ingénieurs financiers ils n'ont pas semble-t-il servi de contre pouvoir. Ils se sont trouvés dans la situation des juges qui entérinent les rapports des experts. Aujourd'hui, les juristes sont chargés de réparer les dommages de la crise financière devenue économique.

A.- La réparation des dommages de la crise.

Les effets de la crise sont aussi connus que les causes de la crise. Là encore les juristes agissent en techniciens qui réparent les pots cassés. Les banques n'étant plus payées par les emprunteurs insolubles ont craint de ne pas pouvoir faire face à une demande massive de retrait par les épargnants. Elles ont demandé de l'aide à l'Etat qui a emprunté lui-même pour

pouvoir prêté aux banques. Néanmoins le crédit s'est raréfié, les banques ne se sont plus pendant un temps fait confiance entre elles et elles ont peu délivré de crédit aux entreprises. Des sociétés qui étaient d'avance fragiles et qui vivaient de prêts se sont vus mises en danger, une certaine surproduction est apparue au grand jour notamment en matière automobile. Les sous traitants automobile ont été touchés et le chômage partiel s'est développé. Les juristes ont été chargés de préparer des plans sociaux dans les entreprises. D'autres, des avocats des administrateurs judiciaires ont été chargés de la sauvegarde des entreprises (augmentation de 15 % du nombre de liquidation judiciaire entre 2008 et septembre 2009 en France). Les procédures de surendettement se comptent en centaine de milliers et le taux de rechute est très conséquent (un tiers). Le nombre de redressement personnel avec effacement des dettes ne cesse d'augmenter (21 % des dossiers en 2008). Certains auteurs considèrent que la loi française vise trop la sauvegarde des entreprises ou des particuliers et pas assez le remboursement des créanciers et donc des banques qu'il faudrait pourtant privilégier dans une période de pénurie de crédit (Barthez). Le volume d'affaires a en revanche baissé dans les services contentieux ou fusions acquisitions des grands cabinets d'avocats. Les juristes font leur travail et tiennent compte du contexte de crise dans leur travail.

Au départ, l'Afrique a été peu touchée par la crise, d'autant que les banques africaines avaient peu participé à la spéculation de ces années folles, mais la crise a rattrapé l'Afrique car il est devenu plus difficile de trouver du crédit, certains produits ont augmenté et certaines matières premières ont vu leur cours baissé notamment en raison d'une plus faible demande des pays les plus industrialisés. Les taux de croissance des pays africains ont été revus à la baisse. Dans un tel contexte à nouveau les juristes ne peuvent que prendre acte et attendre des jours meilleurs. Je suppose que certains contrats sont renégociés et que les juristes sont à pied d'œuvre. Nous aurons je crois au cours de ce colloque des réflexions sur le travail contractuel des juristes en temps de crise, je suis curieux d'apprendre comment la crise est perçue en Afrique. Certains économistes considèrent d'ailleurs que le sens a donné à cette vaste crise est la montée économique des pays émergents et le début de la baisse d'influence pour les pays industrialisés d'occident.

Autre effet à long terme, les Etats notamment européens se sont un peu plus lourdement endettés et devront bien un jour faire des économies et lever plus d'impôts limitant d'autant la croissance de leurs économies. Ce moyen terme est comme une épée de Damoclès prête aujourd'hui a tombé sur la Grèce (ce qui est logique pour un Grec !), si l'Europe ne vient pas à sa rescousse. Ce sont davantage les juristes de droit public et de droit international public qui sont sollicités pour contribuer à de tels accords. Mais là encore, le rôle des juristes est technique.

B. les réformes juridiques.

Les banquiers et les financiers s'opposent à une réforme du système, ils estiment qu'il y a une grande créativité des marchés financiers et qu'il ne faut surtout pas l'entraver par de nouvelles réglementations. Je ne suis pas comme je l'ai dit spécialiste des marchés financiers et je ne peux donc pas indiquer quelles seraient les réformes à envisager. L'avantage d'être non spécialiste est aussi de voir la situation de plus loin. Il est toujours possible de poser des rustines : limiter ou réglementer les hors bilans, obliger les financiers à tenir compte des risques exceptionnels dans leur calcul, encadrer les marchés de gré à gré de produits dérivés. A vrai dire de nombreuses réformes ont déjà eu lieu ou sont en cours au niveau mondial, européen ou français. Il y a même une sorte de frénésie de réformes. Au plan européen, un texte vise à encadrer les agences de notation pour les rendre indépendantes et peut-être aussi

pour concurrencer les agences américaines (règlement du 23 avril 2009). Des projets consistent à organiser la coopération entre les autorités de régulation des différents Etats membres pour la supervision microprudentielle. On parle aussi d'un comité européen du risque systémique pour la supervision macro prudentielle. Il est aussi prévu que la titrisation ne sera plus permise selon une directive (6 mai 2009) que si le vendeur conserve au moins 5 % des risques des titres vendus dans son portefeuille. En France, on parle de réunir les différentes autorités en deux agences, l'AMF d'un côté et l'autorité de contrôle prudentiel de l'autre fusionnant la commission bancaire et l'autorité de contrôle des assurances ; les bonus ont été réglementés pour éviter une approche à trop court terme de la part des financiers, il ne semble pas encore question de réglementation en France, la spéculation à la baisse sur les titres du CAC40 (Ruet). Au plan mondial, un réseau d'institutions continue de se resserrer autour du G20, du comité de Bâle, du GAFI (lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme) et du Forum de stabilité financière.

Il me semble néanmoins qu'il y a une critique majeure que l'on peut faire au système financier : sa faible considération pour le droit, il s'en sert pour rendre plus opaque les opérations en fabriquant des contrats épais mais il lui demande de se faire le plus discret possible pour le reste. C'est le manque de droit et d'influence des juristes qui me paraît engager notre responsabilité en tant que membre d'une discipline et de diverses professions juridiques.

Le juriste ne doit pas accepter de se laisser aveugler par la technicité, la complexité ou la fausse scientificité. Un philosophe a parlé récemment de démesure de la raison. Le système financier s'est voulu de plus en plus rationnel entièrement informatisé, fonctionnant en temps réel, calculant des risques, imposant de rationaliser des entreprises et se découvre finalement mortifère, attirer par le vide.

La raison doit être raisonnable et donc mesurer, elle doit donc accepter des limites et des interdits. Quand j'interroge mon collègue économiste sur les interdits de la finance il me répond que les économistes ont horreur des interdits, cela signifie pour moi qu'ils acceptent l'équivalent de l'inceste en matière financière, c'est-à-dire des situations de confusion. La finance islamique est citée comme un procédé exotique. Si l'on supprime les intérêts, m'a-t-on dit, on se prive d'un instrument de calcul. Il est vrai ceci dit que les taux d'intérêt sont tellement bas (il existe des prêts à taux zéro) si bien que l'interdit du prêt à intérêt ne paraît guère pouvoir constituer un interdit fondateur à l'échelle mondiale. Mais qui sait ? Si l'on revient à d'autres fondamentaux, il faut je crois affirmer mais c'est alors peut-être davantage une question de conviction, que le droit ne sert pas à réguler mais à créer la société, il est un élément de structure et non pas de superstructure comme le pensait Marx et paraissent aujourd'hui le penser les banquiers. L'interdit n'est pas seulement là pour empêcher il est là pour donner une direction et éviter les confusions et donc les violences, les crises, il n'est pas du côté de la mort mais bien du côté de la vie pour dire les choses de manière un peu emphatique. Je le dirai par une image, dans le jeu de football, l'interdit de toucher le ballon de la main sauf pour le goal dans sa surface est fondateur, sans cet interdit il n'y a pas de foot, le mot même de foot renvoie au pied, c'est un interdit fondateur. Il y aurait un autre jeu peut-être le rugby mais lui-même à d'autres interdits peut-être celui qui est fondateur est celui de l'interdit de l'en avant sans lui ce jeu deviendrait un chaos, en revanche dans le foot toutes les règles ne sont pas structurantes ou fondatrices, l'interdit pour le gardien de prendre de la main le ballon après une passe en retrait est récent et a seulement pour but d'accélérer le jeu.

La notion même de marché est définie par le droit, ce n'est pas une création spontanée et il ne s'agit pas de laisser faire une illusoire ou divine main invisible (encore une main !). Le marché est l'équivalent du terrain de foot, il faut délimiter le champ de jeu, par un type de produit (l'équivalent du ballon), un type ou des types d'acteur. Ne pas penser que le droit doit intervenir pour définir un marché c'est inévitablement laisser la place aux rapports de force et non pas des rapports de parole. Qui dit rapport de force dit violence économique qui se traduit par une dépendance, un asservissement. Toutes ces évidences doivent aujourd'hui être rappelées. En France, elles sont à peine entendables.

En fin de compte, ce que le juriste doit rappeler quelque soit la technicité de son domaine d'action est que le droit n'est pas une simple technique au service du plus fort mais un instrument d'équilibre symbolique entre les parties pour humaniser et civiliser les rapports. Les contrats doivent être équilibrés, chacun doit avoir conscience de ce à quoi il s'engage voilà des évidences qui ont aussi été oubliées. L'Etat doit être la garant de cet équilibre et ne pas laisser le régulateur se comporter comme un simple rond point qui laisse passer des flux d'argent. Quelques interdits bien choisis ni trop sévère ni trop laxistes doivent également structurer un domaine pour éviter que les rapports économiques cessent d'être fluides entre les rapports de production du travail, de l'investissement et de la consommation, ce n'est pas une question idéaliste de solidarité, de partage des richesses, encore moins de moralité c'est une question de vie et de survie.

Parmi les interdits on parle restaurer la séparation des banques de dépôt et d'affaire aux US dont la remise en cause a sans doute contribué à la crise, là encore elle n'est guère universalisable. Il faut néanmoins que les services purement bancaires et les services financiers dans une même banque soit distincts et soumis à des règles propres. Tout interdit d'ailleurs peut-être contourné et peut entraîner des contre réaction ou des réactions en retour. Il faut faire en sorte qu'un fossé ne se creuse pas entre les différents rapports économique qui à l'origine forment une unité et qui cherchent à maintenir cette unité au besoin par la violence et donc par la crise. Seules des règles internationales peuvent ainsi structurer un marché mondial. Qui dit règles internationales pourrait aussi signifier tribunal international, pas seulement un régulateur international, il existe d'ailleurs des embryons mais un véritable juge ou cour internationale chargé de faire respecter des grandes principes et quelques grands interdits imposant aux banques des réserves suffisantes, une non confusion de leurs activités, une présentation réelle de leur compte, une information suffisante des consommateurs, une limitation et un contrôle des paradis fiscaux. A défaut d'une telle organisation, nous aurons bientôt de nouvelles crises peut-être la faillite de plusieurs Etats européens avec des répercussions sur ses partenaires économiques et notamment africains

En conclusion, les juristes sont responsables d'avoir participé à ces années folles sans avoir su alerter des risques simplement juridiques liés à la complexité ou à la trop grande simplicité de certains contrats, liés au rôle insuffisamment structurants des régulateurs. Ils ne sont pas simplement responsables moralement comme d'autres professions, mais ils ne sont pas non plus responsables au sens juridique et étroit du terme, on ne peut guère globalement les poursuivre en justice, en revanche, ils sont peut-être responsables (et j'en fait partie) en tant que professions de ne pas s'être suffisamment imposés vis-à-vis des ingénieurs financiers et autre expert, de ne pas croire suffisamment dans leur matière qui structure littéralement l'économie et la finance./-