HAL open science

Fairvesta d'un autre point de vue : Une réflexion sur ce que "soft law" veut dire

Régis Bismuth

To cite this version:

Régis Bismuth. Fairvesta d'un autre point de vue : Une réflexion sur ce que "soft law" veut dire. Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international, LGDJ, pp.253-262, 2018, Contextes, 9782275057231. hal-03269798

HAL Id: hal-03269798

https://sciencespo.hal.science/hal-03269798

Submitted on 24 Aug 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

Fairvesta d'un autre point de vue

Une réflexion sur ce que « *soft law* » veut dire

Régis BISMUTH

Professeur à l'École de droit de Sciences Po

pubié in Pascale Deumier & Jean-Marc Sorel (dir.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne européen et international*, LGDJ, 2018, pp. 253-262

La confrontation de points de vue sur un même objet, lorsque ceux qui s'adonnent à cet exercice travaillent sur des disciplines différentes, est susceptible de conduire non seulement à la manifestation d'opinions divergentes quant à la façon d'appréhender l'objet en question mais aussi au risque que les opinions exprimées suggèrent que l'objet n'est pas nécessairement le même. L'étude de la *soft law* s'avère particulièrement pertinent pour le constater. La présente contribution s'emploie ainsi à proposer un point de vue extérieur à la façon dont la *soft law* est appréhendée en droit public français. L'ambition est modeste et la démarche ne consiste pas à proposer une analyse d'ensemble. Il s'agit plutôt de prendre pour point de départ un précédent considéré comme emblématique et à le déconstruire en montrant que la façon dont sont structurées les disciplines juridiques en France constitue une lentille déformante susceptible d'entraver la compréhension mutuelle de certains objets.

Nous nous pencherons plus particulièrement sur la jurisprudence *Fairvesta* du Conseil d'État du 21 mars 2016 par le biais de laquelle le recours pour excès de pouvoir a été étendu aux actes « de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou [qui] ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent »[1]. Nous ne contestons pas la solution donnée par le Conseil d'État à ce contentieux mais davantage la manière dont elle a été interprétée. Cette jurisprudence a été appréhendée par la doctrine comme le symbole de la justiciabilité des actes de *soft law* (ou de droit souple, que nous considérons comme une expression équivalente)[2]. La question de savoir si cette nouvelle justiciabilité a pour effet de transformer ce droit souple en droit dur n'a aucun intérêt dans le cadre de cette étude car nous sommes d'avis, pour ce qui concerne l'affaire *Fairvesta*, qu'il ne s'agit ni de l'un, ni de l'autre. La question de la justiciabilité devant le juge administratif mérite cependant d'être abordée car il s'agit d'un point de fixation, voire d'un leurre, qui a eu pour effet d'éclipser une réflexion alternative sur la nature de l'acte (même plutôt du comportement) qui était en jeu.

Dans le cadre de cette relecture de l'arrêt *Fairvesta*, il est utile d'indiquer en premier lieu en quoi les éléments relatifs à cette affaire ne se rapportent pas à des situations usuellement désignées comme de la *soft law* (I) avant d'expliquer en quoi ce rattachement à la *soft law* procède d'une confusion entre celle-ci et les méthodes de l'État régulateur (II). C'est à l'aune de ces éléments que pourra être proposée une analyse alternative de l'affaire se détachant des

---

[1] CE, 21 mars 2016, n°s 368082, 368083 et 368084, *Société Fairvesta International GmbH et autres*.

[2] V. p. ex. : MELLERAY F., RFDA 2016, p. 679 ; DEUMIER P., RTD civ. 2016, p. 571 ; GAUDEMET Y., RDP 2017, n° 1, p. 23 ; SEILLER B., Gaz. Pal. 2016, n° 22, p. 27 ; LANNEAU R. et SEE A., Dr. adm. 2017, n° 1, comm. 9 ; PERROUD T., JCP G 2016, n° 22, p. 623 ; PAILLER P. et BONNEAU T., RTDF 2016, n° 3, p. 32.

classifications du contentieux administratif. Celle-ci permettra de constater que l'effervescence autour de la jurisprudence du Conseil d'État constitue un débat strictement franco-français qui entrave une appréhension des phénomènes de *soft law* dans une logique transnationale (III).

I – *Fairvesta* ne concerne pas des instruments de *soft law*

Si les internationalistes eux-mêmes n'ont pas réussi à atteindre un consensus sur ce que devait recouvrir précisément l'expression *soft law*, il est néanmoins possible d'identifier un socle commun. Il convient d'aller au-delà de l'approche retenue par Lord Mac Nair pour qui la distinction *hard law/soft law* se rapportait à celle entre *lex lata* et *lex ferenda*[3]. Dans son acception contemporaine, l'expression renvoie à deux choses : la *soft law* de l'*instrumentum* et la *soft law* du *negotium*. La première permet de désigner le caractère juridiquement non contraignant « de l'instrument qui véhicule la règle »[4], la seconde une règle « dont le contenu normatif est faible et peu contraignant »[5]. Nul besoin d'entrer dans la querelle relative à la juridicité de la *soft law* en droit international[6]. Celle-ci nous semble dépassée[7] et inutile pour les questions qui nous occupent. De même, la *soft law* du *negotium* ne nous semble pas en jeu dans le cadre de notre étude. Il suffit à ce stade de constater que la *soft law* (de l'*instrumentum*) renvoie ainsi à la catégorie des instruments non juridiquement obligatoires incorporant de nouvelles règles de conduite qui n'existent pas dans le droit positif entendu *stricto sensu* ou, en d'autres termes, qu'elle renvoie à la proposition d'un modèle normatif.

C'est à l'aune de courtes clarifications qu'il est possible d'examiner la jurisprudence du Conseil d'État. Dans le cadre de l'affaire *Fairvesta*, des sociétés appartenant au groupe éponyme entendaient contester des communiqués de l'Autorité des marchés financiers (AMF) publiés sur son site Internet. L'un d'eux était destiné à mettre en garde le public à l'égard des investissements proposés par ces sociétés et commercialisés en France de manière très active en usant d'un discours déséquilibré ne présentant pas les risques encourus aux investisseurs potentiels. Les placements proposés (dans l'immobilier) ne relevaient pas de la réglementation applicable aux instruments financiers. Un autre communiqué mettait plus spécifiquement en garde le public pour ce qui concerne les investissements proposés sur le site Internet de Fairvesta.

---

[3] Sur ces aspects, v. D'ASPREMONT J., « Softness in International Law : A Self-Serving Quest for New Legal Materials », EJIL, vol. 19, 2008, p. 1081.

[4] WEIL P., « Le droit international en quête de son identité – Cours général de droit international public », RCADI vol. 237, 1992-IV, p. 215.

[5] *Id.*, p. 216. V. aussi, CHINKIN C. M., « Normative development in the international legal system », in SHELTON D. (ed.), *Commitment and Compliance – The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, New York, Oxford University Press, 2000, p. 30 (soulignant : « *[t]here are various ways of categorizing international soft law. Instruments may be included within this generic term for a number of reasons : (i) they have been articulated in non-binding form according to traditional modes of law-making ; (ii) they contain vague and imprecise terms ; (iii) they emanate from bodies lacking international law-making authority ; (iv) they are directed at non-state actors whose practice cannot constitute customary international law ; (v) they lack any corresponding theory of responsibility ; (vi) they are based solely upon voluntary adherence, or rely upon non-judicial means of enforcement* ».

[6] On pense en particulier ici aux positions exprimées par Prosper Weil selon qui il fallait « conserver intacte l'existence d'un point de passage, d'un seuil, entre le droit et le non-droit » (WEIL P., *op. cit.* note 4, p. 241) et qui soulignait d'ailleurs que la *soft law* de l'*instrumentum* n'était « tout simplement pas *law* du tout » (WEIL P., « Vers une normativité relative en droit international ? », RGDIP 1982, n° 1, p. 8 note 6).

[7] V. nos réflexions à ce sujet : BISMUTH R., *La coopération internationale des autorités de régulation du secteur financier et le droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 46 s.

Afin de déterminer si *Fairvesta* nous parle de *soft law*, il convient de s'interroger si ce qui est en jeu se rapporte à la proposition d'un modèle normatif, à la mise en œuvre de règles additionnelles n'étant pas consacrées par le droit positif. Précisons en premier lieu qu'il n'est pas question dans cette affaire de ce qui est traditionnellement appréhendé comme constituant la « doctrine » de l'AMF, laquelle inclut notamment ses instructions, positions, recommandations, pratiques de marché admises et rescrits. L'AMF précise d'ailleurs elle-même la définition de ces différents instruments (par exemple « la recommandation est une invitation à adopter un comportement ou à se conformer à une disposition » et leur portée juridique (par exemple, si elle « ne revêt pas de caractère impératif », « le fait de se conformer à une recommandation contribue généralement à nourrir une présomption de conformité à la réglementation »)[8]. Le contenu de l'acte en question ne revêtait aucune dimension normative. L'AMF retient en effet que les sociétés visées tiennent des discours déséquilibrés mais en même temps mais que les produits proposés ne relèvent pas de la réglementation applicable aux titres financiers dont l'AMF a la mission d'assurer le respect. Imaginons d'ailleurs que cela fut le cas, il s'agirait donc simplement de constater qu'un opérateur ne respecte pas les prescriptions réglementaires qui lui sont applicables (donc de la *hard law*). On peut certes identifier un discours ayant une portée normative lorsque l'Autorité indique dans ce communiqué qu'elle « invite les épargnants à appliquer des règles de vigilance avant tout investissement »[9]. Ces règles ne s'inscrivent toutefois pas dans un schéma juridique puisqu'il ne s'agit que d'une discipline de bonne gestion financière destinée aux investisseurs. Cette discipline relève de l'éducation financière et rien n'interdit ni ne restreint d'ailleurs les investisseurs de se lancer dans des investissements périlleux au mépris de la vigilance la plus élémentaire.

Le comportement que l'autorité cherche finalement à orienter par le biais de ces communiqués est celui des investisseurs en les incitant à mettre en œuvre des principes (économiques et non juridiques) de bonne gestion de leurs investissements. Nulle trace de *soft law* dans ce contexte – évidemment à moins de considérer que tous les instruments non juridiquement contraignants et comportements attribuables à ces autorités de régulation constituent de la *soft law*.

II – *Fairvesta* ne se rapporte pas à la *soft law*, mais à certaines techniques de l'État régulateur

La confusion opérée entre « *soft law* » et « régulation » est assez prégnante dans la doctrine interniste française[10]. Elle est le résultat de plusieurs évolutions des moyens d'action de l'autorité publique que l'on peut brièvement évoquer. Avant même que l'on ne constate une effervescence en France autour des autorités administratives indépendantes dans la seconde partie des années 1980, donc bien avant même que ne soit forgée l'expression « autorité de régulation » dans les années 1990, Paul Amselek relevait déjà au début des années 1980 une évolution de « la technique de direction des conduites par les autorités publiques »[11], constatant

---

[8] V. AMF, *Principes d'organisation et de publication de la doctrine de l'AMF*, 17 juill. 2014, [www.amf-france.org/Reglementation/Doctrine/Principes-de-doctrine].

[9] V. p. ex., AMF, L'AMF attire à nouveau l'attention du public sur les activités de la société Fairvesta, Communiqué de presse, 17 juill. 2012, [www.amf-france.org/technique/proxy-lien?docId=workspace://SpacesStore/f56c4976-5124-47d7-aca6-27d664cf6c5c&langue=fr].

[10] Sur cette question, v. LAVERGNE B., *Recherche sur la soft law en droit public français*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, p. 190 s.

[11] AMSELEK P., « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », RDP 1982, p. 275.

un reflux d'une direction autoritaire au profit d'une direction souple comme en témoigne le recours croissant par l'administration aux recommandations[12]. Il relevait d'ailleurs dans cette évolution une forme de mouvement asymétrique entre un droit international public qui « se rapprocherait de plus en plus du modèle du droit interne » et d'un droit interne qui « tend à s'aligner sur le modèle du droit international public »[13].

Les travaux de Jacques Chevallier, en particulier ceux relatifs à l'étude de *L'État postmoderne*, traitent à une échelle bien plus large de ces évolutions en mettant en perspective la reconfiguration des appareils d'État (par exemple via des autorités administratives indépendantes) ainsi que les transformations des techniques juridiques (contractualisation et rationalisation de la production des règles, recours au droit souple, etc.)[14]. Ces nouveaux modes d'intervention se sont particulièrement épanouis au sein des autorités de régulation qui combinent innovation institutionnelle, l'attribution d'une large palette de pouvoirs d'intervention et l'expérimentation d'instruments destinés à orienter les conduites. C'est le développement de ces nouveaux instruments, qui n'entraient d'ailleurs pas dans les catégories classiques d'actes susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, qui a conduit une partie de la doctrine à les appréhender selon la distinction droit dur/droit souple. Il faut néanmoins distinguer parmi ces nouveaux instruments ceux qui relèvent de *soft law* et ceux qui relèvent simplement du *soft power*. Les communiqués en jeu dans l'affaire *Fairvesta* relevaient de la seconde catégorie.

L'AMF indique dans ses communiqués que les sociétés n'étaient pas autorisées en France à fournir des services d'investissement ou à se livrer à une activité de démarchage. Il s'agit donc simplement de la constatation qu'une activité n'est pas couverte par un cadre juridique (de *hard law*) existant qui a vocation à protéger les épargnants. L'AMF indique également à ces derniers qu'ils doivent faire preuve de vigilance avant tout investissement en cherchant à obtenir « un maximum d'informations sur les intermédiaires qui vous proposent le produit (habilitation/agrément, identité sociale, siège social etc.) »[15]. La stratégie employée par l'AMF consiste ainsi à user de sa position privilégiée et de son audience, en d'autres termes de son pouvoir de fait, afin de réguler le comportement des investisseurs potentiels. La démarche procède donc d'un renversement de perspective. L'autorité ne cherche plus à réguler l'opérateur économique en lui imposant des normes (de *hard law* ou *soft law* d'ailleurs) car il n'a pas d'emprise sur celui-ci, et ce, à deux points de vue : d'une part, une absence *d'emprise matérielle* parce que les produits proposés ne relèvent pas de sa compétence en matière d'instruments financiers et, d'autre part, une absence *d'emprise spatiale* car les investissements sont proposés par le biais de sites Internet qui se situent à l'étranger.

Il est indéniable de constater qu'en produisant ces communiquées, l'AMF entendait exercer une forme de pouvoir *de facto*. Nous avons déjà souligné que cette intervention régulatrice ne s'intégrait pas dans une logique de *soft law* puisqu'elle visait à orienter le comportement des investisseurs par le biais de préceptes relevant de l'éducation financière. Il est dorénavant possible de constater qu'il s'agit aussi d'une stratégie de régulation qui vise non pas à assurer la conformité du comportement des opérateurs avec une discipline donnée (être

---

[12] *Ibid.*, p. 286 s.
[13] *Ibid.*, p. 293 (l'auteur ne précise pas ici s'il perçoit le droit international dans son ensemble comme ayant une dimension « recommandatoire »).
[14] CHEVALLIER J., *L'État postmoderne*, Paris, LGDJ, 4e éd., 2014.
[15] V. AMF, *op. cit.* note 9.

habilité, disposer d'un agrément, publier un prospectus, etc.) mais, en orientant les investisseurs, à s'assurer que l'objectif de la régulation (la protection de l'épargne) soit globalement atteint. Il s'agit manifestement pour l'autorité d'avoir recours à une forme de *soft power* dans le cadre de ses activités de régulation.

Le comportement de l'AMF peut d'ailleurs s'inscrire dans deux types de démarches. La première, qui se place à un niveau plus conceptuel, est celle du *nudge* popularisée par Sunstein et Thaler[16] consistant à orienter les comportements des agents par des systèmes d'incitations plutôt que par des mécanismes d'instruction et de direction. La seconde, plus opérationnelle, est celle du *name and shame* consistant à dénoncer publiquement ceux s'écartant d'une ligne de conduite, et ce, afin de rechercher une sanction sociale ou économique (ostracisme ou boycott) plus qu'une sanction juridique (celle-ci n'étant d'ailleurs pas disponible lorsqu'il s'agit d'une discipline de *soft law*). Cette pratique du *name and shame* est bien connue de certaines instances internationales telles que l'OCDE ou le GAFI et consiste à établir une liste des juridictions non coopératives dans les domaines de la coopération fiscale internationale ou ceux du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme. Les standards de l'OCDE et du GAFI ne sont pas juridiquement obligatoires (*soft law*) et le *name and shame* apparaît ainsi dans les relations internationales comme une technique de mise en œuvre de la *soft law* – mais ne saurait être confondue avec elle.

Les autorités de régulation ont, depuis quelques années, été les laboratoires les plus actifs d'expérimentation de ces nouvelles stratégies d'orientation des conduites. Les instruments de *soft law* en font partie mais, si l'on peut dire que « la *soft law* participe de la régulation », il faut relever qu'elle « ne s'y réduit pas »[17]. Sans doute ces nouveaux instruments de régulation ont de quoi désarçonner les juristes habitués à des catégories d'actes décisoires, catégories s'emboîtant parfaitement dans celles du contentieux administratif. Lorsqu'est apparue la nécessité pour les personnes concernées de les contester devant le juge, celles-ci se sont trouvées confrontées à la structure du contentieux administratif et, en particulier, au recours pour excès de pouvoir autour duquel s'est cristallisée, sans doute par le biais d'une lentille déformante, la manière de penser ces nouveaux instruments.

III – Appréhender *Fairvesta* au-delà du contentieux administratif français

Si la *soft law* n'a pas grand-chose à voir avec les instruments en jeu dans le cadre du recours pour excès de pouvoir (REP) initié dans l'affaire *Fairvesta*, l'institution du REP n'est quant à elle pas étrangère à la *soft law*. En appréhendant de manière plus pragmatique les façons par le biais desquelles les actes administratifs unilatéraux sont susceptibles de faire grief, le Conseil d'État a progressivement élargi les conditions de recevabilité du REP, permettant ainsi d'appréhender toute une palette d'instruments. Parmi ceux-ci se retrouve notamment la *soft law* des autorités de régulation : les avis, recommandations ou prises de position « lorsqu'ils revêtent le caractère de disposition générales et impératives » et dont ces autorités « pourrai[ent] ultérieurement censurer la méconnaissance »[18]. C'est également le cas lorsque de tels instruments « sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique,

---

[16] SUNSTEIN C. R., THALER R. H., *Nudge – Improving Decisions About Health, Wealth and Hapiness*, New Haven, Yale University Press, 2008.
[17] LAVERGNE B., *op. cit.* note 9, p. 191.
[18] CE, 11 oct. 2012, n° 357193, *Société Casino Guichard-Perrachon*, RJEP, n° 708, mai 2013, comm. 19, note IDOUX P.

ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent »[19]. Dans le premier cas, la *soft law* est génératrice de présomptions et c'est cette opposabilité *de jure* qui justifie la recevabilité du recours. Dans le second cas, il s'agit davantage de reconnaître son opposabilité *de facto*, laquelle résulte de l'influence plus que des compétences que l'autorité de régulation est susceptible d'exercer sur les acteurs.

Ce mouvement jurisprudentiel ne s'est toutefois pas limité aux seuls actes qui constituent de la *soft law* mais a également intégré des actes revêtant une dimension individuelle qui ne prennent pas la forme traditionnelle des décisions individuelles faisant grief. C'est le cas du communiqué de presse mettant en garde les investisseurs pour ce qui concerne l'affaire *Fairvesta* ou de la lettre du président de l'Autorité de la concurrence en rapport avec une mesure individuelle d'injonction dans le cadre de l'affaire *Numéricable*. Le mouvement d'élargissement du REP à la fois aux actes à portée générale et à ceux à portée individuelle a joué un rôle certain quant à la confusion autour de la notion de droit souple (ou *soft law*). Chaque évolution reconnaissant la justiciabilité d'une nouvelle catégorie d'acte a fait tomber dans l'escarcelle de ce qui est perçu comme du droit (puisque faisant grief) ce qui ne l'était pas auparavant (donc du non-droit). L'expression « droit souple » est devenue ainsi en doctrine autant une catégorie fourre-tout qu'un réflexe sémantique lorsqu'il s'agit de constater l'élargissement du cercle de la recevabilité du REP. C'est dans ce cadre que la signification de la *soft law* a été déformée ou, de façon moins polémique, acculturée par la grille de lecture du contentieux administratif.

Un moyen relativement simple de le constater est de se pencher sur la manière dont un contentieux tel que celui de *Fairvesta* est traité dans d'autres systèmes juridictionnels qui n'ont pas la même grille de lecture contentieuse. L'autorité des marchés financiers aux États-Unis, la *Securities and Exchange Commission* (SEC) a fait également l'objet de poursuites de la part d'opérateurs qui s'estimaient affectés par ses communiqués. Ainsi, dans l'affaire *Barry v. SEC* il était question d'un communiqué de presse indiquant que l'autorité initiait des poursuites contre M. Barry pour avoir élaboré un montage frauduleux de type « Ponzi » par le biais duquel il a récupéré des fonds auprès de 800 investisseurs qui ont été finalement dépensés « *on real estate, his pornography mail order business, and other interests* »[20]. Alléguant que ses activités de vente par correspondance n'incluait pas le type de produits mentionnés dans le communiqué et soutenant que celui-ci a atteint sa réputation et généré des effets économiques dommageables, M. Barry introduisit une plainte en diffamation (*libel*) et demanda une réparation du préjudice subi ainsi que le prononcé d'une injonction consistant au retrait du communiqué litigieux et à son remplacement par un nouveau communiqué correctif faisant l'objet d'une publicité suffisante. Il est intéressant de relever que toutes ces demandes ont été rejetées. En premier lieu, la plainte en diffamation n'a pas pu prospérer car la législation fédérale concernant la responsabilité de la puissance publique (le *Federal Tort Claims Act* – FTCA) exclut ce type d'action. En second lieu, l'injonction n'a pas été accordée car, d'une part, « *no rights or obligations were determined by the press release* » (ou, en d'autres termes, qu'il ne faisait pas grief) et que, d'autre part, les déclarations de la SEC ne pouvaient être examinées par la juridiction car elles ne témoignent pas d'un « *intent on penalizing a party through adverse*

---

[19] CE, 30 juin 2016, n° 384297, *Fédération française des sociétés d'assurances*, RDBF 2010, n° 5, comm. 186, note SAMIN TH.

[20] SEC, *SEC Charges New York-Based Money Manager in $40 Million Ponzi Scheme*, Litigation Release No. 21199, 8 sept. 2009.

publicity, especially false or unauthorized publicity »[21]. Le droit américain (plus spécifiquement l'Administrative Procedure Act – APA) conçoit ainsi de manière très restrictive ce que constitue une « *agency action* » désignant les actes susceptibles de recours dans le cadre d'un contentieux de la légalité[22] mais envisage une possibilité d'action lorsque les agissements litigieux revêtent une dimension délictuelle. Ce qui est en jeu est donc plus un comportement qu'un acte.

C'est en ce sens que l'affaire *Barry v. SEC* tout comme l'affaire *Fairvesta* relèvent bien davantage d'un contentieux de la diffamation et des limites de la liberté d'expression, dont les règles doivent bien sûr être ajustées en tenant compte du fait qu'il s'agit dans les deux cas de l'intervention d'autorités de régulation qui ont une mission spécifique de protection des investisseurs. D'ailleurs, si l'on se penche à la manière dont le Conseil d'État a analysé le contenu des communiquées de l'AMF, nous pouvons être surpris de la similarité des critères de contrôle déployés avec ceux habituellement usités dans le domaine de la liberté d'expression qui reposent essentiellement sur une distinction entre les faits (susceptibles d'être prouvés) et les opinions (insusceptibles d'être prouvées mais qui doivent être appuyées par des faits)[23]. Le Conseil d'État relève ainsi que l'AMF s'est limitée à communiquer des informations sur les sociétés Fairvesta qui « ne sont entachées d'aucune des inexactitudes alléguées » et qui n'incluaient d'ailleurs aucun jugement de valeur. Il s'agit ainsi bien davantage de l'appréciation de la légalité d'un comportement au sens large que d'un acte au sens strict. La démarche des requérantes dans *Fairvesta* aurait sans doute été la même si l'auteur de la mise en garde avait été un journal financier réputé : elles auraient exigé une réparation pour les propos qu'elles estiment diffamants qui lui auraient causé un dommage ainsi qu'une cessation de l'illicite par une demande de retrait de la publication éventuellement toujours accessible sur Internet. La juridiction saisie aurait certes été différente mais il est fort probable que l'issue du contentieux aurait été la même compte tenu des standards applicables à la presse en matière de liberté d'expression[24].

Vu sous cet angle, la jurisprudence *Fairvesta* témoigne d'une volonté du Conseil d'État d'ouvrir une voie de recours aux personnes affectées par les comportements de la puissance publique. Ce comportement, comme nous l'avons souligné, est dépourvu de toute intention normative et ne s'inscrit pas dans le cadre de la production de normes de droit souple. Plus que de *soft law*, cette décision soulève davantage la question du risque de déni de justice résultant des limites posées à la justiciabilité des comportements de l'administration. Elle est à placer aussi dans le contexte de l'évolution du droit de la responsabilité de la puissance publique ou en droit international de l'assouplissement des règles relatives aux immunités souveraines de juridiction ou d'exécution. À une autre échelle, on peut également rapprocher cette décision des travaux sur la *Global Administrative Law* initiées par Benedict Kingsbury et Richard Stewart de la NYU Law School[25] ou ceux sur l'exercice d'une *Public Authority by International*

---

[21] *Barry v. U.S. Securities and Exchange Commission*, No. 10-cv-4071 (E.D.N.Y. March 7, 2012).

[22] Pour un aperçu, v. COLE J. P., *An Introduction to Judicial Review of Federal Agency Action*, CRS Report, 7 déc. 2016, p. 10 s.

[23] V. p. ex., BISMUTH R., « Le développement de standards professionnels pour les journalistes dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme », RTDH 2010, n° 1, p. 39 s.

[24] *Ibid*.

[25] KINGSBURY B., KRISCH N. et STEWART R., « The Emergence of Global Administrative Law », Law and Contemporary Problems, vol. 58, 2005, p. 15 s.

Institutions d'Armin von Bodgany de l'Institut Max Planck de Heidelberg[26] qui s'inscrivent davantage dans le cadre d'une réflexion sur l'exercice d'un pouvoir de fait ou de droit et les moyens de le contrôler que sur la normativité.

La *soft law* mérite ainsi d'être distinguée de l'ensemble des stratégies et dispositifs par le biais desquels les autorités s'emploient à orienter les comportements. Si l'on s'obstine à voir de la *soft law* dans toutes les manifestations d'un *soft* power, la voilà exposée à un funeste destin : *The more you say it, the less it means*.

[26] VON BOGDANY A. et a. (eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions – Advancing International Institutional Law*, Heidelberg, Springer, 2010.