



PANTHÉON-ASSAS  
UNIVERSITÉ  
PARIS

# Revue de droit d'Assas

N° 26 Oct. 2023

## Portrait

**Charles Jarrosson : se jouer des frontières**

Par Paul Giraud

## Projet

**L'élaboration du droit au prisme de l'avant-projet  
de réforme du droit des contrats spéciaux**

Par Pierre-Yves Gautier, Philippe Stoffel-Munck  
et Guillaume Vieillard

## Dossier

**La transparence et le droit**

Par Nathan Allix, Nicolas Bonnardel, Maxime Boul,  
Édouard Coulon, Thibaut Duchesne, Jean-Vincent Holeindre,  
Jean-François Kerléo, Emmanuel Netter et Claire Saunier

## Perspectives

**Sociologie du droit**

Par Jacques Commaille, Olivier Corten, Dominique Fenouillet,  
Thomas Genicon et Liora Israël

## Rétrospective

**Pierre Catala, « La transformation  
du patrimoine dans le droit civil moderne »,  
*RTD civ.* 1966, p. 185**

Par Antoine Touzain

# Revue de droit d'Assas

Revue éditée et diffusée par l'Université Paris-Panthéon-Assas,  
12 place du Panthéon – 75005 Paris,  
en partenariat avec Lextenso éditions,  
La Grande Arche – 1 Parvis de La Défense – 92044 Paris La Défense Cedex

**Lextenso**

ISSN n° 2108-1050 (papier)    ISSN n° 2114-0332 (en ligne)

Directeur de la publication :

**Stéphane Braconnier**

Conseillère de la rédaction :

**Emmanuelle Filiberti**

Directrice scientifique :

Directeurs éditoriaux :

**Nicolas Balat et Étienne Casimir**

**Cécile Chainais**

## COMITÉ DE RÉDACTION

Rédacteur en chef :

Grégoire Lemarchand-Ghica

Comité de rédaction en chef :

Lucile Agostini-Malaurie, Loïc Bréhin,  
Florian Carré, Nicolas Chapalin,  
Claire Glenisson-Milinkovic, Ani Minasian  
et Justine Moura

Chargés de la diffusion :

Adèle Geoffret et Théophile Rospars

Chargée du financement :

Mélinda Benhaiem

Chargé de la communication :

Raphaël Galvao

Comité de rédaction :

Clara Amsallem, Pierre Barthélémy,  
Dana Belgacimi, Mélinda Benhaiem,  
Tristan Berthoumieux, Jan Borrego  
Stepniewski, Alexandre Breteau, Loïc Burgun,  
Thomas Caracache, François Chevallier,  
Camille David, Guygonne-Bettina Deker,  
Clément Duchemin, Raphaël Galvao,  
Éloïse Le Hénaff, Philippe Morange,  
Hugo Nadjar, Romain Raine,  
Théophile Rospars et Samuel Vétier

## CONSEIL SCIENTIFIQUE

**Guillaume Drago,**

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,

**Yves Gaudemet,**

Membre de l'Institut,

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas,

**Michel Humbert,**

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas,

**Yves Lequette,**

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas,

**Laurent Leveueur,**

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,

**Martine Lombard,**

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas,

**Denis Mazeaud,**

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,

Ancien directeur scientifique de la revue

**Jacques-Henri Robert,**

Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Assas,

**Louis Vogel,**

Membre de l'Institut,

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas,

Président honoraire de l'Université

La revue peut être citée de la manière suivante :  
RDA, n° 26, oct. 2023, p. X  
En ligne : [www.u-paris2.fr](http://www.u-paris2.fr)

# Quelques mots de la rédaction en chef

Grégoire Lemarchand-Ghica, rédacteur en chef

---

*Vingt-six...*... le numéro du département de la Drôme avec ses champs de lavande chatoyants et parfumés, le verset du premier chapitre de la Genèse où « Dieu dit : “Faisons l’homme à notre image, selon notre ressemblance.” », l’âge de la fin de la gratuité des musées, le signe de la longévité d’une revue créée par des doctorants (eh oui, déjà, le numéro 26 de la *Revue* !), le mercredi d’août 1789 où la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen fut adoptée, mais aussi... le nombre d’arbitres à la coupe du monde de rugby qui bat son plein. Chacun sait leur place prééminente dans cette discipline et les amateurs du ballon ovale goûtent déjà toute l’année aux délices des micros ouverts que portent désormais les arbitres du Top 14, micros auxquels n’échappe aucune parole voire onomatopée proférée par ces derniers<sup>1</sup>, créant ainsi les conditions d’une *transparence* totale des décisions de l’arbitre, tant pour les joueurs que pour les téléspectateurs.

Le *Dossier* de ce numéro s’empare précisément de la notion de transparence, qui a progressivement conquis l’ensemble du système juridique, non sans laisser apparaître quelques dérives. La transparence est, littéralement, une qualité qui laisse l’observateur voir à travers quelque chose. Autrement dit, elle vise à découvrir – dans le sens de révéler – la *réalité* qui peut être voilée par un obstacle – cet obstacle n’étant pas toujours injustifié.

La sociologie du droit – discipline à laquelle la rubrique *Perspectives* de ce numéro est consacrée – partage cette ambition d’observer la réalité des faits afin de les analyser. Les riches contributions présentées révèlent les défis auxquelles cette discipline est aujourd’hui confrontée, de manière structurelle mais également plus ponctuellement, au gré des objets d’étude dont elle se saisit. À la croisée de plusieurs « sciences humaines et sociales », la sociologie du droit permet notamment de comprendre les règles et leur application, ainsi que de participer à leur élaboration.

En un sens, l’équipe de la *Revue* s’est (modestement) prêtée à la tâche du sociologue afin de comprendre le rôle et la contribution des groupes de travail mis en place par la Chancellerie à l’édification de la loi. Ainsi, la rubrique *Projet* de ce numéro interroge les acteurs qui élaborent le droit, en revenant de manière originale sur l’avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux. Plus qu’une discussion de son contenu, déjà largement

---

1. L’un d’entre eux expliqua à un joueur, d’un gabarit vénérable : « Tu vas percuter le 1 sans ballon, petit coquin. – C’est toi le coquin. – Non, c’est toi. [...] Tu sors. »

commenté, des membres éminents de la Commission l'ayant rédigé ont précisé, pour faire œuvre de transparence, leurs méthodes de travail.

La transparence caractérise aussi une démarche scientifique – qui n'est certes pas propre au juriste. Chacun sait l'importance de l'appareil critique et des notes de bas de page, précises et circonstanciées, qui laissent apparaître la source de telle ou telle idée. Au-delà même des références ponctuelles, d'autres auteurs dévoilent le rôle majeur qu'a pu avoir une lecture pour l'ensemble de leur réflexion. Lors d'une conférence reproduite en *Rétrospective*, le professeur Antoine Touzain explique les raisons de son hommage critique à un article fondateur de Pierre Catala en droit des biens.

Si la transparence gagne tout le droit, tant dans ses règles que dans ses méthodes, elle atteint aussi les hommes du droit. Le *Portrait* du professeur Charles Jarrosson permet de rencontrer celui dont le portraitiste esquisse « le recul et la pudeur », des vertus qui auraient pu être des obstacles légitimes à la transparence.

La charpente de ce vingt-sixième numéro ayant été dévoilée, place doit être faite à ses architectes.

Au contraire de l'alphabet, qui prend fin avec sa vingt-sixième lettre<sup>2</sup>, la *Revue de droit d'Assas* saisit l'occasion de ce 26<sup>e</sup> numéro pour poursuivre son aventure avec une équipe élargie de doctorants<sup>3</sup>, motivés et joyeux à l'idée d'œuvrer pour un ouvrage qui les dépasse, notamment au sein d'un comité de rédaction renouvelé<sup>4</sup>. Que chacun soit remercié du temps parfois considérable consacré aux sollicitations, relectures, ou autres actes de diffusion<sup>5</sup>, qui font le quotidien de la *Revue*...

L'équipe a d'ailleurs la chance de pouvoir compter d'ores et déjà sur les prochains rédacteurs en chef, Loïc Bréhin et Ani Minasian, puisque ce numéro permet aussi une transition.

Nul n'oublie non plus nos prédécesseurs, qui ont ouvert la voie et nous ont transmis le flambeau, notamment les fondateurs, Étienne Casimir et Nicolas Balat, ainsi qu'Antoine Touzain, Maxime Cormier et Nathan Allix. Nous exprimons notre gratitude toute particulière à Mathilde Gheeraert et Jeanne de Dinechin, qui ont assuré pendant ces quatre dernières années, d'une main de maître, la rédaction en chef de la *Revue* et ont veillé à ce que la passation se fasse dans les conditions les meilleures.

Enfin, l'équipe adresse sa reconnaissance sincère au professeur Cécile Chaignais, directrice scientifique, pour sa bienveillante exigence, veillant à assurer la qualité et, partant, la renommée, de la *Revue de droit d'Assas*.

Excellente lecture à tous (et allez les Bleus) !

---

2. Et non pas sa vingt-cinquième, ni sa vingt-septième imaginaire... Le lecteur méfiant pourra le vérifier en comptant sur ses doigts... s'il ne se trompe pas, car il apprendra d'un de nos camarades dans ce numéro que... « *Juris non calculat* ».

3. Ces mêmes doctorants pourront méditer les hauts faits de l'un de leurs prédécesseurs, Pierre Leborgne, auquel l'un des leurs rend hommage.

4. Les différentes rubriques du présent numéro ont été coordonnées respectivement par Florian Carré, épaulé par Nicolas Chapalin et Justine Moura, pour le *Portrait* et la rubrique *Projet*, par Loïc Bréhin et Grégoire Lemarchand-Ghica pour le *Dossier*, par Ani Minasian et Claire Glenisson-Milinkovic pour les *Perspectives* et par Lucile Agostini-Malaurie pour la *Rétrospective*.

5. Il faut saluer ici notamment le travail considérable d'Adèle Geoffret, assistée de Mélinda Benhaïem et Théophile Rospars, pour la diffusion de la *Revue*.

# Sommaire

Quelques mots de la rédaction en chef

p. 3

La transparence en droit européen  
de numérique

*Emmanuel Netter*

p. 103

## Portrait

Charles Jarrosson : se jouer des frontières

*Paul Giraud*

p. 7

La transparence de la motivation  
des décisions de justice : retour critique  
sur une présentation antagoniste des cas  
français et américain

*Claire Saunier*

p. 115

## Projet

L'élaboration du droit au prisme de l'avant-  
projet de réforme du droit des contrats  
spéciaux

*Pierre-Yves Gautier, Philippe Stoffel-Munck  
et Guillaume Vieillard*

p. 12

De quoi la transparence est-elle  
juridiquement le nom ? Pour une définition  
d'un concept de norme de transparence  
en vue de rationaliser le discours juridique

*Jean-François Kerléo*

p. 125

## Variétés autour du Droit

Un adage à la valeur non infinitésimale

*Loïc Bréhin*

p. 26

Pierre Leborgne, mort pour la France

*Nicolas Chapalin*

p. 27

## Dossier

La transparence et le droit

Transparence et politique : de l'ordre interne  
aux fractures internationales

*Jean-Vincent Holeindre*

p. 34

La transparence dans l'élaboration  
de la norme

*Nathan Allix*

p. 44

La transparence en droit administratif

*Maxime Boul*

p. 53

La transparence en droit des contrats :  
l'exemple du contrat d'assurance

*Nicolas Bonnardel*

p. 62

La transparence en droit des affaires :  
la délicate question du contrôle  
de l'information sur la durabilité

*Thibaut Duchesne*

p. 75

La transparence en droit fiscal

*Édouard Coulon*

p. 87

## Perspectives

Sociologie du droit

De la sociologie du droit aux sciences  
sociales sur le droit. Un changement  
de régime de savoir sur le droit ?

*Jacques Commaille*

p. 138

La sociologie du droit et de la justice :  
quelle place en droit de la famille ?  
Regards d'une juriste

*Dominique Fenouillet*

p. 146

Libres propos sur la sociologie juridique  
appliquée au droit des contrats

*Thomas Genicon*

p. 155

La culture de l'enquête, entre droit  
et sociologie. L'exemple d'une recherche  
sur l'enseignement du droit

*Liora Israël*

p. 162

Sociologies du droit : une approche  
iconoclaste et plurielle

*Olivier Corten*

p. 166

## Rétrospective

Pierre Catala, « La transformation du  
patrimoine dans le droit civil moderne »,  
*RTD civ.* 1966, p. 185

*Antoine Touzain*

p. 170

# Les auteurs

ayant contribué à la rédaction de ce numéro

---

**Nathan ALLIX**, Maître de conférences  
à l'Université Paris-Est Créteil

**Nicolas BONNARDEL**, Maître de conférences  
à l'Université de Bourgogne

**Maxime BOUL**, Maître de conférences en droit  
public, Université Toulouse Capitole, IEJUC

**Loïc BRÉHIN**, Doctorant contractuel chargé  
d'une mission d'enseignement à l'Université  
Paris-Panthéon-Assas

**Nicolas CHAPALIN**, Doctorant contractuel  
chargé d'une mission d'enseignement  
à l'Université Paris-Panthéon-Assas

**Jacques COMMAILLE**, Professeur émérite  
à l'École normale supérieure Paris-Saclay,  
chercheur à l'Institut des sciences sociales  
du politique

**Olivier CORTEN**, Professeur à l'Université libre  
de Bruxelles, Centre de droit international  
et de sociologie appliquée au droit  
international

**Édouard COULON**, Maître de conférences  
à l'Université de Lille

**Thibaut DUCHESNE**, Maître de conférences  
à l'Université Jean Moulin Lyon 3

**Dominique FENOUILLET**, Professeure de droit  
privé et sciences criminelles à l'Université  
Paris-Panthéon-Assas, Directrice du  
Laboratoire de sociologie juridique

**Pierre-Yves GAUTIER**, Professeur à l'Université  
Paris-Panthéon-Assas, Directeur de l'École  
de droit

**Thomas GENICON**, Professeur à l'Université  
Paris-Panthéon-Assas

**Paul GIRAUD**, Professeur à l'Université  
de Poitiers

**Jean-Vincent HOLEINDRE**, Professeur  
à l'Université Paris-Panthéon-Assas,  
Directeur du Centre Thucydide

**Liora ISRAËL**, Directrice d'études de l'École des  
Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS)

**Jean-François KERLÉO**, Professeur  
à Aix-Marseille Université, Membre junior  
de l'Institut Universitaire de France

**Grégoire LEMARCHAND-GHICA**, ATER  
à l'Université Paris-Panthéon-Assas

**Emmanuel NETTER**, Professeur de droit privé  
à l'université de Strasbourg, CDPF (UR 1351)

**Claire SAUNIER**, Maître de conférences en  
droit public à l'Université Paris-Est Créteil

**Philippe STOFFEL-MUNCK**, Professeur  
à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

**Antoine TOUZAIN**, Professeur agrégé,  
Université Rouen Normandie, CUREJ,  
UR 4703

**Guillaume VIEILLARD**, Magistrat, Chef  
du Bureau du droit des obligations  
de la Direction des affaires et du sceau,  
Ministère de la Justice

# Portrait

---

Dans chaque numéro, la *RDA* dresse le portrait d'un enseignant-chercheur qui, par son parcours, a laissé une empreinte dans le monde juridique.

---

## Charles Jarrosson : se jouer des frontières

**Paul Giraud**

Professeur à l'Université de Poitiers



« – *Un portrait de moi...*

Le sourcil droit se lève, le buste se redresse et les épaules se reculent ; le regard se fait perçant et la voix légèrement cassante.

– *Épargnez-vous ce pensum, et rédigez plutôt les notes que la rédaction de la Revue [de l'arbitrage] attend de vous.* »

Dire que l'idée que l'on fasse son portrait ne l'enthousiasme pas relève de l'euphémisme. Non seulement il répugne à être mis en lumière, mais que d'autres doivent travailler pour cela l'embarrasse. L'homme n'aime être ni exposé ni mis en avant. Il avance tous les arguments qu'il peut : ne pas le mériter, n'intéresser personne, réserver cela aux professeurs civilistes qui ont enseigné les grands cours de premier cycle et qui sont connus des lecteurs de la *Revue de droit d'Assas*. En philosophe, il mesure la valeur toute relative des honneurs. Il y a chez Charles Jarrosson l'élégance, le recul et la pudeur. Tous trois concourent à sa réticence à être dépeint.

L'accueil réservé par le portraituré au portraitiste ne surprend pas ce dernier, informé qu'il avait fallu toute la force de conviction de la directrice scientifique de cette revue, armée de l'estime et de l'amitié que le portraituré lui porte, pour venir à bout de la résistance initiale.

L'exercice est stimulant tant l'homme ne se laisse pas enfermer dans des catégories. Épris de liberté, il aime dérouter l'interlocuteur qui s'approcherait trop près ou qui prétendrait à une forme de connivence. Dites-lui qu'il est un énorme travailleur et il vous répondra qu'il est paresseux ; interrogez-le sur Racine et il vous citera *San Antonio* ; tentez de parler de cognac, il vous répondra Lagavulin 16 ans d'âge (*nul n'est à l'abri d'une faute de goût, même lui*).

**L'attrait de l'international.** Ayant vécu dix belles années d'enfance en Italie pour des raisons professionnelles paternelles, le jeune Charles développe très tôt un goût pour l'international qui le conduit à envisager la carrière diplomatique. L'enchaînement des études semble tout tracé : droit, Sciences Po., ENA. Les premières années de droit ne suscitent guère chez lui un enthousiasme débridé ; il avoue qu'il lui fallut quatre ans pour que le droit lui plaise. Quand il a la possibilité de choisir ses matières, un critère guide l'étudiant Jarrosson : il opte systématiquement pour celles dont l'intitulé comporte le terme

« international ». Son intérêt est enfin piqué lorsque les notions deviennent plus complexes et approfondies ; sa voie sera alors celle du droit. Il étudie successivement dans trois DEA : droit des affaires à Nanterre, droit international privé et du commerce international à Paris 1 où il reçoit les enseignements de P. Lagarde, J.-L. Bismuth, B. Audit, B. Ancel, B. Oppetit et P. Mayer et enfin DEA de droit privé dans cette même université.

Fort logiquement, devenu enseignant, Charles Jarrosson accepte les invitations à enseigner à l'étranger. Outre des missions législatives, séjours d'étude et colloques africains, canadiens et sud-américains, deux destinations sont particulièrement chères à son cœur. L'Italie, tout d'abord, pour les raisons d'enfance précédemment évoquées, pays dont il parle la langue ; il a enseigné tant à Milan qu'à Venise. Le Liban, ensuite, de manière là aussi très profonde puisqu'il s'y rend, depuis 1994, deux ou trois fois par an. Beyrouth l'a fasciné dès sa première visite, à sa plus grande surprise car y coexiste tout ce qu'il déteste : le bruit, la pollution, l'absence totale d'urbanisme et d'espaces verts ; mais le virus libanais l'avait saisi. Il suffit de parler du Liban à Charles Jarrosson pour que l'œil pétille. Fasciné par la profondeur historique de ce pays, où un même site peut receler des traces successives d'un peuplement continu depuis 5 000 ans, il attribue son attachement à l'accueil qu'il a reçu des Libanais. Il enseigne depuis trente ans à l'Université Saint-Joseph – dont son arrière-grand-oncle fut le premier recteur-chancelier – et l'a fait durant une décennie au sein de la filière francophone de l'Université libanaise. Traversant la frontière, il professe à quatre reprises le droit civil à l'Université de Damas entre 1995 et 2006. Comme tout amoureux d'une culture, il n'hésite pas à la faire connaître ; une jeune collègue se souvient que, sortant d'une réunion de section où avait été annoncé qu'elle partirait prochainement enseigner à Beyrouth, elle avait reçu un appel de Charles Jarrosson, dont elle n'avait pas encore fait la connaissance, pour lui prodiguer mille conseils afin que son séjour soit un succès.

La dimension internationale des travaux de recherche de Charles Jarrosson s'illustre également dans les groupes universitaires qu'il rejoint pour des sessions de travail. Parmi eux, le « groupe de Genay », un séminaire informel auquel il participe depuis plus de trente ans et qui réunit annuellement des processualistes de plusieurs pays dans la propriété de Motulsky, en Bourgogne. L'exigence de la recherche scientifique n'a d'égale que celles de l'amitié et de la gastronomie, puisque les contributions y sont autant juridiques que culinaires.

**L'enseignant.** Charles Jarrosson est assistant, à Sceaux, à compter d'octobre 1980. Agrégé en décembre 1986, il enseigne à Strasbourg puis Paris V ; dans ces deux universités, il dispense les principales matières du droit civil. Élu à Paris II en 1997, il prend alors la direction du DESS *Contentieux, arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits* créé par S. Guinchard et Ph. Fouchard deux ans plus tôt ; il enseigne également les Grands systèmes de droit contemporain en maîtrise et le droit des obligations dans le magistère.

La direction du DESS, devenu par la suite Master 2, l'enthousiasme. Il en aime chaque aspect : la sélection des étudiants, l'enseignement de différentes matières à une même promotion et l'encadrement de mémoires où il invite les étudiants à approfondir une question rencontrée dans la pratique durant le stage, dans tout domaine contentieux (huissiers, magistrats, avocats), ce qui lui offre des remontées du terrain sur des sujets variés. Ayant tissé des liens personnels avec plusieurs de ses étudiants, il est heureux de garder contact avec eux, même des années après, notamment quand ils lui écrivent pour demander des conseils sur leur carrière. Il résume cela en une formule : « les sélectionner et ne plus les quitter ».

Il a également dispensé des formations portant sur l'arbitrage et les modes alternatifs de règlement des conflits à des magistrats, tant à la Cour d'appel de Paris que dans le cadre de la formation continue de l'ENM. Un magistrat se souvient des qualités de pédagogie et de clarté de ces séminaires résolument pratiques, particulièrement appréciés dans un contexte où une forme de méfiance de certains magistrats à l'égard de l'arbitrage pouvait régner. Ses liens avec les magistrats sont nombreux ; il prend un grand intérêt à discuter avec eux, tout particulièrement d'arbitrage, sujet propice à des échanges très directs.

**Le directeur de thèse.** Ses doctorants vantent unanimement l'immense attention qu'il leur porte. Les chapitres sont relus dans un temps record, annotés grâce à un code couleur qui distingue fautes



d'orthographe-grammaire, de style ou de fond. Les rencontres face-à-face pour parler de ces chapitres donnent lieu à des séances de travail approfondies : les commentaires sont précis et ouvrent sur de riches pistes de recherche. L'humour narquois et corrosif de Charles Jarrosson se déploie au milieu d'une multitude de conseils, suggestions et indications de recherche, à telle enseigne que, las d'être vaincu par le rire et de ne pouvoir tout noter des conseils de son directeur, un doctorant en a été rendu à enregistrer sur dictaphone ses rendez-vous de thèse, ce qui lui offrait le grand bonheur de rire deux fois.

Si vous parlez à Charles Jarrosson de la rapidité déconcertante avec laquelle il relit le travail de ses doctorants, il s'étonne tout d'abord de cette originalité ; il fuit ensuite le compliment par une boutade en expliquant qu'il n'a pas assez de temps pour se permettre de procrastiner ; il avoue enfin qu'il a une très nette conscience de la fragilité psychologique du doctorant et tout particulièrement du stress de l'attente des corrections du directeur, qu'il souhaite donc abréger. C'est cela Charles Jarrosson : bien faire les choses mais être gêné d'en parler et de dévoiler ses qualités. Une collègue le résume ainsi : « il est profondément gentil, mais ne veut surtout pas donner cette impression ». *Que ta main gauche ignore...*

Cette même attention à celui qui traverse une phase éprouvante le conduit à accompagner bon nombre d'agrégatifs lors de leçons blanches. Il aime alors à partager le conseil que lui avait donné B. Oppetit : « tout sujet a sa pente naturelle ; un sujet théorique porte à l'abstraction quand un sujet pratique invite à rester au ras des pâquerettes ; tout l'art est de tirer le sujet au rebours de cette pente naturelle ». Il l'avait lui-même mis en pratique pour sa leçon de 24 heures portant sur « Les commissions et le droit privé » : « la première réflexion face à un sujet de leçon d'agrégation est d'identifier ce que signifierait mal traiter le sujet, afin d'éviter de le faire. Ici, l'erreur absolue était de tomber dans le catalogue ».

Il conseille également sur l'organisation pratique de la leçon de 24 heures. L'un de ses thésards qui l'appelait pour recevoir des recommandations se souvient avoir reçu le conseil de ne pas servir de vin à ses coéquipiers pour le déjeuner. Ledit agrégatif se demande encore s'il s'agissait d'une boutade. Le doute est permis quand Charles Jarrosson vous explique qu'il n'avait pas servi de vin durant le déjeuner à ses coéquipiers, ce que lui reproche encore un ami et collègue qui, lui, en avait servi et fut agrégé. Cela n'a heureusement pas compromis de solides amitiés nouées à l'occasion de cette épreuve, et que le portraituré évoque avec émotion plus de quarante années après.

**Le chercheur.** Le choix de la matière arbitrale pour sa thèse est dicté par l'intérêt qu'il porte à cette figure juridique transversale, où se conjuguent de nombreuses matières et fondamentalement gouvernée par la liberté, que le portraituré chérit bien au-delà du droit. Il aime d'ailleurs à rappeler les propos de René David : *si vous voulez connaître quelle vision quelqu'un a du droit, interrogez-le sur l'arbitrage.*

Il rédige sa thèse, consacrée à *La notion d'arbitrage*, sous la direction de B. Oppetit ; il la soutient en décembre 1985 devant J.-L. Bismuth, G. Cornu, P. Draï, Ph. Fouchard et B. Oppetit. La thèse reflète déjà une partie des qualités de son auteur : méthode et rigueur (révélée par le fait qu'avant d'exposer une notion, encore faut-il s'entendre sur « le présupposé méthodologique : la "notion de notion" » auquel il consacre un chapitre qui aujourd'hui encore fait référence), goût pour la délimitation et la définition des concepts (la thèse se conclut par une proposition de définition de la notion d'arbitrage) ainsi qu'habileté à associer les concepts théoriques et la technicité des règles juridiques. Sans surprise, le droit comparé – notamment italien – est mobilisé au soutien de la démonstration.

Parmi les articles de Charles Jarrosson, les « Réflexions sur l'imperium » dans les *Études offertes à Pierre Bellet*, publiées chez Litec en 1991, retiennent unanimement l'attention. L'aura de cet article dépasse les frontières ; il est traduit en espagnol et portugais. Il réunit certains traits caractéristiques de l'œuvre doctrinale de son auteur : l'attrait pour l'approfondissement d'une notion, une proposition doctrinale et une dimension historique. Un de ses collègues estime que Charles Jarrosson a besoin de ces différents souffles pour nourrir sa recherche, et qu'il s'ennuierait dans une approche uniquement technique. Ce goût pour l'exploration d'une notion, déjà révélé par sa thèse, se prolonge par d'autres travaux, tels « les frontières de l'arbitrage », publié en 2001 à la *Revue de l'arbitrage*. La mise en perspective et la réflexion fondamentale y avaient été révélées dès 1989 par son article intitulé « l'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme ».

Outre l'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des litiges figurent parmi ses importants thèmes de recherche, et ce dès 1990 dans une contribution consacrée aux « clauses de renégociation, de conciliation et de médiation » et sans discontinuer ensuite. C'est dans ce cadre qu'il fonde à Paris II le CEMARC, centre de recherche sur les modes alternatifs de règlement des conflits, nouant notamment des partenariats avec le Barreau et avec les conciliateurs, et dont l'existence a ensuite pavé la voie à la création, en 2015, de l'actuel Centre de Recherche sur la Justice et le Règlement des conflits (CRJ). En disciple de B. Oppetit, il explore également la théorie du droit (« Le législateur peut-il avoir tort ? » aux *Mélanges Oppetit*). En amoureux de la littérature enfin il écrit « Arbitrage et médiation dans la littérature » à la *Revue Droit et littérature* en 2018.

Interrogé sur les qualités d'un professeur de droit, Charles Jarrosson cite volontiers en exemple des collègues : un tel pour l'intelligence de son propos et sa faculté à simplifier les questions en les prenant avec beaucoup de hauteur ; un autre, « modèle de professeur » pour sa modestie et sa science – « les deux étant au moins égales » – ainsi que pour sa bienveillance et son perfectionnisme.

**Le directeur de revue.** À la question « Que représente la *Revue de l'arbitrage* pour vous ? », une demi-seconde de silence précède la réponse, prononcée sur un ton plus grave : « Beaucoup ». La sobriété du propos, associée au ton de voix, fait comprendre à l'interlocuteur que cette réponse charrie un attachement profond à cette revue et des monceaux de souvenirs et d'émotions. La très grande pudeur du portraituré lui a quasiment fait prononcer un point après sa réponse en un mot, comme pour ne pas inviter à s'aventurer davantage. Puisque l'exercice le commande, le portraitiste passe outre.

Charles Jarrosson explique alors qu'une « chance folle » a déterminé sa carrière – la même chance folle, du reste, qu'il invoque avec un collègue à propos de sa rencontre avec le portraituré lui-même, en une jolie boucle transgénérationnelle – : la rencontre avec des gens d'exception qui l'ont poussé et lui ont fait confiance. Parmi eux, Philippe Fouchard, figure centrale de l'arbitrage et de sa *Revue*, qui crut en lui : « en deux matinées, je suis devenu secrétaire général de la *Revue de l'arbitrage* en 1984 ». Les deux arbitragistes ont collaboré vingt ans à la *Revue*, avant l'accident qui emporta Philippe Fouchard. Charles Jarrosson évoque avec gravité celui qu'il qualifie de modèle de professeur – extrêmement perfectionniste dans le suivi des étudiants et la préparation des cours –, d'ami merveilleux et de complice. Pour lui, la *Revue* est ce qu'elle est car Philippe Fouchard en a fixé les caractéristiques ; sa structuration et l'organisation de ses rubriques ont d'ailleurs été copiées à l'étranger. On ne peut s'empêcher de penser que la fidélité jarrossonienne à la *Revue* est en partie une fidélité à la pensée de Philippe Fouchard, qu'il aimait tant.

Aujourd'hui, « la *Revue de l'arbitrage*, c'est lui ; il est la *Revue* ; il est son âme » confie une jeune collègue. Il est vrai que Charles Jarrosson se vante d'avoir lu l'intégralité du contenu de la *Revue* : « de 1955 à 1984, j'ai tout lu pour ma thèse ; à compter de 1984, j'ai tout lu comme membre de l'équipe de rédaction ». Il y a longtemps consacré deux jours par semaine – un seul désormais. Soucieux de ne pas être un censeur, il accueille des contributeurs aux opinions différentes et des sujets originaux ; un observateur note qu'il sait nuancer le poids de chaque auteur ou courant arbitragiste. Tous pointent l'attention extrême et le soin qu'il porte à la *Revue* par des relectures fouillées et précises ; il aime entrer en contact avec les auteurs pour discuter leurs idées et suggère approfondissements, amendements ou références complémentaires de nature à enrichir le propos. Certains de ses choix éditoriaux révèlent sa curiosité, telle la série d'articles dédiés à l'histoire de l'arbitrage, dont il a été à l'initiative.

Il dispense ses conseils aux jeunes auteurs : « offrez-vous le temps de l'analyse, n'écrivez pas dans l'instant ; trouvez le subtil équilibre entre prise en considération de la pratique et recul sur celle-ci ; mettez-vous à la place du magistrat et demandez-vous s'il aurait été possible de statuer autrement ».

**L'avocat.** La présence jarrossonienne au Barreau fut très courte. Il ne plaide que deux affaires, dont une au tribunal des forces armées pour un dossier impliquant une Citroën 2 CV dont les portières avaient beaucoup souffert du virage pris trop largement par un camion militaire. Officiant en défense du soldat-conducteur, l'avocat Jarrosson minimise le dommage en arguant des propriétés de malléabilité et de pliage de cet emblématique modèle français. Gageons qu'à travers ses propos, les magistrats auront vu repasser certaines scènes d'anthologie des comédies cinématographiques françaises, des *Gendarmes* au *Corniaud*.

**L'arbitre.** L'attrait de Charles Jarrosson pour la fonction d'arbitre est en revanche beaucoup plus durable ; il faut dire que la position de juge privé se prête particulièrement bien à sa personnalité. Il fut nommé près de cent cinquante fois arbitre, que ce soit comme président de tribunal arbitral, arbitre unique, arbitre désigné par une partie, dans des arbitrages *ad hoc* ou institutionnels, internes ou internationaux. Ses étudiants se souviennent avec ravissement des multiples exemples et anecdotes dont il émaillait ses cours de droit de l'arbitrage, en DESS ou Master 2.

**L'esthète.** Si la carrière professionnelle et la nature de la *Revue de droit d'Assas* portaient nécessairement à centrer ce portrait sur la dimension juridique du portraituré, il serait mensonger de laisser penser que l'homme se résume à cela. Avec constance, chaque personne interrogée pour nourrir ce portrait a mentionné sa grande culture et sa générosité. Il est un amateur d'art, que ce soit de peinture (occidentale principalement, avec un faible pour la peinture italienne du *xiv<sup>e</sup>* au *xviii<sup>e</sup>* siècles, les impressionnistes et les post-impressionnistes), de musique (de Beethoven au « vrai rock, les Doors » en passant par l'opéra – italien, cela va sans dire – du *xix<sup>e</sup>* siècle) ou de littérature. Amoureux de la concision, il goûte les dramaturges classiques, tout particulièrement Racine et Corneille. La litote pourrait figurer parmi ses figures de style préférées. Dans un répertoire plus contemporain, et pour la même raison de style, Audiard ou Dard ont toute son attention. Un de ses anciens étudiants de Master 2 se souvient qu'il conseillait, pour la rédaction des mémoires, de parfaire son style « en relisant deux œuvres : Racine et *San Antonio* ». Par ailleurs, le nom Jarrosson s'illustrant aussi dans le vignoble du Beaujolais, il est attentif à la qualité des vins et des mets ; cette exigence ravit ses hôtes.

**L'homme.** Sportif, Charles Jarrosson voue une véritable passion au ski, seule coupure qu'il se soit accordée durant l'année de l'agrégation – « il skie avec une grande élégance » nous confie une collègue, admirative – et aime randonner, tout particulièrement dans les Cévennes dont les cartes IGN au 1/25 000<sup>e</sup> recouvraient sa chambre d'adolescent. Il nous a même été murmuré qu'il était bon rameur, en rivière bretonne. Doté d'un solide humour, caustique et pince sans rire, il a l'art de raconter les anecdotes par des descriptions vivantes qu'il ponctue de propos savoureux. Puisse cet humour lui permettre d'accueillir ce portrait sans déplaisir excessif.

# Projet

---

Dans chaque numéro, la *RDA* permet de faire connaître un projet – en gestation, sur le point ou récemment acté – dans un entretien ou un texte rédigé par une personne intéressée à ce projet.

---

## L'élaboration du droit au prisme de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux

**Pierre-Yves Gautier**

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas, Directeur de l'École de droit

**Philippe Stoffel-Munck**

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-orbonne

**Guillaume Vieillard**

Magistrat, chef du bureau du droit des obligations de la Direction des affaires et du sceau, Ministère de la Justice

L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, réalisé sous l'égide du ministère de la Justice, fut remis officiellement au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, le 11 avril 2023. La *Revue de droit d'Assas* a eu la chance et l'opportunité de s'entretenir avec M. le Professeur Philippe Stoffel-Munck, président de la Commission, et M. le Professeur Pierre-Yves Gautier, membre de la Commission. Également, M. Guillaume Vieillard, magistrat et chef du bureau du droit des obligations au sein de la Direction des affaires civiles et du Sceau du ministère de la Justice, a pu apporter son regard et celui de la Chancellerie.

Réalisé au sein du ministère de la Justice, ayant fait l'honneur de les accueillir, par Florian Carré, Nicolas Chapalin et Justine Moura (doctorants et membres du Comité de rédaction en chef de la *Revue*), cet entretien, d'une grande richesse, souhaitait offrir un éclairage nouveau à cet avant-projet de réforme en l'envisageant sous le prisme de l'élaboration du droit. Épousant un plan chronologique, il met en exergue trois temps principaux : d'abord, la genèse de la Commission ; ensuite, le travail de la Commission et l'élaboration de l'avant-projet ; enfin, l'avenir de l'avant-projet et de la réforme.

## I. GENÈSE DE LA COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS SPÉCIAUX

### **Revue de droit d'Assas (RDA) – Quel est le rôle du ministère de la Justice dans l'élaboration du Droit ?**

**Guillaume Vieillard (G.V.)** – Le droit a vocation à réguler notre société et à apporter, par un ensemble de règles, de la stabilité, de la sécurité et de la prévisibilité dans nos relations aussi bien ponctuelles que quotidiennes, collectives qu'individuelles. Il doit, en tant que matière vivante, prendre en compte l'évolution constante de la société pour tendre vers le bien vivre ensemble. Une réforme procède donc d'abord d'une volonté politique face à une nécessité exprimée par les citoyens, les entreprises ou professionnels concernés, de même que justifiée par les évolutions technologiques/numériques. Le choix de réformer est alors décidé au niveau de chaque ministère intéressé, par le ministre et son cabinet, le cas échéant sur l'impulsion des directions. Il peut aussi s'agir de projets interministériels, lorsqu'ils relèvent de la sphère de compétence de plusieurs ministères.

Le ministère de la Justice, nommé aussi Chancellerie, joue un rôle primordial dans l'élaboration du droit en ce qu'il conseille le Gouvernement sur le plan juridique, prépare les projets normatifs (textes de lois et réglementaires) relevant de son champ de compétence et assure leur mise en œuvre. Sous l'autorité du garde des Sceaux, ministre de la Justice, le ministère comprend un secrétariat général, une inspection générale de la justice et cinq directions, dont la direction des affaires civiles et du Sceau, pour la matière civile et commerciale, et la direction des affaires criminelles et des grâces, pour la matière pénale. Leurs membres sont principalement des magistrats, mais aussi des greffiers, des directeurs de services de greffe judiciaires, des juristes et d'anciens avocats. Cette diversité permet de bénéficier d'expertises transversales dans l'élaboration du droit.

Les projets de textes préparés par la Chancellerie doivent être bien distingués des avant-projets rédigés dans le cadre de commissions composées d'universitaires et de praticiens, auxquelles elle peut avoir recours pour l'élaboration d'une réforme. Ces derniers ne constituent pas des avant-projets « de la Chancellerie », mais une base de travail précieuse sur laquelle la Chancellerie s'appuie pour élaborer ses propres projets.

**Pierre-Yves Gautier (P.-Y.G.)** – Le ministère de la Justice procède selon deux formules, deux techniques contemporaines. Sur son initiative, il peut solliciter un certain nombre d'experts afin d'aboutir à un avant-projet sur lequel il dispose ensuite de toute latitude. Mais parfois, l'initiative sera prise directement par des groupes, souvent composés de la même manière (universitaires, avocats, magistrats...), qui se saisissent d'un sujet, au regard de l'importance de la matière à réformer, et font une proposition à la Chancellerie. Ce sont les fameuses « offres de loi » pensées sous l'impulsion de Carbone. Évidemment, la Chancellerie connaît encore davantage de liberté avec cette seconde formule, pouvant décider de ne pas donner suite à l'offre de loi ou, au contraire, d'amorcer une réforme avec un projet de loi ou d'Ordonnance dont l'offre de loi aura été le point de départ.

### **RDA – Pour quelle(s) raison(s) une réforme du droit des contrats spéciaux s'impose-t-elle aujourd'hui ?**

**Philippe Stoffel-Munck (P.S.-M.)** – Il y en a essentiellement deux. Le droit écrit doit être mis en concordance avec le droit positif, ce qui est précieux pour la lisibilité du droit mais également pour sa stabilité. En effet, on change plus difficilement un texte qu'on ne revire de jurisprudence. L'inscription de règles d'origine prétorienne dans le marbre de la loi permet non de figer mais de stabiliser – la nuance est importante – l'état du droit en encadrant, en donnant un centre de gravité aux marges de manœuvre du juge.

Ensuite, par souci de cohérence politique. Eu égard à la réforme du droit commun des contrats réalisée en 2016, nous ne pouvons rester avec un droit écrit des contrats spéciaux datant de 1804. En 2016 déjà, on s'était interrogé en sens inverse sur l'opportunité de réformer le droit commun sans le droit des contrats spéciaux. Cette remarque visait à encourager une réforme commune, ce qui avait une véritable cohérence mais était en revanche peu praticable. À vouloir trop embrasser, ce n'est pas simplement que l'on étire mal, c'est aussi que l'on n'avance finalement pas.

**P.-Y.G.** – Il y a tout de même des différences historiques entre la réforme du droit des contrats, droit commun, et la réforme des contrats spéciaux. Le droit commun est une notion assez récente codifiée par la Commission Portalis en 1804, de sorte que la jurisprudence a été extrêmement abondante. Il y avait effectivement une certaine distorsion entre les textes de droit commun et la jurisprudence, entraînant les risques d’instabilité ou de revirement évoqués par le Professeur Stoffel-Munck. Concernant le droit des contrats spéciaux, matière très précise qui nous vient directement du droit romain, la nécessité d’une réforme était moins forte que pour le droit des obligations ou que pour celle, à venir, de la responsabilité civile. Cependant, comme l’a relevé à nouveau P. Stoffel-Munck, il y avait effectivement un besoin de moderniser et d’adapter le droit spécial des contrats après le droit commun. Également, sur un certain nombre de points, il était utile de procéder à quelques clarifications ou additions. Au fond, l’on retrouve tout à fait en cela la philosophie de la Commission. Le reproche de ne pas avoir suffisamment innové nous a parfois été adressé. Nous avons réalisé des innovations lorsqu’elles étaient nécessaires mais dès lors qu’il existe déjà des règles qui fonctionnent bien et peuvent être simplement « toilétées », il n’eût pas été raisonnable de les supprimer. Cette réforme est donc marquée par une importante continuité.

**G.V.** – Je rejoins tout à fait ce qui vient d’être exprimé. De notre opinion, le besoin premier réside en la modernisation de ce droit : les dispositions sur les contrats spéciaux datent pour beaucoup de 1804 et ne correspondent plus aux besoins de la vie économique et sociale du <sup>XXI</sup><sup>e</sup> siècle. La société a évolué notamment ces dernières décennies sous l’impulsion du numérique et d’Internet ; les transactions et les opérations juridiques entre les différents acteurs sont devenues plus rapides et de nouvelles formes de relations contractuelles sont apparues. Le souci premier porte donc sur la modernisation de notre droit, qui doit encadrer ces nouvelles pratiques. Depuis 2016, cet objectif est commun aux réformes engagées en droit des contrats, dont fait également partie la responsabilité civile (dont une réforme est également à l’étude) et il convient, dans cet ensemble, d’assurer une véritable cohérence sur ce point.

Plus généralement, il est impératif d’observer que notre environnement ne se limite plus aux frontières naturelles de l’État. L’heure est à la globalisation des échanges et à la confrontation des systèmes juridiques au sein d’un ordre juridique mondial qui s’est à la fois densifié et complexifié. Or, un système juridique cohérent et modernisé renforce son attractivité. Nous pouvons donc aller plus loin dans les besoins de réforme en évoquant aussi celui de l’attractivité du droit français. Réformer et moderniser le droit des contrats spéciaux contribuerait à le rendre plus attractif pour l’ensemble des acteurs, aussi bien sur le plan national qu’international.

### **RDA – La Chancellerie avait-elle fixé certains objectifs ou directives s’agissant de la Commission et de l’avant-projet de réforme ?**

**P.S.-M.** – Le directeur des affaires civiles et du Sceau a en effet établi, après que nous en ayons discuté les termes, une lettre de mission cadrant notre compétence, en particulier quant au champ des contrats concernés et aux objectifs de modernisation et de simplification du droit. Les éléments de cette lettre avaient une valeur particulière, car c’est un particularisme de notre commission que de ne pas s’être auto-saisie. À côté de ce cadre, nous demeurions toutefois libres car nous restions un groupe autonome à l’égard de la Chancellerie. Ce n’est en effet pas le projet de la Chancellerie mais celui d’un groupe missionné par celle-ci.

Enfin, concernant la durée des travaux, une perspective de moins d’un an était fixée ; perspective très optimiste. Finalement, nous avons travaillé en vingt-six mois.

**G.V.** – La « lettre de mission », adressée en mars 2020 aux membres de la Commission par M. Jean-François de Montgolfier, alors directeur des affaires civiles et du Sceau, avait en effet posé un cadre général à la Commission, tout en lui laissant une certaine flexibilité. Elle posait les objectifs à atteindre, à savoir codifier le droit existant mais également l’adapter, le moderniser afin de le rendre plus lisible et attractif. Elle laissait également la possibilité d’adopter une autre classification des contrats que celle retenue dans le Code de 1804 ou d’inclure dans ses réflexions l’opportunité d’intégrer dans le Code civil certaines dispositions législatives non codifiées.

Enfin, un délai avait été prévu pour effectuer les travaux. Ce dernier a finalement été ajusté, compte tenu de l'ampleur de la tâche à accomplir mais aussi de la pandémie de la Covid-19.

### **RDA – Comment fut déterminée la composition de la Commission ?**

**P. S.-M.** – La combinaison de plusieurs paramètres, identifiés en concertation avec la Chancellerie, a déterminé la composition de la Commission. Le premier est évidemment la légitimité académique sur le sujet.

Vient ensuite un important facteur humain. Une Commission consiste en une réunion d'individus avec leur culture, leurs compétences, leur autorité et leur tempérament. La constitution d'un tel groupe dans une perspective de long terme est d'autant plus délicate que ses membres ont des opinions fortes, des agendas chargés et vont être durablement mobilisés, complètement bénévolement, et de façon parfois contrariante pour eux, puisqu'ils risquent de voir rejetées certaines des options qui leur sont chères. Aussi, cet élément humain était important en vue de maintenir une unité durable au sein de la Commission. Il y fallait une bonne connaissance des personnes appelées à en faire partie.

La proximité avec la réalité pratique était le troisième paramètre entrant en ligne de compte, ce qui imposait de se diriger aussi vers des praticiens. Le droit est destiné à être appliqué donc une connaissance des besoins de la pratique et des difficultés de sa mise en application invitait fortement à avoir, au sein du groupe de travail, notamment un magistrat, qui fut Yves Maunand, délégué par la Cour de cassation et d'une aide précieuse en particulier à raison de sa compétence éprouvée en droit de la construction, et un avocat familier des ornières de la mise en application du droit au quotidien. Ce fut Me Jean-Denis Breztnier, associé du Cabinet Bredin-Prat, qui est un des spécialistes les plus complets des multiples formes de contentieux en France et reste en même temps un civiliste proche de l'université. Il a d'ailleurs signé un partenariat avec l'École de droit d'Assas durant le temps de la Commission, alors qu'il intervenait déjà au Collège de droit de la Sorbonne depuis quelques années. Dans la même perspective, il faut aussi souligner que la très grande partie des membres universitaires de la Commission avait, certes, une légitimité forte en droit des contrats spéciaux, mais également une vraie connaissance de la réalité pratique de la matière. Tout cela explique peut-être, comme ce fut relevé lors du colloque du Master 2 Droit privé général d'Assas, qu'il y a effectivement une dimension plus pratique dans notre projet que dans d'autres. Recherchant autant que possible la combinaison des compétences, la question d'avoir un notaire ou un juriste d'entreprise, donc des rédacteurs de contrats, s'est également posée. Il n'est pas simple d'intégrer des professionnels dans une Commission au long cours et, pour des raisons pratiques, on ne saurait être trop nombreux. Finalement, une autre manière d'intégrer ces compétences dans le spectre de nos travaux fut trouvée, notamment en sollicitant l'Institut d'Études Juridiques du Conseil Supérieur du Notariat, qui a accepté de porter un regard et des observations sur les premiers projets de textes.

On ne serait pas complet si on omettait de mentionner le cas spécifique d'Antoine Gouëzel. Il est d'abord arrivé dans la Commission en tant que chargé de mission auprès de la Chancellerie. Sa participation à ce titre fut importante et de qualité. Quand sa mission au sein de la DACS, qui était plus particulièrement tournée vers le suivi de la réforme des sûretés, s'est arrêtée, nous l'avons invité à demeurer parmi nous. Il nous est aussi arrivé d'inviter une personne sur un contrat en particulier, comme le Pr. Cattalano qui, ayant consacré sa thèse au contrat de prêt, a pris part au débat sur les textes relatifs à ce sujet. Enfin, il faut souligner le rôle important du secrétaire de la Commission, Léa Molina, qui nous a rejoint une semaine après avoir soutenu sa thèse. À partir de la moitié du contrat de bail, elle s'est ainsi chargée de prendre en note les débats afin de préparer ce qui deviendra la version commentée de l'avant-projet.

**G. V.** – Le hasard a fait que vous étiez neuf (sept universitaires, un conseiller à la Cour de cassation et un avocat), comme dans d'autres commissions récentes que nous avons connues notamment pour le droit des sûretés ou pour la publicité foncière. Il n'y a en réalité pas de format prédéfini, l'idée étant de trouver un équilibre pertinent. Mais on peut dire que cela correspond à un format tout à fait souhaitable, comprenant ni trop peu de membres eu égard à l'ampleur de la tâche, ni de trop nombreux membres, ce qui rendrait plus difficile l'élaboration d'un consensus. Il s'agit d'une composition habituelle car il est fréquent qu'une commission de ce type réunisse à la fois des universitaires et des prati-

ciens, ce qui permet d'assurer un regard à la fois transversal, savant et pragmatique sur la réforme à mener, comme ce fut le cas ici.

**RDA – Il est classiquement admis que la doctrine remplit deux fonctions distinctes, à savoir, d'une part, « d'organis[er] et de synthétiser [le] droit positif »<sup>1</sup>, « faire avancer la science juridique »<sup>2</sup> et, d'autre part, de porter sur le droit positif un jugement de valeur<sup>3</sup>.**

**L'élaboration collective d'un avant-projet de réforme, consistant à « participer à la substance du droit, en intervenant au cours de sa phase de construction »<sup>4</sup>, est-elle une fonction nouvelle et désormais habituelle de la doctrine ?**

**P.-Y. G.** – Si vous portez un regard historique, ce n'est pas si nouveau. Sans même revenir au droit romain, l'on peut citer les Ordonnances de Colbert ou l'Ordonnance de 1566. Il y a toujours eu des auteurs de doctrine, même si la distinction très nette entre professeurs des Universités, avocats et magistrats n'était pas aussi accentuée qu'elle ne l'est depuis les <sup>xix</sup><sup>e</sup> et <sup>xx</sup><sup>e</sup> siècles. Un certain nombre de textes ont été rédigés par des auteurs de la doctrine c'est-à-dire par des gens qui écrivent sur le droit, quelle que soit leur qualité. Le Code civil contient encore un nombre substantiel d'articles, remontant à l'Ancien droit, même si peu de juristes s'en avisent encore.

Que l'État, représenté par le ministère de la Justice, sollicite des universitaires pour préparer des textes n'est pas si rare que cela non plus. Historiquement, il y a eu un certain nombre d'échecs qu'il convient tout de même d'évoquer. Par exemple, la Société d'études législatives, remarquable, qui, bien qu'elle ait rassemblé les plus grands auteurs, n'a malheureusement pas abouti, faute de la modernité et de l'ouverture d'esprit qui est celle de la Chancellerie contemporaine.

Ensuite, bien sûr, il convient d'évoquer les œuvres de Carbonnier et Cornu en ce sens, qui ont été directement sollicités par la Chancellerie lorsqu'y figurait Jean Foyer. Carbonnier a rédigé, tout seul, un certain nombre de textes essentiels de refonte. Au fond, on s'inscrit ainsi dans une continuité. Malheureusement, il n'y a aujourd'hui que la Chancellerie qui utilise l'esprit et l'énergie de la doctrine pour l'élaboration des textes. Ce n'est en effet pas le cas de tous les ministères ou, si l'on passe à l'échelon supérieur, de l'Union européenne, ce qui explique que les normes, dans notre droit contemporain, soient si mal rédigées, ineffectives.

Pourtant, la doctrine connaît des qualités qui ne sauraient la limiter seulement à commenter ou enseigner. Elle peut aussi rédiger des textes. On la sollicite parce que, précisément, elle a beaucoup réfléchi sur le point à traiter ; elle présente aussi des qualités de synthèse, cartésienne, et la connaissance de ce que la règle de droit doit être la plus claire et technique possible. Cette tradition pluri-séculaire est malheureusement perdue pour une grande part, sauf l'attention que la Chancellerie continue de lui porter, fort heureusement.

**P. S.-M.** – Sur ce point, le Code civil, grandement inspiré des travaux de Pothier ou Domat, qui étaient de fait des membres de la doctrine, offre un bel exemple. Il faut bien avoir conscience qu'une institution juridique n'est jamais sortie toute armée du cerveau du législateur comme Athéna est sortie cuirassée de la tête de Zeus. Toujours, les textes ont été préparés par des réflexions préalables qui sont des réflexions doctrinales, elles-mêmes souvent inspirées par l'observation des besoins et des inventions de la pratique. La doctrine propose et il est dans sa nature de ne pas simplement commenter. En effet, nous ne sommes pas des légistes. Il nous incombe de critiquer, de montrer des alternatives, d'augmenter le champ des propositions opératoires. Ce dernier point est peut-être le particularisme de l'œuvre doctrinale que dénotent les travaux d'une telle Commission, à savoir de proposer des textes et non simplement des idées ou des observations générales.

1. P. Malinvaud et N. Balat, *Introduction à l'étude du droit*, 22<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2022, n° 231, p. 221.

2. P.-Y. Gautier, « Les articles fondateurs (réflexions sur la doctrine) », in *Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, n° 2, p. 256.

3. F. Terré et N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, 14<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2022, n° 529, p. 735 ; P. Malinvaud et N. Balat, *Introduction à l'étude du droit*, op. cit., n° 231, p. 221. ; P. Jestaz et Ch. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2004 : fonction que les auteurs qualifient d' « opinion revendiquée », par opposition à « l'opinion discrète ».

4. R. Libchaber, « Une doctrine politique », in *Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 601.



**G. V.** – Pour la Chancellerie, les liens avec le monde universitaire sont très importants, tout comme les liens avec l'ensemble des acteurs et praticiens du droit. La doctrine a toujours constitué une véritable source d'inspiration, voire un partenaire lorsqu'une Commission est missionnée pour élaborer un avant-projet, comme c'est le cas présentement. Également, même lorsqu'une réforme n'amène pas à la constitution d'une Commission *ad hoc*, puisque ce n'est pas toujours le cas, nous conservons un œil très attentif sur la jurisprudence et la doctrine. La doctrine permet en outre, et c'est ce qui fait tout le stimulant intellectuel, d'avoir plusieurs confrontations d'idées et des oppositions, permettant de guider nos choix lorsque nous élaborons des textes législatifs.

**P. S.-M.** – Si je puis me permettre une observation, qui est aussi un compliment à l'égard de la Chancellerie : ce trait consistant à prêter l'oreille à la doctrine est plus marqué place Vendôme qu'ailleurs. Cela peut s'expliquer par le fait qu'il s'agit du ministère du droit, composé de juristes, c'est-à-dire de personnes dont la formation au droit n'a pas été un élément accessoire au sein d'une formation principalement autre. Ce trait n'apparaît pas dans la plupart des autres ministères, qui sont très techniques, tournés précisément vers une activité ou un besoin social déterminé et au sein desquels la présence des juristes est moins diffuse, moins culturelle que place Vendôme.

**P.-Y. G.** – Cela ne devrait toutefois pas les empêcher de solliciter régulièrement des membres de la doctrine, dès lors qu'ils rédigent des textes. Par définition, un texte de loi, quel qu'il soit, c'est du droit. Ils gagneraient à consulter davantage les auteurs, au regard du champ d'application des textes, mais cela est effectivement assez rare.

**RDA – L'élaboration d'un avant-projet de réforme sous l'égide de la Chancellerie, illustration certaine du « travail de suggestion »<sup>5</sup> et des « canaux d'influence »<sup>6</sup> de la doctrine sur le législateur, contribue-t-elle à faire de la doctrine plus qu'une « source d'inspiration possible »<sup>7</sup> en en faisant véritablement une source indirecte du droit ?**

**P.-Y. G.** – Il convient d'opérer une distinction entre la rédaction des textes et l'influence que la doctrine peut avoir sur leur préparation, même lorsqu'elle n'est pas directement sollicitée. Ce sont deux choses différentes. Que l'on appréhende la doctrine comme une source du droit ou non, directe ou indirecte, relève d'une question académique et importe finalement peu. C'est davantage la pratique et le fait que la doctrine soit lue sur les points importants qui comptent. Aujourd'hui, l'inquiétude que le droit devienne de plus en plus synonyme de jurisprudence existe ; phénomène auquel la Chancellerie échappe heureusement encore. La doctrine a aussi pour rôle d'apporter son esprit de synthèse, une hauteur de vue, des appréciations critiques qui permettent ensuite d'avoir une idée très ferme sur tel ou tel point, le tout servant à la décision du Parlement ou du Gouvernement.

Cette influence est primordiale et doit absolument être maintenue. Le véritable risque contemporain est que le rôle de la doctrine s'amenuise et qu'elle soit de moins en moins lue, tandis que la jurisprudence deviendrait une source principale voire exclusive. L'on peut observer que ce mouvement pénètre la profession d'avocat et commence à se développer chez les magistrats, car la Cour de cassation a beaucoup, voire trop œuvré en ce sens. L'*open data* et toutes les avancées technologiques, magnifiques, mais pas toujours appropriées au droit, ont pour conséquence que l'on cherche uniquement le droit positif, tel qu'il jaillit des milliers de décisions, parfois avant même les textes applicables, ce qui limite de façon importante la réflexion.

**P. S.-M.** – Nous pouvons nous rapporter à une formule que j'ai entendue à de nombreuses reprises et que je vous transmets bien volontiers : « la doctrine propose, la jurisprudence ou le législateur dispose ». La manière dont nous avons travaillé lors de cette Commission ne contredit pas cette expression et l'articulation traditionnelle des rapports de la doctrine et des sources formelles du droit.

Pour rebondir sur les propos du Professeur Gautier, une des difficultés qui se pose aujourd'hui à la doctrine réside en ce que N. Molfessis et D. Bureau avaient appelé « l'asphyxie doctrinale ». On observe

5. P. Jestaz, *Le droit*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2021, p. 86.

6. J.-D. Bredin, « Remarques sur la doctrine », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université de Toulouse, 1981, n<sup>o</sup> 3, p. 113.

7. M. Fabre-Magnan et F. Brunet, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., PUF, 2022, n<sup>o</sup> 135, p. 163.

aujourd'hui, dans les conclusions des avocats ou dans les rapports préparatoires à la décision judiciaire, que la place laissée à l'exposé des arguments doctrinaux recule par rapport à celle qu'occupe la collecte des précédents judiciaires. C'est visible jusque dans les avis et rapports devant la Cour de cassation. Une des raisons de ce glissement du centre de gravité de la réflexion préparatoire à la décision juridique tient peut-être au fait que l'on circule plus aisément dans les bases de données jurisprudentielles, à l'aide des mots-clés, que dans la masse de la réflexion doctrinale. Celle-ci a enflé par une multiplication des supports de publication, notamment dématérialisés, sans faire l'objet d'une hiérarchisation aussi claire qu'en matière de jurisprudence. Une phrase de Portalis tirée du Discours préliminaire illustre bien cette idée. « Il est des temps où l'on est condamné à l'ignorance parce qu'on manque de livres ; il en est d'autres où il est difficile de s'instruire parce qu'on en a trop », disait-il. Je me demande si nous ne sommes pas dans cette dernière situation.



*De gauche à droite : Julia Jeuland / Jules Coutard (rédacteur) / Guillaume Vieillard (chef du bureau du droit des obligations) / Isabelle Tricot-Chamard (rédactrice) / Rémi Decout-Paolini (directeur des affaires civiles et du Sceau) / Pierre-Yves Gautier / Philippe Stoffel-Munck / Justine Moura / Florian Carré / Nicolas Chapalin*

## II. COMMISSION ET ÉLABORATION DE L'AVANT-PROJET DE RÉFORME

### **RDA – La Commission a-t-elle cherché à articuler l'avant-projet de réforme des contrats spéciaux avec la récente réforme du droit commun des contrats ?**

**P.S.-M.** – Notre mission se trouvait dans le prolongement de l'Ordonnance de 2016, mais cela ne nous a pas empêché de compléter la réforme, sur un certain nombre de points, en nous plaçant à la hauteur du contrat spécial. Ce fut le cas notamment pour les promesses. Également, la Commission s'est éloignée de l'article 1165 du Code civil relatif à la fixation du prix pour ce qu'il qualifie de contrats de « prestation de service ». Il ne s'agissait cependant pas, par la réforme du droit des contrats spéciaux, de faire une contre-réforme du droit commun des contrats. Ainsi, l'ambition, dans son rapport à la réforme, a surtout été d'adapter, de particulariser (ce qui impliquait parfois de déroger), de clarifier et de compléter la réforme de 2016 en considérant les contrats spéciaux qui étaient dans notre champ de vision.

**P.-Y.G.** – Sur un certain nombre de points, l'Ordonnance de 2016 s'est emparée de questions touchant directement le droit des contrats spéciaux. Trois exemples permettent de l'illustrer. En premier lieu, la question du prix, qui touche tous les contrats spéciaux. Dans cette codification un peu maladroite de 2016 sur ce point, on retrouve la codification d'arrêts d'Assemblée plénière, des codifications sur l'entreprise, avec des incertitudes qui demeurent, par exemple sur la place des contrats cadres. Les textes n'étaient pas vraiment aboutis, alors qu'il s'agit du cœur des contrats spéciaux. La Commission a fait en sorte de clarifier les choses. Concernant les avant-contrats ensuite, qui pour l'essentiel concernent

la vente, la réforme de 2016 s'est emparée de la promesse et du pacte de préférence en consacrant à chacun un seul article ! Ces deux articles portent sur des codifications de jurisprudences très « ciblées ». Il a paru à la Commission qu'il était nécessaire et légitime de compléter ces dispositions, notamment afin de prendre davantage en compte la pratique, particulièrement celle des notaires. Enfin, le dernier exemple porte sur le contrat de mandat et la représentation. La représentation conventionnelle a été codifiée en 2016 (art. 1153 et s. C. civ.) alors que c'est le cœur du mandat et qu'il y avait beaucoup à faire sur ce point, outre qu'une bonne partie des textes de 1804 remplissait encore tout à fait leur office.

La Commission n'était pas plus légitime que l'Ordonnance de 2016, mais elle l'était à envisager le droit commun avec une certaine indépendance lorsque les questions touchaient directement les contrats spéciaux. Ce n'en sont pas des accessoires et ils ne doivent pas nécessairement s'aligner sur des règles trop générales et parfois contingentes.

**RDA – Comment avez-vous déterminé le domaine de la réforme, notamment eu égard à la définition très discutée des « contrats spéciaux », au nombre important de contrats pouvant y figurer ou encore aux changements opérés depuis 1804 en la matière avec les « petits » contrats nommés devenus « grands » ?**

**P.S.-M.** – Un contrat est toujours l'espèce d'un autre et le genre d'encre un autre. La notion même de « spécial » est relative. On pourrait dire que le contrat de droit commun est le genre dont les contrats spéciaux du Code civil sont les espèces premières, se déclinant elles-mêmes en une myriade de contrats très spéciaux qui peuvent eux-mêmes se décliner en contrats très-très spéciaux. Il s'agit alors de s'interroger sur le niveau de généralité qu'il est opportun d'adopter au sein du Code civil. Il est nécessairement élevé car les contrats spéciaux du Code civil correspondent aux grands types d'opérations économiques fondamentales, distinguées les unes des autres à un haut niveau de généralité par la nature de l'opération que chacun envisage. Cette approche économique était celle de la thèse de Jean-François Overstake sur la classification des contrats spéciaux<sup>8</sup>. Quand je l'avais étudiée pour les besoins de ma propre thèse, elle m'avait beaucoup frappé. Cette réflexion m'a sans doute influencé dans la conception que j'ai du degré de généralité auquel il convient de se placer dans le Code civil pour élaborer ce que l'on a appelé parfois, à juste titre, une théorie des contrats spéciaux.

**P.-Y. G.** – La distinction entre grands et petits contrats est assez doctrinale et date de l'époque de l'Exégèse, elle devrait être abandonnée. S'agissant de la délimitation, la Commission s'est arrêtée aux principaux contrats, en écartant d'emblée ceux qui ont désormais leur statut propre (contrat de travail, de société, d'assurance...). Pour ma part, il me serait apparu opportun de retoucher les textes de la loi « Justice au XXI<sup>e</sup> siècle », portant notamment réforme du contrat de transaction de manière trop rapide et académique, en contrariété avec une pratique immémoriale, notamment des avocats. La transaction est un contrat spécial qui ne présente un aspect procédural qu'en cas d'homologation. Dans le cas contraire, c'est un contrat, mais très particulier : il a pour objet de prévenir ou mettre fin à un procès et connaît des spécificités considérables. Il y avait notamment l'autorité de la chose jugée, qui a été remplacée par une formule peu claire (art. 2052 C. civ.), laquelle retire toute la solennité de ce contrat. Au sein de la Commission, nous sommes revenus sur un certain nombre de choses et il y avait à mon sens pour la transaction l'occasion de faire de même. N'ayant néanmoins pu convaincre les autres membres, le principe de la collégialité l'a emporté et je me suis incliné, comme c'est normal.

**G. V.** – Du point de vue de la Chancellerie, la liste des contrats faisant l'objet des travaux de la Commission était dans la lettre de mission. Le choix a été opéré de se limiter à un certain nombre de contrats spéciaux. Le critère a été de prendre en compte dans le cadre de cette réforme les contrats du quotidien, utilisés par les particuliers et les entreprises, et non de distinguer par un critère subjectif entre les « petits » ou « grands » contrats spéciaux.

---

8. J.-F. Overstake, *Essai sur la classification des contrats spéciaux*, LGDJ, 1969, préf. J. Brethe de la Gressaye.

## **RDA – Quelle a été la méthode de travail de la Commission s’agissant de l’orientation, l’élaboration et la rédaction des textes ?**

**P.S.-M.** – Nous avons toute latitude de la part de la Chancellerie quant à la méthode de travail à adopter. Certains membres de la Commission avaient un intérêt naturel plus accusé pour certains contrats que pour d’autres. Chacun s’est donc désigné pour rapporter sur tel ou tel contrat. C’est le cas par exemple de Pascal Puig qui souhaitait travailler sur le contrat d’entreprise, l’objet de sa thèse<sup>9</sup>. Mais la préparation des textes à discuter se faisait à deux, ce qui permettait d’avoir, dès l’élaboration des premières propositions, le filtre qu’offre un regard extérieur. La facilité à constituer de tels binômes est aussi un élément qui a été considéré pour composer la Commission. Sur quelques contrats, j’ai pu participer à une revue de ces premières propositions avant leur diffusion au sein de la Commission. Cela n’a pas toujours été possible, faute de temps et de moyens. Il ne faut pas perdre de vue que ces travaux consistent en une œuvre humaine et artisanale, réalisée avec une disponibilité limitée. Au demeurant, une recommandation pour de prochaines réformes serait de trouver les moyens de favoriser une plus grande disponibilité de ceux qui s’y engagent. C’est ce que le ministère de l’Enseignement supérieur permet pour les professeurs qui siègent au jury de l’agrégation, en les déchargeant d’une partie de leur charge d’enseignement. Il serait tout aussi heureux de pouvoir dégager du temps pour des travaux para-législatifs.

Pour revenir sur notre méthode de travail, les propositions élaborées en binôme étaient diffusées par écrit à l’avance au sein de la Commission. Chacun y réfléchissait ensuite individuellement ou en concertation avec un autre membre, de façon à pouvoir préparer une proposition alternative en cas de désaccord avec l’idée ou avec sa formulation. Puis, arrivait le temps de la discussion en séance. Finalement, nous avons avancé question par question, article par article pour chaque proposition qui était discutée. La décision finale se faisait par consensus dans la grande généralité des cas, et parfois par un vote. Enfin, deux cas ont donné lieu à la proposition d’une rédaction alternative, lorsque la Commission était très partagée entre des arguments aussi forts dans un sens que dans l’autre et que les défenseurs de la proposition à peine minoritaire exprimaient une volonté très vive de la maintenir.

Cette phase d’élaboration et de discussion des textes montre tout l’avantage de travailler avec des personnes dont le métier est de réfléchir au sens des mots, à l’expression d’une règle, aux éléments qui lui sont sous-jacents. La réécriture des textes se faisait en quelques minutes avec des observations et des contre-propositions qui fusaient de part et d’autre, le tout en essayant de rester autant que possible dans le style du Code civil.

**P.-Y. G.** – Il s’agit là d’une question de légistique et de logique. La manière la plus rationnelle de fonctionner est l’économie de moyens, qui commence par une bonne organisation au sein des binômes. L’un rédige les textes et les soumet ensuite à l’autre avant d’en discuter. Une fois arrêté, le projet du binôme est envoyé à l’avance au reste de la Commission afin de donner lieu à une discussion en séance plénière. Il a pu arriver que le texte soit entériné purement et simplement, ou, au contraire, que la discussion conduise à une demande de la majorité des membres de revoir certains points. Ces modifications pouvaient être réalisées « sur le siège », ce qui représente un réel gain de temps.

Précisons que le binôme était une méthode de travail et non une paternité vis-à-vis des textes. Par les discussions et modifications opérées collectivement, véritable expression de la collégialité, chacun d’entre nous a travaillé sur l’ensemble des textes, y compris ceux que nous n’avions pas rédigés en « premier jet ».

**P.S.-M.** – Lors de nos travaux, nous avons également pu mettre à profit la participation de la Chancellerie, à l’origine de plusieurs interventions importantes. Elle nous a apporté des informations dont nous ne pouvions disposer sur un certain nombre de points, notamment sur un environnement législatif en cours d’élaboration. Par exemple, Sophie Chaigneau, alors chef du bureau du droit des obligations, nous a appris que la France s’était battue au niveau européen afin de maintenir une référence à la garantie des vices cachés. Lorsque, relativement à la vente, nous envisagions de l’abandonner pour

---

9. P. Puig, *La qualification du contrat d’entreprise*, Éd. Panthéon-Assas, 2002, préf. B. Teysié.

l'unifier à la délivrance conforme dans un système moniste, cette information importante a pu orienter notre choix. Ensuite, au cours des débats sur les textes, la Chancellerie a pu nous aider, non en tant qu'institution mais grâce à l'expérience individuelle de ses membres, par l'expression de questionnements ou en signalant que certaines formules semblaient manquer de clarté et risquaient de susciter des difficultés d'application. Enfin, la Chancellerie, a pu apporter sur certains points un utile complément d'expertise. Le bureau de l'immobilier, au sein de la direction des affaires civiles et du Sceau, a par exemple utilement contribué à la réflexion sur les textes relatifs à la vente immobilière.

**RDA – Les travaux de la Commission étaient-ils gouvernés par des directives générales, notamment afin d'assurer une cohérence d'ensemble ?**

**P.S.-M.** – En effet, dans une lettre adressée par mes soins aux membres de la Commission, étaient répétées les directives générales convenues préalablement, à savoir notamment de réaliser une œuvre de consolidation du droit, de rester autant que possible fidèle au style du Code civil, de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire (selon une célèbre expression de Portalis), de faire preuve de sens pratique et d'une forme de réalisme économique.

**RDA – La Commission a-t-elle été amenée à considérer d'autres travaux ?**

**P.S.-M.** – Plusieurs membres de la Commission ont participé aux travaux de l'Association Capitant, comme Pierre-Yves Gautier ou Jean-Baptiste Seube. Le projet de l'Association Capitant a été l'objet d'un jeu de miroirs. Nous en sommes parfois restés très proches, comme en matière de contrats aléatoires, parfois nettement éloignés. Mais ces travaux ont été une référence, tout comme le Code civil du Québec qui fut souvent évoqué.

**RDA – La Commission s'est-elle interrogée sur l'opportunité de réaliser une « codification à jurisprudence constante », consistant à « graver dans le marbre de la loi »<sup>10</sup> les créations prétoriennes ?**

**P.-Y.G.** – Lorsque la doctrine se contente d'analyser la jurisprudence à flux constant, cela produit l'asphyxie doctrinale évoquée précédemment. Le législateur doit également, voire peut-être même davantage, se garder de le faire. Certaines décisions nous paraissent d'une grande importance aujourd'hui, mais ce ne sera pas nécessairement le cas dans cinquante ou cent ans. Par conséquent, avant de codifier la jurisprudence, il faut s'interroger sur l'opportunité de le faire. Selon Portalis, la loi est faite pour l'avenir. Or, la jurisprudence considérée présente-t-elle un intérêt suffisant pour le futur, afin d'être codifiée ? L'article 1123 du Code civil, seul article relatif au pacte de préférence, provenant de l'Ordonnance de 2016, nous offre malheureusement un excellent contre-exemple. Il traite d'une question, certes importante, mais pointue et pathologique sur le point de savoir si le tiers qui conclut un contrat en violation d'un pacte de préférence peut ou non être condamné et voir son contrat déclaré inopposable en raison de sa mauvaise foi. Il s'agit de la fameuse théorie de la double preuve, qui a été codifiée. Or, c'est la codification d'un arrêt que certains trouvent critiquable, dont votre serviteur, qu'une autre décision aurait parfaitement pu désavouer quelques années plus tard. Au sein des sources du droit, la jurisprudence devient une obsession probablement excessive des juristes. La codification de la jurisprudence à droit constant est donc à considérer avec une certaine méfiance, ce que nous avons à l'esprit au sein de la Commission.

---

10. P. Stoffel-Munck, « Avant-projet de réforme de la responsabilité : vive le débat », *JCP G* 2016, supplément au n° 30-35, 25 juill. 2016, p. 4.

**RDA – La Commission s’est-elle attachée à encadrer la matière dans le détail ou, a contrario, à prévoir des règles plus générales nécessitant le concours de la jurisprudence dans leur interprétation afin d’éviter une « législation au style obsessionnel, marquée par la névrose du détail et le souci de transformer la règle de droit en mode d’emploi »<sup>11</sup> ?**

**P.S.-M.** – Tout est question de degrés. Parfois, afin de régler des difficultés pratiques très concrètes, nous avons pu être d’une précision qui laisse peu de marges de manœuvre au juge. Souvent, nous avons mobilisé des présomptions, par exemple pour résoudre la question de la distinction entre prêt intéressé et prêt désintéressé. Mais pour le reste, la volonté était de rester à un certain niveau de généralité dans l’expression de la règle, ce qui appelle donc une adaptation et respecte le rôle naturel de la jurisprudence. Cela poursuit la perspective que dessinait Portalis : « l’office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit [...] c’est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l’esprit général des lois, à en diriger l’application »<sup>12</sup>. Préférant l’abstrait au concret, nous ne sommes pas tombés dans le pointillisme et avons évité d’aller dans le détail de précisions concrètes, et donc rigides, typiques de certaines législations consuméristes ou commerciales.

**RDA – Dans cette optique, comment avez-vous abordé la question des définitions ?**

**P.-Y.G.** – La définition est une tradition remontant au droit romain. Il s’agit d’un élément impératif de la qualification d’un contrat, elle-même fondamentale, afin d’en appliquer ensuite le régime. Dans un système de droit écrit, la définition est la mesure du syllogisme et permet de donner un cadre juridique au juge. Nous avons voulu conserver cette tradition et il fut même nécessaire, dans la mesure du raisonnable, d’en préciser de nouvelles. Loin d’être académique, c’est au contraire très utile pour le développement de la pratique. L’année dernière, l’École de droit avait organisé une table ronde<sup>13</sup> à l’occasion de la sortie du *Dictionnaire juridique* d’Alain Bénabent et d’Yves Gaudemet<sup>14</sup>. Il y avait essentiellement des avocats, qui étaient unanimes sur l’utilité du vocabulaire juridique et des définitions, notamment dans la loi.

**P.S.-M.** – Si l’on veut faciliter la compréhension du droit français, pour la formation de futurs professionnels, faciliter la discussion entre professionnels et *a fortiori* avec des magistrats ou arbitres qui ne sont pas de culture juridique française, il est heureux d’avoir une définition, dans la loi ou dans un dictionnaire académique reconnu. Elle permet que votre interlocuteur comprenne l’objet discuté et en identifie les limites, l’esprit et l’objectif. Aussi, les définitions sont une aide précieuse pour l’intelligibilité du droit, et donc pour sa mise en pratique cohérente.

**G.V.** – Cette tradition évoquée par M. le Professeur Gautier concerne aussi les textes internationaux<sup>15</sup>, qui opèrent beaucoup par définitions puisqu’elles constituent le socle sur lequel un régime juridique va être élaboré. Sans définition, l’interprétation peut différer et donc être source d’insécurité juridique. Il est aussi intéressant de noter qu’une définition n’est évidemment pas figée dans le temps mais peut évoluer, notamment avec les avancées technologiques et numériques, nécessitant ainsi de réviser des textes des années plus tard.

**RDA – Pourquoi la Commission a-t-elle eu recours à la pratique consistant à « réserver » des articles ?**

**P.S.-M.** – Il s’agit d’un choix pragmatique, afin de maintenir une règle, une question de droit dans le registre numérique auquel les praticiens et la doctrine sont habitués. Cela permet d’abord de sauvegarder un certain nombre de numéros phares, même si la règle qui y est placée a un peu changé, dès

11. N. Molfessis, « Droit des contrats : que vive la réforme », *JCP G* 2016, libr. prop. 180.

12. J.-E.-M. Portalis, « Discours préliminaire prononcé par Portalis, le 24 thermidor an 8, lors de la présentation du projet arrêté par la commission du gouvernement », in P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Videcocq, 1836, p. 470.

13. École de droit d’Assas, « Dialogues autour de l’utilité du vocabulaire juridique », *JCP G* 2022, 697.

14. A. Bénabent et Y. Gaudemet, *Dictionnaire juridique 2023, Tous les mots du droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2022.

15. Par exemple, la CNUDCI (Commission des Nations Unies pour le Droit commercial international), prévoit dans ses conventions un article premier « Définitions ».

lors que l'idée reste la même. Cela présente en outre plusieurs avantages, à commencer par la possibilité pour les praticiens de s'adapter plus rapidement à la réforme, sans être trop dépayés. Par exemple, ils savent que l'article 1648 correspond au délai pour l'action en garantie des vices ; même si le délai ou le concept de vice peut changer, la question traitée se rapporte toujours au même numéro d'article. Ensuite, cette continuité numérique permet de ne pas couper le fil de la pensée juridique sur une question, notamment dans les ouvrages ou les recueils de jurisprudence, anciens ou récents. La question va pouvoir être tracée grâce au numéro d'article ou grâce au registre numérique auquel elle appartient, et donc être facilement retrouvée. Une réflexion sur une question qui ne se retrouve pas est perdue. Aujourd'hui, avec les bases de données, c'est un avantage qui demeure précieux car, pour chercher une idée, si vous avez un numéro qui l'incarne, vous arrivez à une recherche assez fine. Si, *a contrario*, vous n'avez qu'une manière abstraite d'exprimer l'idée, il sera plus difficile de naviguer dans l'océan de données et de mots-clefs que les bases – doctrinales, jurisprudentielles ou législatives – proposent. Le défaut esthétique qui gêne ce procédé est donc à mettre en balance avec l'avantage scientifique et pratique qu'il permet d'obtenir.

**RDA – Que pensez-vous de la volonté affichée par certaines institutions et par de récentes réformes de simplifier le vocabulaire juridique afin, notamment, de le rendre plus accessible ? Pourquoi votre Commission a-t-elle, au contraire, souhaité conserver un vocabulaire technique<sup>16</sup> ?**

**P.-Y. G.** – Sur ce point, la question « quel langage parle le droit ? » m'a permis d'évoquer l'avant-projet de réforme dans un article de la revue *Pouvoirs*<sup>17</sup>. Pourquoi le droit serait-il traité différemment des autres domaines ? Les médecins, physiciens, biologistes ou mathématiciens, ne sont pas contraints d'avoir un vocabulaire nécessairement accessible. Cet idéal très utopique, consistant à ce que le citoyen comprenne, à supposer qu'il s'y intéresse, le vocabulaire juridique, n'a guère de sens. Le droit est un langage technique puisque c'est une matière technique. Le citoyen, lorsqu'il en a besoin, peut se tourner vers un technicien, un professionnel du droit. Par conséquent, l'accessibilité n'est pas son objectif premier, mais bien rédiger son contrat, gagner le procès. Les réformes initiées par le pouvoir politique ne doivent pas perdre de vue la pratique du droit par les juristes.

En toute hypothèse, le droit est tout de même compréhensible pour le citoyen. Il sait par exemple ce qu'est une vente, un mandat, un dépôt, etc., même s'il éprouvera plus de difficulté à saisir quelques points plus techniques comme le mandat d'intérêt commun par exemple. En outre, le vocabulaire juridique emprunte pour l'essentiel ses mots au langage commun. La langue française procède en majeure partie du latin et une part importante des contrats spéciaux vient du droit romain. On y retrouve donc nécessairement, dans les mots, l'étymologie latine. C'est le cas pour le commodat. Certes, il existe une autre formule, à savoir le « prêt à usage », mais le praticien sait immédiatement ce qu'est le commodat. A-t-on besoin nécessairement d'avoir des périphrases ou des mots se rapprochant du langage commun pour désigner une institution très technique ? Enfin, l'utilisation de ce vocabulaire traduit aussi une symbolique d'attachement à notre histoire.

À la réflexion, qui est dogmatique ? Celui qui utilise un vocabulaire technique, ou celui qui prétend le simplifier à outrance ? Poser la question, c'est déjà avoir la réponse.

**P.S.-M.** – Je suis entièrement d'accord avec ce qui vient d'être dit. Nous pouvons illustrer cela par l'exemple du terme *usucapion*. C'est un mot très technique, qui n'est pas spontanément compréhensible par tous, quoique le citoyen connecté puisse très facilement en avoir une première idée *via* Internet. Ça n'en demeure pas moins un mot très utile pour l'expression d'un raisonnement juridique ! Il serait fort peu pratique dans un propos argumenté de devoir utiliser des périphrases pour rendre compte de ce que décrit l'*usucapion* plutôt que d'utiliser le mot. Le législateur se trompe d'optique en pensant que la langue du droit doit être celle d'une communication au grand public. L'utilisateur quotidien de la règle de droit est le juriste, l'avocat, le magistrat, qui connaît le sens des mots. L'exposé de

16. L'exemple du maintien de l'appellation « commodat » pour le prêt à usage (art. 1974 et s. de l'avant-projet) est représentatif.

17. « La langue française », *Pouvoirs* sept. 2023, n° 186, p. 99.

choses complexes nécessite en pratique de disposer de mots qui, en quelques lettres, désignent un concept, une idée bien délimitée, ou reflètent une réalité typique qu'on serait autrement embarrassé de devoir décrire à chaque fois qu'on s'y réfère. La critique de l'usage d'un vocabulaire technique relève souvent d'une méconnaissance des contraintes de la réalité pratique ou d'une conception exagérément idéaliste du temps disponible de chacun. Nous avons besoin de choses simples et opératoires.

**G. V.** – Je partage cette position, en étant peut-être un peu plus nuancé. Il est vrai que tout domaine, tout métier connaît sa technicité, son vocabulaire. Mais le droit a vocation à s'appliquer à tous et à être connu de tous, ce qui implique une certaine accessibilité et lisibilité. Il faut donc parvenir à concilier technicité et accessibilité, sans que cette dernière soit trouvée au détriment de la qualité du droit et de sa technicité. Il faut pouvoir se rapprocher du citoyen; ce qui ne passe pas tant par les termes usités mais par l'élaboration d'une légistique compréhensible. L'écriture juridique n'est pas forcément la chose des savants, mais doit aussi être la chose de tous. La modernisation doit donc aussi s'opérer par un phénomène de simplification, ce qui concerne également les décisions de justice, qui doivent aussi être élaborées dans la perspective que les parties puissent en comprendre la motivation au soutien de la décision du juge.

### III. LE TEMPS DE L'APRÈS COMMISSION : L'AVENIR DE L'AVANT-PROJET ET DE LA RÉFORME

#### **RDA – Une « consultation publique » a été organisée, relativement à l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, à la fin de l'année 2022. En quoi consiste cette pratique ?**

**G. V.** – La consultation publique est l'une des méthodes de travail de la Chancellerie. Elle consiste à solliciter l'avis du public sur un avant-projet de réforme. Cette pratique, bien que n'étant pas obligatoire, est désormais assez répandue. Concrètement, elle s'opère grâce à la mise en ligne du texte de l'avant-projet et d'une communication permettant d'informer largement le public de l'existence de la consultation et des moyens dont il dispose pour formuler ses commentaires sur l'avant-projet. Elle présente de nombreux avantages en offrant, tant en nombre qu'en variété, un panel de réactions particulièrement riches. Surtout, elle permet, dans le cas d'une réforme particulièrement technique, d'obtenir des retours des professions et secteurs impactés. L'esprit des travaux de la Chancellerie demeure d'élaborer une réforme, non pas en conclave, mais en prenant en compte l'ensemble des acteurs concernés, et ce afin d'aboutir à un texte opérationnel.

La consultation relative à l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux fut mise en ligne sur une page dédiée du site du ministère de la Justice, fin juillet 2022. La Chancellerie en a informé des professionnels avec lesquels elle est en relation, susceptibles d'être intéressés par le texte; tant des universitaires que des professionnels du droit tels que des avocats, notaires ou juristes d'entreprises, ou encore, plus largement, des chefs d'entreprises ou des représentants de secteurs d'activités concernés. Elle devait s'achever en novembre 2022 mais, à la demande de certains professionnels et compte tenu de l'importance de la réforme projetée, la clôture de la consultation fut repoussée à janvier 2023 afin de permettre une participation la plus large possible.

#### **RDA – Les soixante-cinq contributions reçues seront-elles publiées ?**

**G. V.** – Ce nombre de soixante-cinq contributions est conséquent s'agissant d'une réforme technique. À ce stade, il n'est pas prévu de les diffuser et, au surplus, cela supposerait d'obtenir l'accord de leurs auteurs. Il reste que nous sommes très satisfaits de la diversité des contributeurs, fortement marquée par les fédérations et ordres professionnels, contributeurs les plus importants (30), démontrant ainsi l'intérêt et l'impact de cette réforme sur le monde des affaires. Suivent ensuite les universitaires (16), les avocats et juristes (10) et les entreprises (5), puis dans une moindre mesure les structures publiques et parapubliques (5) ainsi qu'un notaire et une association.

Dans un souci de transparence et de communication, fin janvier 2023, un document explicatif comprenant les statistiques de la consultation publique a été publié sur le site Internet du ministère de la Justice.



**P.-Y.G.** – Il est préférable que les contributions transitent par un intermédiaire, dès lors qu'une publication directe présenterait les risques de s'inscrire dans le « mouvement réseaux sociaux ». Partant, une synthèse du nombre et du contenu des contributions soumises est plus judicieuse.

**RDA – Cette vaste « participation »<sup>18</sup> sur la base de l'avant-projet de réforme, mêlant consultation publique et autres travaux doctrinaux<sup>19</sup>, peut-elle aboutir à une cohérente « œuvre collective »<sup>20</sup> ?**

**G.V.** – Les contributions reçues dans le cadre de la consultation publique ne sont pas les seules réactions relatives à l'avant-projet. Nous suivons également l'ensemble des travaux doctrinaux publiés sur le sujet, notamment l'avant-projet préparé par l'Association Henri Capitant. Une telle réforme ne peut susciter en tout point l'unanimité, mais il faut aussi souligner, ce que rappellent nombre de contributeurs, la très grande qualité de l'avant-projet. Il importe alors de confronter les oppositions (qui s'inscrivent dans une démarche constructive en formulant des « améliorations » rédactionnelles ou des contre-propositions), d'identifier celles réellement inconciliables, celles propres aux spécificités d'un secteur d'activité, celles tenant à des considérations pratiques ou encore à des obstacles notionnels notamment. Notre objectif est d'aboutir à un texte élaboré en considération de l'ensemble de ces éléments et des difficultés théoriques et pratiques qui peuvent surgir. En cela, il sera nécessairement une œuvre collective. Nous n'excluons d'ailleurs pas d'organiser, si nous l'estimons nécessaire, des concertations avec les parties prenantes, en réunissant des groupes de travail ad hoc sur des thématiques complexes ou sensibles.

**RDA – Quelle sera la suite de cet avant-projet ?**

**G.V.** – Le bureau du droit des obligations est chargé d'absorber l'ensemble des travaux, dont les contributions communiquées pendant six mois, afin de rédiger un projet de réforme, qui sera cette fois le « projet de réforme de la Chancellerie ». Il a été fait le choix de procéder progressivement contrat par contrat, en débutant par le contrat d'entreprise, puis le contrat de vente. Le bureau se réserve la possibilité de provoquer ponctuellement, comme indiqué précédemment, des groupes de travail restreints en cas d'interrogation. Le résultat pourrait également, au besoin, être soumis une nouvelle fois à consultation publique mais pour cela nous verrons comment le processus d'élaboration du projet de la Chancellerie se passe.

**RDA – À l'instar du droit commun des contrats, conviendrait-il de réformer le droit des contrats spéciaux par Ordonnance ?**

**G.V.** – Le choix du vecteur législatif est avant tout politique. En cela, c'est au Gouvernement qu'il reviendra de décider s'il souhaite demander au Parlement une habilitation pour réformer le droit des contrats spéciaux par voie d'ordonnance ou s'il entend soumettre son projet de loi aux débats parlementaires.

Il est vrai que la dimension technique du texte, en lui-même et en raison de sa coordination avec le droit commun des contrats, peut se prêter à une réforme par ordonnance mais rien n'est encore déterminé à cette étape.

18. A.-J. Arnaud, *La gouvernance. Un outil de participation*, coll. « Les petits manuels », LGDJ, 2014, cité par F. Géa, « Introduction. Sous le Code (civil), la doctrine », in P. Chauvire (dir.), *La réforme du droit des contrats : du projet à l'ordonnance*, Dalloz, 2016, p. 9, spéc. p. 11.

19. Nous pensons par exemple aux nombreux colloques organisés afin de discuter la réforme et l'avant-projet, dont le colloque annuel du Master 2 de Droit privé général de l'Université Paris-Panthéon-Assas, « Quelle réforme pour les contrats spéciaux ? », organisé le 6 juin 2023 avec le soutien du Laboratoire de droit civil de l'Université Paris-Panthéon-Assas.

20. N. Molfessis, préc., p. 322.

# Variétés autour du droit

Dans chaque numéro, la *RDA* donne à tous – étudiants, doctorants, docteurs, universitaires, praticiens, juristes, non-juristes – la possibilité de rédiger une contribution autour du droit, des études en droit, de la vie universitaire, etc.

## Un adage à la valeur non infinitésimale

Loïc Bréhin

Doctorant contractuel chargé d'une mission d'enseignement à l'Université Paris-Panthéon-Assas

**D**e fameux adages permettent au juriste non seulement de briller en société, mais aussi de surmonter de nombreuses embûches. *In dubio pro reo*, rétorquera-t-il à l'adversaire qui l'accuse de jeter des coups d'œil indiscrets sur ses cartes. « Nul n'est censé ignorer la loi », objectera-t-il à son conjoint qui feint d'ignorer son obligation de solidarité pour refuser de payer l'addition. « En fait de meuble, possession vaut titre », opposera-t-il au fâcheux compagnon de canapé qui veut lui prendre la télécommande.

D'autres, encore, malgré la valeur acquise avec le nombre des années, sont aujourd'hui rejetés par le droit positif<sup>1</sup>.

Il en est un, enfin, qui est injustement méconnu dans nos contrées. Il permet rarement de remporter un procès ou de s'imposer dans une controverse doctrinale. Mais, nul doute qu'il pourrait être fort utile, au quotidien, à de nombreux lecteurs de cette *Revue* :

- à l'étudiant traumatisé par les liquidations de successions ;
- à l'universitaire qui doit expliquer le fonctionnement de l'algorithme de Parcoursup ;
- au chargé de TD qui a fait une erreur en rentrant ces satanés coefficients dans les satanées formules de ce satané tableur Excel ;
- à l'avocat qui a malencontreusement fait une bévue dans la computation d'un délai ;
- au notaire qui a fait une légère confusion dans le montant du prix de l'acte ;
- au magistrat perdu dans les barèmes d'indemnisation des victimes ;
- à bien d'autres juristes, que leur arithmophobie avait conduits sur les bancs de la Faculté de droit.

Tous ceux-là pourront répondre au correcteur exaspéré, à l'étudiant révolté, au magistrat irrité, au client excédé, au justiciable indigné, qu'il en est ainsi de la nature des choses et que, aussi vrai que deux et deux font cinq, *Juris non calculat*<sup>2</sup> !

---

1. V. par ex. CJUE, 7 avr. 2022, n° C-568/20, *J cl H Limited* consacrant, comme l'a titré un commentateur, la règle selon laquelle « *exequatur sur exequatur* vaut parfaitement » (H. Muir Watt, *Rev. crit. DIP* 2023, p. 135).

2. À l'origine, l'adage visait le juge (« *iudex* ») et signifiait que « Le juge ne calcule pas. De simples erreurs de calcul dans un jugement n'acquiescent pas force exécutoire, mais doivent être corrigées. » (N. Benke et F.-S. Meissel, *Juristenlatein*, MANZ'sche Verlags, 2002, v° « *iudex non calculat* », nous traduisons avec ChatGPT). La déformation contemporaine est néanmoins répandue chez les facétieux juristes ultra-rhénans, qui, de manière non moins subversive, emploient pour l'occasion la forme inhabituelle « *juris* » pour désigner le « juriste ».

# Variétés autour du droit

---

## Pierre Leborgne, mort pour la France<sup>1</sup>

Nicolas Chapalin

Doctorant contractuel chargé d'une mission d'enseignement  
à l'Université Paris-Panthéon-Assas

1. Les étudiants sont formés, dans les Facultés, à « assurer la justice sociale tout en conservant à l'homme sa liberté et sa dignité », selon les propres mots du doyen Léon Julliot de La Morandière<sup>2</sup>. Il suffit, pour s'en convaincre, de déambuler dans l'aile Soufflot du centre Panthéon et de parcourir chacun des noms gravés, échampis de pourpre et répartis, par ordre alphabétique, sur les trois plaques de commémoration majestueusement disposées face à l'entrée de la rue Saint-Jacques. Les deux premières, inaugurées le 15 mars 1925 à l'initiative des doyens Ferdinand Larnaudé et Henry Berthélemy, honorent les sept cent un étudiants et anciens étudiants de la Faculté de droit de Paris morts au champ d'honneur de la Grande Guerre et se trouvent funestement complétées, depuis le 10 novembre 1951, par une troisième plaque prêtant hommage aux cent quarante-huit étudiants et *alumni* disparus lors de la Seconde Guerre mondiale.

2. Le parcours de chacun d'entre eux eût sans doute mérité d'être dévoilé dans ces colonnes. Par son ampleur, une telle entreprise semblait néanmoins contraire à l'esprit des variétés,

nécessairement brèves, de la *Revue*. Il a ainsi été fait le choix de s'en remettre au « singulier caprice du hasard »<sup>3</sup>.

3. Or, l'œuvre du hasard s'est portée sur Pierre Leborgne dont le nom est inscrit à la quarante-deuxième ligne de la première colonne de la deuxième plaque. Pierre Leborgne naquit le 7 janvier 1890 à Beauvais. Il fréquenta d'abord de petits établissements catholiques dans lesquels il rencontra René Largillière avec lequel il noua une amitié qui devait les suivre jusqu'à la mort<sup>4</sup>. Il ressortit bientôt de l'enseignement secondaire, à seize ans et demi, bachelier ès latin, langues et philosophie<sup>5</sup>.

4. C'est en novembre 1906 qu'il se fit inscrire à la Faculté de droit de Paris. Il s'adonna aux études juridiques avec zèle, se mettant en rapport direct avec les professeurs pour connaître leurs méthodes et tirer le plus grand profit de leur enseignement. Il se livra, dans le même temps, à des recherches personnelles à dimension historique afin de mieux saisir l'enchaînement de notre droit français et, d'évidence, fallait-il y déceler un indice de « l'audace, [de] l'esprit d'en-

---

1. Il convient d'adresser de vifs remerciements à Monsieur Alain Duploux, maître de conférences à l'université Paris I, Madame Marie-Caroline Luce, chef du service des archives de l'université Paris I, Monsieur Stéphane Dufournet, responsable du service patrimoine et numérisation de la bibliothèque Cujas, aux agents des Archives nationales et aux membres de la Société académique de l'Oise, lesquels ont largement contribué à nourrir la présente variété.

2. L. Julliot de La Morandière, *Discours prononcé à l'occasion de l'inauguration des plaques de commémoration des étudiants et anciens étudiants de la Faculté de droit de Paris morts pour la France*, 10 nov. 1951, p. 15.

3. E. About, *Le Roi des montagnes*, Hachette, 1857, p. 97.

4. M. Debary, « Un destin pathétique, René Largillière », in N.-Y. Tonnerre (dir.), *Chroniqueurs et historiens de la Bretagne du Moyen Âge au milieu du xx<sup>e</sup> siècle*, PUR, 2001, coll. « Histoire », p. 207-222, spéc. n° 2.

5. R. Largillière, *Pierre Leborgne, mort au champ d'honneur (1890-1915)*, Société académique de l'Oise, p. 15.

teprise et d'aventure »<sup>6</sup> du doctorant qu'il deviendrait.

**5.** Hors les murs de la Faculté, Pierre Leborgne contribua à réduire, à son échelle, « l'écart entre le droit exprimé et le droit appliqué »<sup>7</sup> en suivant les leçons des avocats du barreau de Beauvais. Il trouva, auprès de M<sup>es</sup> Raviart, Gilles et Belloin, un enseignement pratique du droit qu'il conjuga brillamment aux connaissances théoriques acquises en amphithéâtre. Pour cause, adoptant une démarche sociologique et philosophique, novatrice en ce temps<sup>8</sup>, il observa leurs clients afin de saisir, en eux, le rôle joué par les institutions, démêler les influences sociales des différentes législations, déterminer si leur application répond aux desseins moraux du législateur ou si, au contraire, la façon de les appliquer, l'intervention des procéduriers et la conduite des magistrats n'aboutissent pas, quelquefois, à un tout autre but<sup>9</sup>.

**6.** À la Faculté, il obtint sa licence en juillet 1909. Il fit ensuite le choix de préparer une thèse de doctorat en histoire du droit, matière dont l'anti-héros d'un roman policier a pu dire, à tort ou à raison, qu'elle est « beaucoup plus chic que les autres disciplines juridiques »<sup>10</sup>. Pierre Leborgne consacra ce travail à Jean-Marie Ricard, juriconsulte du XVIII<sup>e</sup> siècle. En la matière, il se trouva bien inspiré, comme d'autres<sup>11</sup>, par le cours d'histoire générale du droit français qu'il reçut en première année de licence lors duquel le professeur Émile Chénon eut à traiter, au titre de la période féodale et coutumière, d'une part, de la condition des personnes dans la famille, en ce compris les rapports personnels et pécuniaires des époux et, d'autre part, de la transmission de

la propriété et du patrimoine entre vifs et à cause de mort<sup>12</sup>.

**7.** Or, il s'agit là des thèmes de recherche de Jean-Marie Ricard. Pierre Leborgne mit en effet en exergue, dans sa thèse, l'importance et la permanence de l'œuvre du juriconsulte en droit de la famille. Il identifia « le caractère familial du droit français », en cela que les institutions poursuivent l'objectif singulier de conservation des familles, et l'appréhenda en tant qu'axiome des travaux de Jean-Marie Ricard. C'est qu'en effet, dans la mesure où elle fournit chacun de ses membres à la société et qu'elle demeure la source des énergies individuelles, la famille incarne le fondement de l'ordre social. L'État, qui ne peut survivre que par la renaissance de nouveaux individus, est de la sorte indissociable de la famille<sup>13</sup> : il « a intérêt que l'homme rende à la nature ce qu'elle lui a donné, c'est-à-dire un autre lui-même »<sup>14</sup>. Pierre Leborgne montra ainsi que ce postulat justifia, pour l'avocat du Parlement de Paris, sa préférence pour la seule dévolution universelle au motif qu'« il n'est de vraie famille que celle qui a conscience de son honneur et de ses traditions, qui accepte de génération en génération la transmission de ses obligations en même temps que de ses droits »<sup>15</sup>. En sens contraire, l'historien exposa que Jean-Marie Ricard concourut à l'évolution de la légitime en la concevant moins comme « le pain » et la portion du misérable Jean Valjean<sup>16</sup>, expression d'un principe de justice et d'humanité, que comme un moyen d'empêcher les pères de supprimer « leur nom et leur sang même », véritable fraction de la succession affectée à la conservation et l'harmonisation de la famille<sup>17</sup>. Il sut d'ailleurs, dans les profondeurs ardues de ce sujet, susciter l'admira-

6. F.-R. de Chateaubriand, « Les Martyrs », in *Œuvres romanesques et voyages*, t. II, rééd., Gallimard, coll. « la Pléiade », liv. XVII, 1969, p. 29-499, spéc. p. 381.

7. J. Hilaire, *La vie du droit*, PUF, coll. « Droit, éthique, société », 1994, p. 277-278.

8. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 1994, p. 114-118 ; M. Villey, *Philosophie du droit*, t. I, *Définitions et fins du droit*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. « Précis », 1986, n° 2.

9. R. Largillière, *Pierre Leborgne, mort au champ d'honneur (1890-1915)*, op. cit., p. 16.

10. F. Rouvillois, *Un mauvais maître*, La nouvelle librairie, 2020, p. 50.

11. O. Martin, « Nécrologie d'Émile Chénon », *Rev. hist. droit* 1929, chron., p. 403-415, spéc. p. 413.

12. É. Chénon, « Programme du cours d'histoire générale du droit français », in Université de Paris, *Programmes des cours. Année scolaire 1906-1907*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1907, p. 33-36, spéc. p. 34-35.

13. P. Leborgne, *L'œuvre juridique de J.-M. Ricard*, A. Dumontier, 1912, p. 95-112.

14. J.-M. Ricard, *Traité des donations entre vifs et testamentaires*, t. I, A.-F. Knapen, 1754, n° 581.

15. P. Leborgne, *L'œuvre juridique de J.-M. Ricard*, op. cit., p. 143-160, spéc. p. 143.

16. V. Hugo, *Les Misérables*, rééd., Gallimard, coll. « la Pléiade », 2018, I, II, 6, p. 86-91.

17. P. Leborgne, *L'œuvre juridique de J.-M. Ricard*, op. cit., p. 161-172, spéc. p. 164.

tion des professeurs Charles Lefebvre, Émile Jobbé-Duval et Émile Chénon, lesquels le reçurent avec éloges.

**8.** Au-delà de sa formation, d'autres faits concoururent à former l'esprit de Pierre Leborgne. À peine sorti du collège, étudiant d'un jour, il sentit en effet que son devoir de chrétien et de Français l'appelait vers un rôle à jouer, une place à tenir. À cette fin, dans le cadre du Cercle d'études sociales et religieuses de Beauvais, il s'abandonna à une « réflexion sur l'état de ceux qui sont plus malheureux » à laquelle, en d'autres temps, Madame de Sévigné appelait de ses vœux<sup>18</sup>. Il y vit discuter, entre autres, la question de la peine de mort et du droit de grève. Sans perdre de temps, « bouillonnant du plus bel idéalisme »<sup>19</sup>, il organisa une conférence sur l'œuvre des jardins ouvriers avant, en 1909, d'autres interventions sur le travail à domicile, le minimum de salaire et le salaire familial. Délaisant l'étude du pur « temple social »<sup>20</sup>, il saisit brièvement le Cercle d'un sujet d'histoire, la Révolution et l'ouvrier, puis de deux questions religieuses, savoir la défense des églises de France et le clocher de l'église Saint-Martin de Cinqueux s'étant subitement effondré.

**9.** Rapidement, il reprit l'étude des questions sociales et, en 1910, tint une conférence sur le divorce. Il y avança, à partir des observations qu'il avait recueillies auprès de la clientèle des divorces, la théorie selon laquelle « [c]'est l'existence même de cette loi [Naquet du 27 juillet 1884] qui détermine tant de ménages désunis et qui provoque le divorce. L'institution est néfaste »<sup>21</sup>. Cette analyse sera confirmée et nuancée, plusieurs décennies plus tard, par le doyen Jean Carbonnier, selon lequel « [i]l se peut bien qu'une loi libéralisant l'institution [...] opère comme un

appel d'air »<sup>22</sup>. L'homme se distingua par un éclectisme sensible en organisant plusieurs conférences se rapportant à l'anticléricalisme au point de vue social, au féminisme, à la littérature plaisante du Beauvaisis et, à son retour du service militaire, aux devoirs des officiers envers leurs hommes.

**10.** Les réflexions de Pierre Leborgne ne furent pas réservées au seul Cercle d'études sociales et religieuses. C'est que, conscient, comme Socrate, de ce qu'« une fois écrit, le discours s'en va rouler de droite et de gauche, indifféremment auprès de ceux qui s'y connaissent et, pareillement, auprès de ceux dont ce n'est point l'affaire »<sup>23</sup>, il décida de coucher l'ensemble sur papier. Jusqu'en ses dernières volontés, il indiqua que « si l'érudition est la base de tout travail historique, elle doit s'effacer une fois le travail fini [car] l'historien a le devoir de faire connaître à chacun l'histoire de sa petite patrie pour qu'elle soit mieux appréciée et plus aimée »<sup>24</sup>. Partant, par « une vulgarisation noble »<sup>25</sup>, il offrit aux Beauvaisiens un *Précis historique sur Beauvais*<sup>26</sup>. Le livre sut mettre en relief les institutions et événements caractérisant les mœurs du vieux Beauvais de l'époque gauloise et gallo-romaine jusqu'à la Troisième République. Il fut épuisé rapidement.

**11.** L'ouvrage lui valut d'être reçu membre de la Société académique de l'Oise dès 1908<sup>27</sup>. Il y donna plusieurs communications dont l'une, en 1911, portant sur les aventures romanesques d'un pastoureau du <sup>xvi</sup><sup>e</sup> siècle, meurtrier d'une de ses trois femmes et condamné à mort, osant par là même le pari que « l'histoire détaillée de cet illustre brigand serait incroyable aux yeux de la génération présente »<sup>28</sup>. Il fit également publier, dans les *Mémoires* de la Société, une biographie

18. Mme de Sévigné, « Lettre au comte de Bussy-Rabutin du 15 octobre 1674 », in *Correspondance*, t. I, rééd., Gallimard, coll. « la Pléiade », 1972, p. 700-701, spéc. p. 700.

19. R. Largillière, *Pierre Leborgne, mort au champ d'honneur (1890-1915)*, op. cit., p. 18.

20. A. de Lamartine, « Harmonies poétiques et religieuses », in *Œuvres poétiques complètes*, rééd., Gallimard, coll. « la Pléiade », 1963, II, 10, p. 289-492, spéc. p. 374.

21. R. Largillière, *Pierre Leborgne, mort au champ d'honneur (1890-1915)*, op. cit., p. 20.

22. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 2, *La famille, l'enfant, le couple*, 21<sup>e</sup> éd., PUF, coll. « Thémis », 2002, p. 535.

23. Platon, *Œuvres complètes*, t. IV, 3, *Phèdre*, trad. P. Vicaire, Les belles lettres, 1985, n° 275e, p. 90.

24. R. Largillière, *Pierre Leborgne, mort au champ d'honneur (1890-1915)*, op. cit., p. 22.

25. H. Bergson, *Les deux sources de la morale et de la religion*, F. Alcan, 1932, p. 255.

26. P. Leborgne, *Précis historique sur Beauvais*, H. Jouve, coll. « Histoire générale des communes de France », 1908.

27. V. Leblond, « Séance du 15 juin 1908 », in *Compte rendu des séances*, Société académique de l'Oise, p. 54-64, spéc. p. 58.

28. Stendhal, « L'Abbesse de Castro », in *Œuvres romanesques complètes*, t. III, rééd., Gallimard, coll. « la Pléiade », 2014, p. 47-136, spéc. p. 53.

alerte de son arrière-grand-oncle, Antoine Leborgne, comme lui soldat beauvaisien, qu'il tira du fatras des archives révolutionnaires<sup>29</sup>.

**12.** Toutefois, se refusant à devenir un « savant de cabinet »<sup>30</sup>, l'étudiant contribua concrètement à l'œuvre de relèvement social de son temps, accueillant en cela la parabole touchante du bon Samaritain<sup>31</sup>. Ainsi, pour occuper les loisirs des ouvriers sainement, resserrer les liens familiaux, leur donner un coin de terre et leur permettre de « recéler le printemps au milieu des hivers »<sup>32</sup>, Pierre Leborgne s'adonna, de grand cœur, à l'aménagement des jardins ouvriers beauvaisiens. De même, en qualité de secrétaire de l'Association amicale de la jeunesse beauvaisienne, il s'efforça de multiplier les liens d'amitié existant entre les jeunes gens de la ville et leur procurer des divertissements sains et instructifs, en sorte qu'il les emmena notamment admirer les vertes campagnes du pays de Bray et visiter les ruines de l'ancienne ville épiscopale.

**13.** La Picardie ne fut pas la seule région à trouver grâce aux yeux de Pierre Leborgne. Ainsi, sans être de ces « hommes, enivrés de cette sottise humeur de s'effaroucher des formes contraires aux leurs »<sup>33</sup>, il entreprit de nombreux voyages instructifs lui permettant de connaître la France et les pays voisins, les grands tableaux de la nature, les monuments et les œuvres d'art. Après les Pyrénées, la Belgique et la Flandre, la Bretagne, l'Alsace, l'Auvergne, le nord de l'Italie, le *dilettante* explora l'Allemagne en 1910. À cette époque où deux auteurs, se réclamant du maurrassisme, appelant une « renaissance française »<sup>34</sup>, louangeaient ces « jeunes hommes, exaltés par la foi patriotique et le culte des vertus belliqueuses, [auxquels] il ne faut qu'une occasion pour devenir héroïques »<sup>35</sup>, les voyages de

Pierre Leborgne, en France, lui permirent de mieux connaître sa patrie et l'aimer davantage et, à l'étranger, d'apprécier les différences séparant ces pays du sien.

**14.** Cet amour de son pays le conduisit à exercer le noble métier des armes et devenir « le grand homme, le brave soldat, dont la France attendait encore son salut »<sup>36</sup>. De là, en octobre 1911, il partit au régiment, affecté au 51<sup>e</sup> d'infanterie en garnison à Beauvais, régiment où s'était dessinée la sublime vocation d'Ernest Psichari<sup>37</sup>. Bien avant de revêtir l'uniforme, Pierre Leborgne était épris de la mystique du métier militaire ; il en avait la foi. Il fit, selon ses camarades, « un soldat modèle, s'intéressant aux moindres détails du service, plein d'un bon vouloir que rien n'aurait pu rebuter, se pliant à toutes les exigences, religieux de la consigne, en un mot, fanatique du métier »<sup>38</sup>. Il fut rapidement avancé aux rangs de caporal, de sergent, puis d'élève-officier de réserve.

**15.** En 1913, à Amiens, où les élèves-officiers bénéficièrent d'une période d'instruction, Pierre Leborgne ressentit l'entrain de « l'esprit militaire » si bien décrit par André Maurois<sup>39</sup>, de telle sorte qu'il apporta ses qualités de verve et d'à-propos à une revue qui fut jouée à la clôture du cours d'instruction. Élevé au rang d'officier, il fut affecté au 1<sup>er</sup> régiment de ligne en garnison à Cambrai au sein duquel il commanda la 4<sup>e</sup> section de la 8<sup>e</sup> compagnie. Il chercha à « comprendre l'âme de chacun de ses hommes en particulier »<sup>40</sup> jusqu'au terme de son service en mai 1914.

**16.** « L'étroit formalisme militaire [et] la routine odieuse des casernes »<sup>41</sup> n'altérèrent pas, pour autant, la puissance intellectuelle de l'historien. Pour preuve, à la fin de l'année 1911, fier de sa

29. P. Leborgne, « Un soldat beauvaisien. Le chef de bataillon Antoine Leborgne (1761-1809) », in *Mémoires de la société académique de l'Oise*, t. XXI, vol. 1, Imprimerie départementale de l'Oise, 1910, p. 373-432.

30. R. Largillière, *Pierre Leborgne, mort au champ d'honneur (1890-1915)*, op. cit., p. 24.

31. Lc 10, 25-37.

32. N. Boileau, « Satires », in *Œuvres complètes*, t. I, rééd., Gallimard, coll. « la Pléiade », 1966, VI, p. 7-99, spéc. p. 37.

33. M. de Montaigne, *Les Essais*, rééd., Gallimard, coll. « la Pléiade », 2007, III, 9, p. 1031.

34. H. Massis et A. de Tarde (Agathon), *Les jeunes gens d'aujourd'hui*, 2<sup>e</sup> éd., Plon, 1913, p. 24.

35. *Ibid.*, p. 34.

36. É. Zola, « La Débâcle », in *Les Rougon-Macquart*, t. V, rééd., Gallimard, coll. « la Pléiade », 1967, III, 4, p. 399-912, spéc. p. 799.

37. J. Dietz, « Ernest Psichari tel que nous l'avons connu », *Revue des Deux Mondes* 1933, p. 351-381, spéc. p. 365.

38. R. Largillière, *Pierre Leborgne, mort au champ d'honneur (1890-1915)*, op. cit., p. 28.

39. A. Maurois, *Dialogues sur le commandement*, Grasset, coll. « Les cahiers verts », 1924, p. 148.

40. *Ibid.*, p. 30.

41. R. Vercelet, *Capitaine Conan*, Albin Michel, 1934, p. 91.

tendue et de ses galons de laine, « dans toute la splendeur de ce costume militaire dont l'effet sur l'imagination féminine est avoué même par les plus prudes personnes »<sup>42</sup>, Pierre Leborgne vint soutenir sa thèse de doctorat en histoire du droit<sup>43</sup>. Dans le même sens, à l'issue de son service, en mai 1914, cherchant à renouer avec sa vie d'autrefois, il reprit l'étude de la procédure au cabinet de M<sup>e</sup> Belloin et poursuivit la biographie de Jean-Marie Ricard pour laquelle il amassa un nombre considérable de notes qu'il eût souhaité publier.

**17.** Entre-temps, en juillet 1914, le jeune docteur fut néanmoins rappelé par « le métal des cloches qui sonnent le tocsin de la patrie en danger »<sup>44</sup> et « de la liberté en péril »<sup>45</sup>. Pierre Leborgne, ci-devant déçu de ne pas retrouver la section qu'il avait formée et dans laquelle il avait insufflé toute son âme, le fut davantage quand il apprit son affectation à une section hors-rang, en relation avec l'état-major du régiment, l'empêchant d'être directement engagé. À sa demande, il fut ensuite affecté au commandement d'une section de la 6<sup>e</sup> compagnie lancée en Belgique, le long de la vallée de la Meuse. Dans l'ombre de la bataille de Charleroi, au moment où ses hommes, par « épuisement des esprits »<sup>46</sup>, se ruaient pour piller les vergers, le sous-lieutenant fit rétablir l'ordre et maintenir la discipline.

**18.** Cette morale le guida sans relâche lors de la bataille de la Marne. Après être descendu jusqu'à Montmirail, il remonta à l'est de Reims, bivouaqua près de la Neuville et gravit le massif de Brimont. Tandis que le champ de bataille offrait, aux yeux des soldats, « l'image de la dévastation et de la mort »<sup>47</sup>, la progression se poursuivait

sous la mitraille à travers les champs de luzerne, « seule culture qui annonce que l'on songe encore à ce lieu abandonné »<sup>48</sup>. Néanmoins, quand un nouvel obus éclata et le plomb ennemi se logea dans sa cuisse droite, Pierre Leborgne dut regagner le talus de chemin de fer. Il fut d'abord hospitalisé à Reims puis, le 20 octobre, alors que « les balles des schrapnells cinglaient les ardoises des toits »<sup>49</sup>, évacué à Périgueux. Après une courte convalescence, il rejoignit le dépôt du régiment à Tulle et demanda à être compris dans le premier renfort. Ce fut alors, de novembre 1914 à février 1915, la vie de tranchées.

**19.** Le 1<sup>er</sup> corps d'armée, qu'avait rejoint le sous-lieutenant, prit part à l'offensive de février 1915 contre Beauséjour et Mesnil-les-Hurlus. Le 27 février, il fut demandé à Pierre Leborgne d'aller reconnaître un boyau paraissant tenu par l'ennemi et lui servant de poste d'écoute. Il fit remettre à l'aumônier une lettre à l'adresse de ses parents dans laquelle il exprima l'espérance, en la miséricorde du bon Dieu, « de mourir pour le devoir et pour la France en chrétien »<sup>50</sup>. Parti en tête de sa patrouille, avançant « par l'étroite tranchée qui coupait les tiges sèches, dans un froissement d'osselets qui faisait vivre sinistrement ces solitudes »<sup>51</sup>, il distingua deux Allemands, prit le fusil d'un de ses hommes et, lui-même, fit feu sur l'ennemi<sup>52</sup>. À ce moment, il reçut une bombe qui explosa en pleine poitrine. Par cette « figure de la Passion » qu'est le sacrifice<sup>53</sup>, Pierre Leborgne fit honneur à la mission supérieure dont il fut investi.

**20.** Outre cet acte de bravoure et de dévouement, la postérité de Pierre Leborgne, fait cheva-

42. H. de Balzac, « La Duchesse de Langeais », in *La Comédie humaine*, t. V, rééd., Gallimard, coll. « la Pléiade », 1977, p. 905-1037, spéc. p. 1008.

43. V. *supra*, n° 8.

44. G. Sorel, *Réflexions sur la violence*, M. Rivière, coll. « Études sur le devenir social », 1908, p. 148.

45. J. Jaurès (dir.), *Histoire socialiste (1789-1900)*, t. III, *La Convention*, vol. I, *La République, les idées politiques et sociales de l'Europe et la Révolution (1792)*, par J. Jaurès, J. Rouff, 1901, p. 77.

46. J.-B. Bossuet, *Traité de la connaissance de Dieu et de soi-même*, J. Delalain, 1877, préf. É. Lefranc, III, 12, p. 109.

47. A. Dumas, *Les Trois Mousquetaires. Vingt ans après*, rééd., Gallimard, coll. « la Pléiade », 1962, XVII, p. 321.

48. *Id.*, *Le Comte de Monte-Cristo*, rééd., Gallimard, coll. « la Pléiade », 1981, LI, p. 637.

49. F. Mauriac, « Le Fleuve de feu », in *Œuvres romanesques et théâtrales complètes*, t. I, rééd., Gallimard, coll. « la Pléiade », 1978, III, p. 501-579, spéc. p. 555.

50. P. Leborgne, *Lettre à mon cher papa et ma chère petite maman*, Beauséjour, 20 févr. 1915, p. 1.

51. J. Gracq, « Le Rivage des Syrtes », in *Œuvres complètes*, t. I, rééd., Gallimard, coll. « la Pléiade », 1989, p. 553-839, spéc. p. 611.

52. R. Largillière, *Pierre Leborgne, mort au champ d'honneur (1890-1915)*, *op. cit.*, p. 42.

53. G. Flaubert, « Bouvard et Pécuchet », in *Œuvres complètes*, t. V, 1874-1880, Gallimard, coll. « la Pléiade », 2021, IX, p. 347-1265, spéc. p. 557.

lier de la Légion d'honneur à titre posthume, fut assurée par celui avec lequel il noua, sans nul doute, « une amitié profonde des cœurs et des esprits, une intimité fraternelle, une confiance absolue l'un dans l'autre »<sup>54</sup>. De fait, ayant promis à son ami, lorsque la mobilisation sonna, de mener à bonne fin l'œuvre à laquelle il donna sa jeunesse et qu'il eût souhaité élever à la patrie, René Largillière assura la publication de la thèse de Pierre Leborgne<sup>55</sup> et prolongea, jusqu'en 1920, ses travaux sur l'histoire de Beauvais et les

jurisconsultes du xvii<sup>e</sup> siècle<sup>56</sup>. Or, si « la patrie c'est bien la grande amitié qui contient toutes les autres »<sup>57</sup>, cette belle amitié individuelle n'est guère que le reflet des sentiments partagés par les deux hommes pour la France.

**21.** Il reste ainsi à se réjouir que la Faculté de droit de Paris ait accueilli ceux qui, rappela le doyen Henry Berthélemy devant une auguste et importante assemblée, « se sont fait tuer pour que la France vive »<sup>58</sup>, au premier chef Pierre Leborgne.

---

54. G. de Maupassant, « Un sage », in *Contes et nouvelles*, t. I, rééd., Gallimard, coll. « la Pléiade », 1974, p. 1087-1093, spéc. p. 1087.

55. P. Leborgne, *L'œuvre juridique de J.-M. Ricard*, loc. cit.

56. P. Leborgne et R. Largillière, *La vie d'un avocat jurisconsulte au xvii<sup>e</sup> siècle : J.-M. Ricard, 1622-1678*, H. Champion, coll. « Publications de la Société académique de l'Oise », 1920, p. 6.

57. J. Michelet, *Le peuple*, Hachette, 1846, p. 223.

58. Université de Paris, *Le Livre d'Or de la Faculté de droit de Paris : guerre 1914-1918*, 1925, préf. F. Larnaude, p. 225.



# Dossier

## La transparence et le droit

---

Dans chaque numéro, la *RDA* rassemble les contributions d'universitaires ou praticiens consacrées à une problématique particulière.

---

Transparence et politique : de l'ordre interne aux fractures internationales <i>Jean-Vincent Holeindre</i>	p. 34	La transparence en droit fiscal <i>Édouard Coulon</i>	p. 87
La transparence dans l'élaboration de la norme <i>Nathan Allix</i>	p. 44	La transparence en droit européen du numérique <i>Emmanuel Netter</i>	p. 103
La transparence en droit administratif <i>Maxime Boul</i>	p. 53	La transparence de la motivation des décisions de justice : retour critique sur une présentation antagoniste des cas français et américain <i>Claire Saunier</i>	p. 115
La transparence en droit des contrats : l'exemple du contrat d'assurance <i>Nicolas Bonnardel</i>	p. 62	De quoi la transparence est-elle juridiquement le nom ? Pour une définition d'un concept de norme de transparence en vue de rationaliser le discours juridique <i>Jean-François Kerléo</i>	p. 125
La transparence en droit des affaires : la délicate question du contrôle de l'information sur la durabilité <i>Thibaut Duchesne</i>	p. 75		

# Dossier

## La transparence et le droit

---

### Transparence et politique : de l'ordre interne aux fractures internationales

**Jean-Vincent Holeindre**

Professeur de science politique à l'Université  
Paris-Panthéon-Assas  
Directeur du Centre Thucydide

**D**ans le domaine politique, la transparence désigne en première approche le libre accès, par les citoyens et les usagers, à l'information quant aux différentes formes d'action publique. Ce « droit de savoir »<sup>1</sup> (*right to know*) s'est progressivement imposé comme une garantie démocratique fondamentale. Il s'inscrit dans un mouvement historique de longue durée amorcé au siècle des Lumières, visant à affirmer et à approfondir les droits de l'homme à travers les libertés fondamentales. Ce mouvement s'opère contre les modes de gouvernement traditionnels d'« Ancien Régime », de type aristocratique ou monarchique, où le souverain s'impose face à ses « sujets » (c'est-à-dire ceux qui sont assujettis à lui). En ce sens, la transparence peut être vue comme la concrétisation de l'idéal d'émancipation exposé par Kant dans son texte *Qu'est-ce que les lumières ?*. Elle est un vecteur par lequel le principe de publicité, propre aux républiques, supplante la logique du secret caractérisant l'État monarchique sous couvert de la société de cour.

Au secret des « cabinets » défendu par les *Miroirs des Princes*, ces manuels du bon gouver-

nement du Moyen Âge et de la Renaissance<sup>2</sup>, se substitue au XVIII<sup>e</sup> siècle l'entreprise encyclopédique visant à créer un « espace public » considéré comme produit de la raison, selon les thèses de Jürgen Habermas<sup>3</sup>. Les procédés de communication et d'information qui animent l'espace public révèlent une mutation politique de grande ampleur : la souveraineté royale s'efface au profit de la volonté générale de la nation, comme l'illustre ce moment où, le 3 novembre 1789, le roi Louis XVI approuve la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen par une lettre patente, se concluant par la formule « Car tel est notre bon plaisir ». Le mot « plaisir » renvoie ici au latin *placitum* qui désigne une décision exprimant, en l'espèce, l'expression souveraine du roi. L'assemblée réagit vivement, voyant dans cette formule une façon pour le roi de réaffirmer son autorité monarchique alors que sa souveraineté se fond désormais dans celle de la nation républicaine. La formule est modifiée le lendemain et les droits de l'homme sont promulgués<sup>4</sup>. Les sujets du royaume se muent en peuple national et se libèrent ainsi du joug royal.

---

1. A. Florini, *The Right to now : transparency in an open world*, Columbia University Press, 2007.  
2. M. Senellart, *Les Arts de gouverner. Du "regimen" médiéval au concept de gouvernement*, Seuil, 1995.  
3. J. Habermas, *L'espace public*, 1962, Payot, rééd. 1988.  
4. J.-C. Martin, *Nouvelle histoire de la Révolution française*, Perrin, coll. « Pour l'histoire », 2012, p. 185.

Mais si la transparence accompagne les « trois révolutions de la liberté »<sup>5</sup>, selon l'expression de Philippe Raynaud, puis la modernité républicaine et libérale, le terme s'est répandu plus récemment, depuis une quarantaine d'années, dans les textes juridiques, les chartes déontologiques ou encore à travers la mise en place de « hautes autorités ». En France, on parle ainsi depuis les années 1970 de « transparence administrative », par opposition au secret de l'administration qui prévalait jusque-là<sup>6</sup>. La transparence désigne ici le principe selon lequel les actes et les procédures de l'administration doivent être connus du public. Dans le même ordre d'idée, a émergé le souci de « transparence de la vie publique »<sup>7</sup> : les citoyens doivent pouvoir accéder directement à des informations sur le patrimoine et les activités professionnelles des élus, dans la mesure où ces éléments peuvent interférer dans leur mandat et générer des conflits d'intérêts.

Il n'est sans doute pas fortuit que l'impératif de transparence dans l'action publique se fasse jour durant les années 1970, au moment où la situation économique bascule et où les recettes de la rigueur néolibérale sont mises en avant, par l'École de Chicago notamment, pour répondre au ralentissement de la croissance et au chômage. L'injonction à la transparence, par exemple sur les questions liées à l'argent public, fait écho aux problèmes que rencontrent alors les démocraties dites « avancées » : dans un contexte de crise économique et sociale, les responsables politiques, plus largement les élites, demandent des efforts aux administrés, ce qui augmente en retour la sensibilité de ces derniers à la corruption dans les cercles dirigeants et aux différentes formes de collusion entre intérêt général et intérêts privés qui peuvent exister. La transparence touche ainsi à une dimension symbolique voire affective dans l'opinion, celle-ci exprimant une défiance croissante à l'égard du pouvoir politique et plus largement des élites. La transparence ne renvoie donc pas seulement à un processus d'approfondissement de la démocratie, elle touche aussi à ses « pathologies », en particulier le fossé entre gouvernants et gouvernés et

la crise de confiance qui mine peu à peu le mécanisme représentatif.

Que recouvrent donc les différentes acceptions de la transparence en politique ? Comment interpréter la montée en puissance de cet enjeu dans la conversation civique à l'échelle nationale comme dans la « société civile mondiale » ? La transparence peut-elle constituer un progrès démocratique, qui serait le prélude à une démocratie cosmopolitique au plan mondial, par laquelle les différents États se mettraient d'accord sur des principes et des « valeurs » communes ? Au reste, cet impératif de transparence, dont on voit qu'il s'est surtout imposé dans l'ordre interne, peut-il s'appliquer aux relations internationales, qui apparaissent souvent comme le « domaine réservé » des gouvernants, lesquels seraient tentés de privilégier le secret et la négociation à huis clos au nom de la raison d'État ?

Pour tenter de répondre à ces questions, nous proposerons une réflexion en trois temps, assortie de quelques éléments de conclusion. Tout d'abord, nous interrogerons le lien entre transparence et démocratie, afin de montrer que l'exigence de transparence constitue une réponse, nécessaire mais insuffisante, aux mécanismes et aux difficultés de la représentation (I). Ensuite, nous reviendrons sur la difficile application de la transparence dans les relations internationales : la transparence s'est imposée au plan international dans une logique de démocratisation inspirée du libéralisme (notamment wilsonien) (II). Toutefois, la transparence peut faire l'objet d'un usage stratégique de la part des acteurs, en particulier des États, à plus forte raison dans un contexte de durcissement des relations interétatiques (III). Cela rend nécessaires une adaptation des démocraties et une prise en compte des deux formes de transparence, tantôt comme impératif moral, tantôt comme ressource stratégique (IV).

## I. Transparence et démocratie : une utopie inhérente au mécanisme de la représentation

L'injonction à la transparence est souvent présentée comme un phénomène conjoncturel obser-

5. P. Raynaud, *Trois révolutions de la liberté. Angleterre, Amérique, France*, PUF, 2009.

6. J. Chevallier, « Le mythe de la transparence administrative », in collectif du CURAPP (dir.), *Information et transparence administratives*, PUF, 1988, p. 244.

7. J.-F. Kerléo, « La transparence de la vie publique en droit », *Sens-Dessous* 2017/2, vol. 20, p. 15-27.

vable dans les démocraties libérales, en particulier dans l'aire occidentale. Elle correspondrait à une demande sociale devenue plus forte à mesure que les scandales politiques et les « affaires », du *Watergate* au Parlement européen, en passant par *Clearstream*, sont venus tenir l'image d'une classe politique supposée garantir le bien commun et être au service de la collectivité. La demande de transparence constitue en ce sens une réponse au déficit de confiance voire au discrédit jeté par les citoyens sur le politique, que révèle les enquêtes d'opinion. Elle peut être vue comme un idéal à atteindre et une norme à même de restaurer la confiance, au sein de la société démocratique, entre représentants et représentés.

Dès lors, pour redorer l'image de la politique, les politiques s'approprient cette demande de transparence. Ils en appellent à elle comme à un mot d'ordre destiné à renouer le lien avec les citoyens. Dans ce contexte, il faut souligner le rôle central des médias : la télévision, internet, les réseaux sociaux contribuent à ce souci de transparence, qui peut virer à l'obsession lorsque tout doit être dit, dévoilé, rendu public, au point que la frontière public/privé se brouille. Les responsables politiques, comme tout personnage public, peuvent être tentés de confondre l'action menée dans le cadre de leurs fonctions et leur vie privée dans les médias ou sur les réseaux sociaux, afin de se rapprocher du citoyen et créer chez lui une forme d'identification propice, aidant à gagner sa confiance et à susciter l'adhésion par un sentiment de proximité.

Le cas de Donald Trump est à cet égard frappant : ce dernier ne serait jamais devenu Président des États-Unis sans la renommée médiatique dont il a bénéficié, d'abord à la télévision depuis les années 1980, puis sur les réseaux sociaux, notamment Twitter (devenu récemment X). Une fois élu Président, Trump a érigé la plateforme en véritable instrument de gouvernement, court-circuitant parfois les institutions. Pour autant, de nombreux scandales mettant en cause sa probité ont émaillé la carrière politique de Trump, dont il a su habilement tirer profit jusque-là, selon une logique de dénonciation des élites politiques et médiatiques (dont il fait partie) combinée à un impératif supposé de dévoile-

ment aux accents complotistes. Le cas Trump souligne le paradoxe du personnage public qui pousse le plus loin la logique de la transparence tout en étant lui-même objet de scandales de divers ordres. Il met en évidence le fait que cet idéal de transparence n'est pas réductible à la probité, l'exemplarité ou la confiance perdue qu'il s'agirait de regagner par le recours à la parole et la diffusion de l'information sous toutes ses formes. L'information peut être tout simplement fautive, corrompue ou créée de toutes pièces pour servir un intérêt particulier et non contribuer à l'énonciation du bien commun.

À un niveau plus structurel, l'idéal de transparence questionne donc la nature de la relation entre représentants et représentés dans les sociétés démocratiques. En effet, si la démocratie représentative peut être définie comme un mode de gouvernement dont la légitimité dépend des représentés, c'est-à-dire du peuple qui entend se gouverner lui-même, la transparence doit être considérée, dans ce cadre, comme un outil de contrôle des représentants, élus ou fonctionnaires, chargés par ce même peuple de conduire l'action publique. Comme l'a montré Bernard Manin, suivant la voie tracée par le théoricien des partis politiques Roberto Michels et avant lui par Jean-Jacques Rousseau, la démocratie représentative est une contradiction dans les termes : d'un côté, elle tient sa légitimité du peuple, c'est-à-dire du grand nombre, et de l'autre le pouvoir y est effectivement exercé non par le peuple mais par un petit nombre d'« élus »<sup>8</sup>.

Le terme d'élu prend ici toute sa signification, empreinte d'éléments sacrés qui marquent la distinction entre le statut élitaire des représentants désignés et la condition ordinaire ou profane du citoyen. Dans la démocratie représentative, le peuple se trouve en quelque sorte dépossédé de l'action de gouverner au profit d'une classe dirigeante, ce qui appelle des mécanismes compensatoires afin de maintenir l'adhésion du peuple. L'exigence de transparence en fait partie : elle se veut une forme de contre-pouvoir détenu par le peuple érigé en lanceur d'alerte. Trump a pu ainsi être vu comme le symbole d'un peuple américain qui met à l'amende un pouvoir démocratique jugé défaillant, tout en se substituant subjectivement au juge, en faisant

8. B. Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, Calmann-Levy, 1995.

abstraction des faits observés comme des institutions politiques, sociales, judiciaires mandatées pour les attester.

À cet égard, la transparence peut être décrite comme un horizon chimérique ou, dans un sens plus positif, comme une utopie inhérente au mécanisme de la représentation : elle entend combler le fossé entre représentés et représentants jusqu'à donner le sentiment que la distinction entre les deux devrait s'effacer, que les élus devraient être assimilés au citoyen ordinaire. Or, cela est impossible car la démocratie représentative est précisément fondée sur la distinction entre les gouvernants et les citoyens ordinaires, ce qui implique le principe d'une délégation de pouvoir des seconds au profit des premiers, le temps du mandat.

Il faudrait donc revenir à une interprétation plus « modeste », moins névrotique, de la transparence, dans la lignée de Kant : celle-ci doit d'abord être vue comme la volonté du citoyen d'ouvrir les arcanes du pouvoir, d'être davantage associé à la décision au nom de l'idéal de publicité qui anime tout régime républicain. Suivant cette perspective kantienne, la raison fait l'objet d'un « usage public », où la délibération constitue l'aiguillon de toute décision collective. Cependant, même cette conception ne fait pas consensus et suscite de vifs débats. Certains auteurs ont ainsi pu dénoncer « l'illusion »<sup>9</sup> qu'elle représente dans la sphère politique, au sens où le secret peut être vu comme nécessaire à l'exercice du pouvoir. D'autres voient la transparence comme un « mythe »<sup>10</sup>, c'est-à-dire une croyance et un symbole qui n'empêchent nullement l'État d'agir à sa guise malgré l'existence de dispositifs visant à contrôler son action et à lui faire rendre des comptes. Certains, enfin évoquent même la « tyrannie » de la transparence, comme si l'opacité était nécessairement un signe de népotisme, d'abus, de corruption, bref de refus de la vérité<sup>11</sup>.

Il existe un paradoxe de la transparence, qui accompagne une modernité elle-même paradoxale. D'une part, le mouvement vers une plus grande transparence, initié par la pensée des

Lumières, ne s'est pas interrompu, le droit ayant accompagné ce processus. Nul aujourd'hui dans la classe politique ne défendrait l'idée d'un retour en arrière, par exemple s'agissant du financement des partis politiques en France. D'autre part cependant, l'injonction à la transparence s'accompagne de doutes non seulement sur la pertinence de telles dispositions, mais aussi sur ce qu'elles recouvrent réellement et sur la capacité du politique à les mettre en œuvre. Ainsi, plus les dispositifs en faveur de la transparence sont mis en place, plus le soupçon se renforce quant à la possibilité de contourner ces nouvelles règles, à l'image de ce que l'on observe pour les contrôles antidopage dans le sport (où leur renforcement n'a non seulement pas fait disparaître le dopage mais a augmenté la suspicion au sein du public).

D'un côté donc, il n'est pas douteux que les dispositifs de transparence permettent un renforcement du contrôle de l'action politique : développement de la justice constitutionnelle au plan interne comme de la justice pénale internationale au plan mondial ; mise en place de « hautes autorités » ou d'agences intergouvernementales visant à contrôler les différentes formes d'action publique ; rédaction de chartes et de codes de déontologie... Mais d'un autre côté, est revendiquée la nécessité de préserver une part de secret, jugée nécessaire dans l'action politique. Comment des démocraties libérales, soumises complètement à la transparence et à la reddition de comptes, pourraient-elles se défendre contre des régimes autoritaires qui n'ont pas les mêmes contraintes ? De même, à quoi bon défendre la transparence tandis que la scène médiatique et l'espace public sont peuplés de *fake news* et de *deep fake* ? Que signifie une transparence donnant à voir une réalité virtuelle qui n'a rien de « vrai » ?

Ironie de l'histoire, la « société de transparence »<sup>12</sup> alimente les doutes quant à la possibilité d'établir la vérité. Elle peut même nourrir le complotisme comme on l'a vu avec Donald Trump, qui a énoncé les thèses les plus farfelues et dangereuses sous couvert de transparence. Dans la

9. G. Lewi, « Chapitre 1. L'illusion de la transparence », in G. Lewi (dir.), *Génération Z. Mode d'emploi*, Vuibert, 2018, p. 21-36.

10. S. Dieguez, « Le mythe de la transparence », *Books* sept.-oct. 2021, n° 15.

11. Y. Citton et A. Emmanuel, « Tyrannies de la transparence », *Multitude* 2018, n° 73, <https://www.multitudes.net/tyrannies-de-la-transparence/>

12. B.-C. Han, *La société de transparence*, PUF, 2017.

« démocratie du public », selon l'expression de Bernard Manin, l'injonction à la transparence ne constitue pas seulement un outil de contrôle, elle entretient aussi la défiance qu'elle est supposée combattre.

## II. Transparence et relations internationales : vers la fin du secret ?

Qu'en est-il de la transparence dans la politique internationale ? S'est-elle imposée comme une préoccupation majeure, à l'image de ce qui a été observé par les démocraties en politique intérieure ? À première vue, tel n'est pas le cas.

En effet, depuis Thucydide, l'historien de la guerre du Péloponnèse, jusqu'aux théories contemporaines des relations internationales, marquées notamment par les figures américaines comme Hans Morgenthau et Kenneth Waltz, la pensée internationale a été dominée par le réalisme. Or, les principes clés du réalisme se situent aux antipodes de la notion de transparence telle qu'exposée ci-dessus. Premier principe : les relations « extérieures » entre les différents acteurs qui composent le système international (cités, nations, églises, empires...) sont avant tout des relations de *puissance*, caractérisées par la recherche de l'intérêt et de la sécurité, et régulées par la force ou la menace de son emploi. Pour tout acteur, l'objectif est de maximiser sa puissance au regard de la place qu'il occupe dans le système. En outre, les relations internationales sont fortement imprégnées par les *passions* humaines (gloire, honneur, ressentiment, peur...), celles-ci pouvant l'emporter sur la raison et le calcul rationnel. Troisièmement, les relations internationales sont *politiques* avant d'être militaires, sociales, économiques et culturelles, ces domaines d'action pouvant être rapportés en dernier ressort à l'instance politique. Ainsi, dans un contexte où l'État-nation moderne constitue la forme politique privilégiée, les relations internationales se caractérisent par le stato-centrisme, c'est-à-dire la centralité et la primauté de l'État par rapport aux autres acteurs internationaux (individus, firmes, ONG, institutions internationales...), ce qui implique une mise à l'écart des sociétés. Enfin, les relations internationales sont déterminées par la conflictualité et non par la concorde : le risque de guerre doit être pris au sérieux au premier chef afin de construire une paix qui équivaut à la stabilité, non à une

concorde durable voire perpétuelle. Comme l'indique Raymond Aron, les États vivent « à l'ombre de la guerre ». Le principe d'anarchie, c'est-à-dire l'absence d'ordre international, d'État mondial et de justice globale, s'applique entre les États, ce qui suppose de leur part une stratégie destinée à se protéger d'éventuelles menaces voire agressions – donc à éviter autant que possible toute forme de transparence.

Dans cette perspective réaliste, la variable du régime joue un rôle secondaire dans l'interprétation des faits internationaux (sauf chez Raymond Aron), ce qui limite la prise en compte de l'impératif de transparence et plus généralement des libertés fondamentales. De même, l'État exerçant une forme de monopole sur l'action internationale, les sociétés et les individus n'ont pas ou peu voix au chapitre, ce qui tue dans l'œuf la création d'un espace public mondial. Quant aux États entre eux, ils entretiennent une méfiance structurelle, qui tient à la possibilité de la guerre. L'équilibre des puissances, architecture de sécurité qui a prévalu en Europe jusqu'en 1914, est d'abord un équilibre de la défiance.

À l'époque moderne, cette conception de la politique et du pouvoir plonge ses racines dans l'œuvre de Machiavel. Le Florentin, tout en adhérant aux convictions républicaines de son temps, rompt avec l'idée communément admise dans la tradition selon laquelle l'ordre interne prévaut sur les relations extérieures. À ses yeux, la recherche du bien commun et du meilleur régime, chère aux philosophies antiques et chrétienne, est factice : elle doit céder la place à l'art de (bien) gouverner. Pour Machiavel, qui bellicise la politique et politise la guerre, le gouvernant s'apparente à un stratège et la politique est vue comme un champ de bataille. Dans ce contexte, il n'y a pas de place pour la transparence, le Prince devant rester sur ses gardes. En temps de guerre en effet, la transparence n'est pas de mise ; on se camoufle, on joue sur les apparences pour tromper la vigilance de l'ennemi. La scène politique reflète celle de la guerre où la menace d'une attaque est permanente et où tout peut basculer en peu de temps. Pour se protéger, le Prince doit être « lion pour effrayer les loups et renard pour éviter les pièges », pour reprendre les termes du chapitre XVIII du *Prince* : force et ruse constituent les deux qualités politiques par excellence. La ruse est la plus importante des deux, car elle permet au Prince de « colorer sa

nature », c'est-à-dire de se montrer sous un jour favorable et d'adapter son action aux situations. Le Prince joue sur les apparences, dissimulant sa vraie nature pour simuler une nature factice, montrant ce qui peut lui être favorable pour « maintenir son état » et en « acquérir » de nouveaux.

Ainsi, dans la pensée de l'État moderne, la dissimulation et la simulation deviennent une manifestation de la puissance politique<sup>13</sup>. Richelieu est sans doute le meilleur symbole de cet art de la ruse, inspiré de la stratégie militaire, qui s'est imposé en politique. Il excelle par exemple dans l'art de la physiognomonie, qui « consiste à rendre son visage impénétrable tout en étant capable de lire dans le visage et les comportements »<sup>14</sup>. De même, Baltasar Gracián, dans le contexte espagnol, expose les qualités nécessaires à la cour. Il est toujours question de se protéger : « Le savoir le plus utile est l'art de dissimuler. Qui montre son jeu risque de perdre. Que l'attention du masque rivalise avec l'intention que l'on a de le démasquer : à œil de lynx, sépia et demie. Cachez vos goûts, de crainte qu'on ne les prévienne, soit en les contrariant, soit en les flattant »<sup>15</sup>. Les voies du politique demeurent impénétrables.

Comme nous l'avons vu, la pensée des Lumières tend à identifier la politique monarchique à la ruse et à la tromperie, et lui oppose une politique de la raison fondée sur le principe de publicité. Comme le note Michel Senellart : « Le grand rêve des Lumières [est] de mettre fin au règne du secret et de l'arbitraire. L'avènement de la société libérale marquerait ainsi le passage de l'âge des mystères ou secrets d'État à celui de la transparence de l'action publique »<sup>16</sup>. L'avènement de la démocratie a permis la réalisation de ce programme dans l'ordre interne dès la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, mais il a fallu attendre plus longtemps dans la politique internationale, où les leçons de Machiavel, Richelieu et Gracián ont perduré. Cela tient aux spécificités de l'action internationale fondée sur la diplomatie et la guerre : dans

ces domaines, non seulement l'État n'a jusqu'à récemment rendu de comptes qu'à lui-même, mettant de côté la société civile, mais en plus la nature des pratiques diplomatiques et guerrières supposait de maintenir le secret et la discrétion pour être efficaces.

Le moment de rupture se situe lors de la Première guerre mondiale dont la déflagration sur le système international est telle que cela remet en cause plusieurs principes. Tout d'abord, la vision classique de l'ordre international, fondée sur l'équilibre des puissances et les alliances, est décrite comme néfaste et belligène au lendemain de la guerre, notamment par les juristes libéraux qui défendent une autre conception de la paix et de la sécurité internationales. Ils défendent la notion de sécurité collective, c'est-à-dire l'idée selon laquelle les États formant la communauté internationale sont responsables de la sécurité de chacun des membres d'une telle communauté. La création de la Société des nations (SDN) en 1919 porte ainsi un idéal de solidarité internationale qui introduit un impératif de transparence entre les États, non plus seulement à l'intérieur de l'État. Les acteurs étatiques doivent se faire confiance et se mettre d'accord sur des règles et des institutions communes, ce qui suppose d'agir de façon transparente.

L'efficacité du multilatéralisme est à ce prix : au sein d'organisations internationales, si les États fonctionnent suivant une logique du secret, la coopération au sein d'institutions communes ne peut fonctionner et la société internationale est vouée à l'échec. C'est ainsi que le Président Wilson, dans ses 14 points, défend la fin de la diplomatie secrète, ce qu'il n'a pas véritablement obtenu puisque la conférence de la paix de Paris en 1919 se déroule à huis clos tandis que les accords Sykes Picot de 1916, prévoyant le découpage du Moyen-Orient en zones d'influence pour la France et le Royaume-Uni, relèvent de la diplomatie secrète et restent secrets sur la durée. Mais en retour, une organisation qui ne dispose

13. J. P. Cavallé, *Dis/simulations. Jules-César Vanini, François La Mothe Le Vayer, Gabriel Naudé, Louis Machon et Torquato Accetto. Religion, Morale et politique au XVI<sup>e</sup> siècle*, Honoré Champion, 2002.

14. R. Bodei, *Géométrie des passions. Peur, espoir, bonheur : de la philosophie à l'usage politique*, trad. M. Raiola, PUF, 1997, p. 97. Sur la physiognomonie, voir C. Haroche et J.-J. Courtine, *Histoire du visage. Exprimer et taire ses émotions du XVI<sup>e</sup> siècle au début du XIX<sup>e</sup> siècle*, Petite Bibliothèque Payot, 2007.

15. B. Gracian, *Oraculo Manual y arte de prudencia*, in B. Gracian, *Traité politiques, esthétiques, éthiques*, trad. B. Pelegrin, Seuil, 2005, n° 98, p. 313-314.

16. M. Senellart, « Secret et publicité dans l'art gouvernemental des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles », *Quaderni* automne 2003, n° 52, p. 43.

pas de moyens de coercition, comme ce fut le cas de la SDN, n'est pas davantage armée pour garantir la paix et la sécurité internationale. Tel est au fond le dilemme de la SDN qui, malgré quelques promesses, n'est pas parvenue à pacifier durablement la société des États : elle n'a pas su trouver le bon équilibre entre l'impératif politique et moral de pacification de la scène internationale, qui suppose une forme de transparence entre les États, et la prise en compte des logiques de puissance, impliquant de sanctionner les États qui ne jouent pas le jeu de la coopération (comme ce fut le cas du Japon et de l'Allemagne).

Il reste qu'à partir de 1919, l'idée selon laquelle les États n'ont à rendre de comptes à personne, sinon à eux-mêmes, dans le domaine international, a fait long feu. Les désastres de la guerre ont mis en évidence un principe de responsabilité politique face aux sociétés, qui ont été les tributaires funestes des choix étatiques. C'est le deuxième point de rupture provoqué par la Première guerre mondiale : pour les libéraux de l'entre-deux-guerres, qui s'inspirent de Kant, les relations internationales ne peuvent s'en tenir aux seuls États, bien que ceux-ci restent la pierre angulaire du système. L'idéal d'émancipation des individus ne doit pas s'arrêter aux frontières nationales, il constitue une norme universelle, ce qui suppose d'étendre l'impératif de transparence à l'échelle mondiale. La politique internationale doit prendre en compte les individus à travers les droits qui leur sont alloués. Il faudra attendre la Seconde guerre mondiale et la Déclaration universelle des droits de l'homme pour voir consacré, dans l'article 19, le droit de tout individu « à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit. » Dans ce texte, le libre accès à l'information, tout comme la liberté d'expression, sont consacrés au plan international, ce qui fait de l'impératif de transparence une norme internationale, bien qu'inégalement répartie dans sa mise en œuvre.

Pour autant, la Guerre froide entre les États-Unis et l'URSS semble stopper l'espoir d'une ouverture et couper court aux idéaux de transparence développés dans le sillage des Nations Unies. Tel n'est pas le cas car, si la transparence

ne constitue pas une fin en soi dans ce conflit caractérisé par la méfiance et l'opposition idéologique radicale, elle représente aussi une garantie de sécurité dans le contexte de la menace nucléaire. Si, en matière nucléaire, c'est le secret qui prévaut, la crise des missiles de Cuba en 1962 a mis en évidence la dangerosité d'une absence de communication entre les deux parties. La Détente va ainsi être permise par la mise en place de procédures de vérification et de contrôle entre les deux superpuissances de la Guerre froide. De même le Président Eisenhower propose en 1955 un dispositif d'observation aérienne mutuelle lors du Sommet de Genève. Cela sera refusé à l'époque par l'URSS, mais l'idée sera reprise par le Président Bush père à la faveur de la fin de la Guerre froide entre la fin des années 1980 et le début des années 1990. Cela donnera lieu à la signature du *Traité Ciel Ouvert* en 1992, dont les États-Unis et la Russie sont aujourd'hui retirés, ce qui est un signe parmi d'autres de la dégradation de la relation entre ces deux puissances.

Cependant, au sortir de la Guerre froide, l'appel d'air pour une plus grande transparence est très fort. La fin de l'URSS a d'ailleurs été précédée d'une période de « *glasnost* » initiée par le premier personnage de l'État, Michael Gorbatchev, le terme signifiant littéralement en langue russe « transparence ». Gorbatchev, dans le contexte de la *perestroïka*, entendait alors sauver le régime socialiste par une politique d'ouverture, en donnant le droit aux citoyens soviétiques de critiquer l'État et les organisations du Parti communiste. Cette politique a pris ensuite une plus grande ampleur puisqu'elle a été associée à la fin de la censure officielle avec notamment l'autorisation des radios étrangères et de la littérature jugée dissidente.

### III. La transparence comme ressource stratégique ?

De fait, la fin de la Guerre froide correspond à un moment d'optimisme libéral qui a gagné les relations internationales, tant dans la pratique que la théorie. La société civile s'est imposée comme un acteur essentiel, ainsi qu'en témoignent les tentatives de réduire au minimum le secret diplomatique et militaire à travers l'organisation WikiLeaks, fondée en 2006 par Julian Assange et qui a publié des milliers de documents diplomatiques



des États, notamment des câbles diplomatiques américains relatifs aux guerres d'Irak et d'Afghanistan, ce qui a conduit Assange à être poursuivi par la justice américaine (il est aujourd'hui en attente d'extradition). L'objectif de Wikileaks est de montrer que les États doivent rendre des comptes quant à leur diplomatie afin d'aboutir à terme à une transparence à l'échelle planétaire. L'organisation se réclame à cet égard de l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme cité plus haut. Le second objectif de l'ONG est de lutter contre la corruption, ce qui recoupe le projet d'une autre ONG qui a fait de la transparence le cœur de son action : « *Transparency International* ». Ce qui est commun à l'ensemble de ces ONG est qu'elles se constituent en lanceurs d'alerte, ce faisant contre-pouvoir, pour faire évoluer les normes internationales vers une plus grande ouverture et transparence.

De fait, les organisations internationales, qui défendent le même idéal, sont aussi tenues de faire évoluer leurs pratiques, au point que certains observateurs évoquent un « tournant de la transparence »<sup>17</sup> dans les relations internationales (*transparency turn*) : transparence dans la gouvernance, par la mise en place de textes visant à changer les pratiques (Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information environnemental, Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics), mais aussi transparence des organisations elles-mêmes, en charge de conduire cette gouvernance mondiale. L'Union européenne, l'OMC, la Banque mondiale, l'Assemblée générale des Nations unies ont exprimé cet impératif depuis une vingtaine d'années.

Certains analystes notent également que les progrès technologiques (en matière de satellites, drones, smartphones) vont dans le sens d'une transparence accrue voire totale, la révolution des « *data* » permettant à terme une surveillance absolue du territoire<sup>18</sup>. La Silicon Valley serait-elle en mesure de réussir là où l'ONU a jusqu'à présent échoué, grâce à l'intelligence artificielle ? En

réalité, la fin du secret ne signifie pas mécaniquement l'avènement de la transparence, car il est en effet toujours possible d'en faire un usage stratégique destiné à tromper les récepteurs. L'information n'est pas une donnée pure qu'on pourrait échanger à loisir, elle est aussi un espace et un objet de conflictualité, qui élargit et augmente la part de la tromperie et de la ruse, car en matière d'information (comme de ruse), tout est question de récit, d'apparence et de perception.

On en revient à Machiavel : dans la politique contemporaine, qui substitue progressivement la publicité au secret, la mystification prend le pas sur la dissimulation. Ce que l'État perd en mystère, il le gagne en savoir-faire<sup>19</sup>. Quand les circonstances font que le secret ne peut être gardé, il reste alors la tromperie et le jeu sur les apparences. Lorsqu'il est impossible de cacher la vérité à l'ennemi ou au rival, il est toujours envisageable de la protéger en édifiant autour d'elle un rempart de mensonges. Et lorsqu'il s'agit de repasser à l'offensive, il est toujours possible d'induire l'ennemi en erreur en diffusant de fausses nouvelles.

La politique et l'histoire ont ainsi résisté à cette ambition prométhéenne de transparence : le secret, la ruse, la tromperie sont restés des ressources politiques, y compris dans un contexte démocratique. On peut même se demander si, à l'âge de la « démocratie du public »<sup>20</sup>, l'art de la simulation et de la dissimulation prôné par Machiavel et ses héritiers n'est pas encore plus nécessaire au gouvernant que dans les monarchies absolues. Le général de Gaulle fait à ce sujet une observation intéressante : « En notre siècle, où mille trublions se mêlent aux affaires, où l'honneur persuade moins que ne le fait l'argent, où la presse est tendue vers l'information, où nulle entreprise ne se passe de fils, d'ondes, de machines à écrire, où le décryptement vient à bout de tous les chiffres, il est presque illusoire d'empêcher des indications de parvenir à l'adversaire. Mais justement, on peut l'embrouiller. Pour peu qu'on consente à donner

17. A. Peters, « La transparence comme principe du droit international public », in O. de Frouville (dir.), *Le cosmopolitisme juridique*, Pédone, 2013, p. 171-185.

18. S.P. Larkin, « The Age of transparency : international Relations without secrets », *Foreign Affairs* mai/juin 2016, vol. 95, p. 136-146.

19. Voir C. Schmitt qui interprète la littérature sur les secrets d'État et sur les *arcana* comme des révélateurs du processus de technicisation du politique, qui a accompagné la naissance de l'État moderne. C. Schmitt, *Parlementarisme et démocratie*, 1923, trad. J.-L. Schlegel, Seuil, 1988, p. 46.

20. B. Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, op. cit.

sur ses intentions le change à son propre camp, que l'on égare à dessein ceux-là mêmes qu'on médite d'employer et que, pas astuce calculée, on utilise pour répandre de trompeuses hypothèses tant de moyens qui, de nos jours, permettent à chaque parti de discerner ce qui se passe chez l'autre, on pourra derrière le mensonge cacher la réalité »<sup>21</sup>.

Ce que de Gaulle décrit à propos de la guerre moderne vaut également pour la politique, dans l'ordre interne comme dans l'ordre international. La condition de la vie moderne rendant le secret aussi difficile à garder dans les affaires militaires que dans l'exercice du pouvoir. L'histoire de la politique à l'époque moderne et contemporaine ne peut donc être réduite à un passage continu de la dissimulation à la transparence, non seulement car il ne s'agit pas d'une progression linéaire, mais également parce que la mise en scène du pouvoir reste un élément essentiel de la politique en contexte monarchique comme démocratique.

De Gaulle avait bien compris l'évolution des régimes politiques d'une logique de la dissimulation à une pratique de la mystification. En monarchie, le pouvoir s'appuie sur le ressort du secret et du mystère. Dans les régimes démocratiques actuels, il n'y a plus guère de place pour ces ressources. Le politique compense par la mise en scène de son action, par le biais de différents médias. La mystification passe par le brouillage des messages, qui déroutent les adversaires. Sur ce point, les médias jouent un rôle fondamental. Car s'ils empêchent le maintien du secret, dans la politique comme sur le champ de bataille, ils incitent sans nul doute le politique ou le militaire à réinvestir la mystification. De ce point de vue, les nouvelles techniques d'information et de communication jouent un grand rôle et servent de vecteur à de nouvelles formes de ruse, comme l'indique Georges Balandier : « La ruse chemine plus difficilement dans des espaces politiques bouleversés et où les acteurs sont livrés à l'incertitude. Elle trouve cependant dans la modernité des moyens efficaces par lesquels la technique supplée à l'effacement des anciens procédés : la

technicisation du discours, l'argument statistique, les jeux d'opinion produits par le recours aux sondages répétés, la mise en œuvre d'un véritable techno-imaginaire dont témoigne le messianisme informatique, et surtout la médiatisation de ce qui contribue à façonner l'information et à effectuer la présentation spectaculaire du politique »<sup>22</sup>. L'avènement d'une société de l'information s'accompagne de tentatives connexes d'intoxication, où la transparence est une arme, non un impératif démocratique.

#### IV. Conclusion : deux formes de la transparence

À l'époque contemporaine, la politique est donc plus que jamais travaillée par cette tension entre la ruse machiavélienne et la publicité kantienne. Comme le note Marcel Gauchet, c'est « toujours en réalité autour de cette tension nourricière entre l'opacité de la conduite de l'État et le déchiffrement de son mystère que continue de se modeler, pour une part non négligeable même si c'est sous une forme apprivoisée, la politique démocratique »<sup>23</sup>. La pensée politique est partagée en deux tendances principales. D'un côté, dans le sillage de Machiavel, certains soulignent la part nécessaire de la ruse en politique, l'idée étant qu'on ne peut évacuer complètement la dynamique conflictuelle du politique et la nécessaire opacité dans la conduite des affaires publiques qui constitue une forme de protection face aux intentions hostiles. De l'autre côté, il existe une tradition issue des Lumières, inspirée par Kant et Rousseau, qui dénonce le caractère corrupteur du secret, du mensonge, de la ruse, soulignant à l'inverse les bienfaits de la publicité. « Comme je hais souverainement les ruseurs » dit Rousseau<sup>24</sup>. De même, Kant, dans son opuscule sur un « prétendu droit de mentir par humanité », se prononce résolument contre l'usage de la tromperie entre les hommes (y compris en politique) et pour l'usage public de la raison<sup>25</sup>. Ils ont inspiré les théories normatives d'Habermas ou de Rawls, qui conçoivent la modernité politique comme un long, difficile mais nécessaire

21. C. de Gaulle, *Vers l'armée de métier*, Berger Levrault, 1944, p. 170-171.

22. G. Balandier, *Le détour*, PUF, 1985, p. 125.

23. Voir M. Gauchet, « L'État au miroir de la raison d'État » in *La condition politique*, Gallimard, coll. « Tel », 1995, p. 260.

24. J.-J. Rousseau, *Rousseau juge de Jean-Jacques*, Armand Colin, 1962, p. 331-333.

25. E. Kant, *D'un prétendu droit de mentir par humanité*, GF, 1995, p. 97-106.

passage non seulement du secret à la publicité, mais aussi de la raison d'État à l'éthique de la discussion (ou de la délibération dans le cas de Rawls) ou encore de la ruse à la raison.

Dans la politique inspirée de Rousseau et de Kant, il n'y a pas de place pour la ruse car elle constitue l'antithèse de la transparence, cette dernière étant de mise. Dans la politique de Machiavel, la ruse représente un jeu nécessaire sur les apparences, une manière de paraître ce qu'on n'est pas pour se protéger, car le conflit et la guerre sont toujours possibles. La transpa-

rence, même lorsqu'elle est revendiquée, est un masque que le gouvernant endosse pour conduire l'action et parvenir à ses fins. La vérité de la politique se situe probablement entre ces deux tendances : l'une qui plaide pour une plus grande transparence, celle-ci étant considérée comme un impératif démocratique et un progrès de la raison ; l'autre qui considère la transparence comme une ressource stratégique, au cœur d'un champ de bataille qui n'a pas vocation à disparaître, mais à muter.

# Dossier

## La transparence et le droit

### La transparence dans l'élaboration de la norme

**Nathan Allix**

Maître de conférences à l'Université Paris-Est Créteil

« *L'œil a-t-il disparu ?* » dit en tremblant Tsilla.  
Et Caïn répondit : « Non, il est toujours là. »  
Alors il dit : « je veux habiter sous la terre  
Comme dans son sépulcre un homme solitaire ;  
Rien ne me verra plus, je ne verrai plus rien. »  
On fit donc une fosse, et Caïn dit « C'est bien ! »  
Puis il descendit seul sous cette voûte sombre.  
Quand il se fut assis sur sa chaise dans l'ombre  
Et qu'on eut sur son front fermé le souterrain,  
L'œil était dans la tombe et regardait Caïn.  
V. Hugo, « La conscience », Extrait

Être vu partout et toujours a certainement quelque chose du châtement divin. Au-delà de sa seule conscience, tout un chacun espère légitimement conserver des espaces et des moments dans lesquels il peut échapper au regard, et au jugement, des autres. On ne saurait alors être surpris par le fait que la surveillance absolue et perpétuelle ait pu être analysée comme le marqueur d'une société autoritaire voire dystopique<sup>1</sup>. Le regard porté sur la vie privée est aujourd'hui suspect, dénoncé voire combattu<sup>2</sup>, sans doute

souvent à raison, parfois peut-être à tort, et c'est essentiellement dans les relations économiques que les obligations de transparence se rencontrent aujourd'hui en droit privé<sup>3</sup>.

La tendance est toutefois résolument inverse en ce qui concerne les affaires publiques. La tradition était ici au culte du secret, l'État ayant, dit-on, « Le secret maladif »<sup>4</sup> : ne parle-t-on d'ailleurs pas encore des « arcanes du pouvoir », renvoyant à l'idée que la compréhension de l'exercice du pouvoir appartient à un cercle d'initiés ? La digue a toutefois cédé : au moment même où le droit français se dotait d'une législation plus favorable au citoyen désireux de connaître les dessous de l'action administrative<sup>5</sup>, les mentalités évoluèrent pour réclamer de plus en plus de transparence dans la conduite de l'action publique.

La transparence n'est pas une notion juridique, du moins traditionnellement, et, ainsi que le soulignait le doyen Carbonnier, jusqu'au milieu du xx<sup>e</sup> siècle « même la notion sous-jacente n'entraînait guère dans les préoccupations des juristes »<sup>6</sup>.

1. La manifestation la plus évidente de cette idée est sans doute à chercher dans l'œuvre de Georges Orwell. En philosophie également, cette idée se retrouve pleinement à travers la critique adressée par Michel Foucault au panoptique de Bentham.
2. Du moins lorsque ce n'est pas l'individu lui-même qui choisit de révéler sa vie privée, certains auteurs estimant que la tendance est plutôt à la révélation par tout un chacun de ce qui était autrefois caché. V. déjà : G. Carcassonne, « Le trouble de la transparence », *Pouvoirs* 2001/2, vol. 97, p. 17.
3. V., par exemple : J. Carbonnier, « Transparence », in *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, p. 320.
4. G. Carcassonne, « Le trouble de la transparence », préc., spéc. p. 18.
5. Les premières grandes évolutions peuvent être rattachées à la loi n° 78-753 du 17 juill. 1978, portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.
6. J. Carbonnier, « Transparence », préc., spéc. p. 316.

Par contraste, elle apparaît d'une actualité certaine. À ne considérer que l'actualité de l'année écoulée, les exemples ne manquent pas pour illustrer les dérives liées à un fonctionnement opaque : accusations de corruption d'une vice-présidente du parlement européen, interrogation quant à un recours excessif, par l'État ou les collectivités publiques, aux cabinets de conseil, mise en demeure récente par la Présidente de l'Assemblée nationale d'un « représentant d'intérêts » de l'industrie des pesticides jusqu'aux critiques les plus récentes à l'encontre de la nomination, un temps envisagée, d'une ancienne lobbyiste au poste de cheffe du service économique à la direction générale de la concurrence auprès de la Commission européenne.

Les évolutions ne se sont toutefois pas réalisées d'une façon uniforme à l'égard des différentes formes de l'intervention étatique. L'attention qui s'était, dans un premier temps, surtout concentrée sur l'action administrative elle-même a progressivement pris des formes diverses. On songe notamment aux différentes déclarations, de patrimoine ou d'intérêts, des responsables politiques, auprès de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique<sup>7</sup>. Cette tendance ne pouvait être sans influence sur le processus d'élaboration des normes. Mais quelle norme ? Le terme, pour être indubitablement juridique, désigne des réalités diverses. La norme peut être individuelle et la question, sans nécessairement s'y restreindre, se rapproche largement de celle, classique, de la transparence dans l'action de l'administration<sup>8</sup>. Elle peut aussi être générale. Là encore la transparence peut concerner l'élaboration d'actes administratifs, cette fois de nature réglementaire. Elle s'étend en réalité à l'élaboration de l'ensemble des règles de droit : Constitution, droit communautaire, traités, lois, ...

Ce second aspect, la transparence dans l'élaboration de la règle de droit, mérite désormais davantage d'attention : il semble, en effet, avoir jusqu'ici moins retenu l'attention des auteurs, ce dont on ne saurait totalement s'étonner. En ce qui concerne l'élaboration de la Constitution de la V<sup>e</sup> République, on évoque tout au plus la façon, particulièrement peu transparente, dont

Michel Debré entouré de quelques collaborateurs aurait rédigé le document suprême de notre ordre juridique interne. De même on comprend que les coulisses des négociations inter-étatiques précédant la signature d'un traité ne puissent être toujours révélées. Inversement, le processus d'élaboration législatif semble, au moins à première vue, être un modèle de publicité de sorte qu'il pourrait sembler qu'une fois décrites les différentes étapes du processus législatif, il ne reste rien à dire. La question ne saurait toutefois être si aisément évacuée, la transparence supposant de s'intéresser à la frontière entre ce qui doit être dans la lumière et ce qui doit rester dans l'ombre. Tout un chacun peut savoir ce qu'un député ou un sénateur a dit en séance ou encore ce qu'il a voté.

Est-ce pour autant suffisant ? Si l'on veut dépasser la simple façade et s'intéresser à ce qui a motivé telle ou telle prise de position, le champ de ce qui doit faire l'objet de transparence se complexifie. On peut bien sûr s'intéresser aux personnes étant entrées en contact avec celles et ceux en charge de l'élaboration de la norme, que ce soit de façon spontanée (représentants d'intérêts) ou à leur demande (cabinets de conseil). Faut-il encore scruter plus profondément, s'intéresser au contenu des échanges, dans ce cadre, ou même plus largement ? Il faut pourtant bien que la transparence ait des limites. On ne saurait imposer, raisonnablement du moins, la communication, au nom de la transparence, de l'ensemble des échanges professionnels, voire personnels, des députés, sénateurs, ministres, collaborateurs, etc.

Ces interrogations soulignent, s'il en était besoin, que la transparence et le secret constituent les deux faces d'un même « dilemme éthique fondamental »<sup>9</sup>. Si l'idée n'est pas nouvelle, elle se vérifie plus que jamais et suppose d'envisager, tour à tour, les vertus (I) et les vices (II) de la transparence.

## I. Les vertus de la transparence

La transparence paraît aujourd'hui être de ces notions qui font, au moins en partie, consen-

7. Loi n° 2013-907 du 11 oct. 2013 relative à la transparence de la vie publique, art. 4 et s.

8. Elle concerne également la transparence dans l'élaboration des jugements. Cette question, abordée au sein d'une autre contribution à ce dossier, ne sera pas envisagée ici.

9. Conseil d'État, *Études et documents du Conseil d'État. Rapport public 1995*, La Documentation française, n° 47, p. 18.

sus<sup>10</sup> : qui oserait nier qu'elle présente des vertus ? Rapportée aux affaires publiques, ainsi que le souligne Monsieur Jean-Marc Sauvé, « la transparence est la matrice de plusieurs constructions inhérentes à la démocratie : la délibération et le débat publics, la responsabilité des gouvernants, la formation de l'opinion et l'expression de la citoyenneté : rien de tout cela n'est simplement concevable sans transparence »<sup>11</sup>.

Il ne s'agit pas simplement de souligner les mérites de la transparence et, en creux, les dangers du secret. La transparence n'est en effet pas une fin en soi, ou plutôt elle ne doit pas l'être, sauf à devenir un simple étendard vide de sens, voire un danger : « À ne pas la ramener à ce qu'elle doit être – un moyen, dont l'utilité comme la légitimité se mesurent à l'aune des objectifs qu'elle sert –, la transparence est une menace. Devenue une fin en soi, elle s'imposera d'elle-même, n'aura nul motif à s'arrêter ici ou là, s'insinuera partout, irrésistiblement, sous le masque fallacieux d'une exigence démocratique. Au terme de l'évolution se révélera son paradoxe : la démocratie aura réalisé le rêve du totalitarisme » écrivait ainsi Guy Carcassonne<sup>12</sup>.

S'intéresser aux vertus de la transparence dans l'élaboration de la norme, ce n'est ainsi pas seulement la légitimer, c'est surtout rappeler les objectifs poursuivis et commencer à circonscrire les limites dans lesquelles imposer la transparence est légitime en ce domaine. Ce n'est en effet qu'à l'aune de ces objectifs (A) que peuvent être appréciés les mécanismes de droit positif au service de la transparence dans l'élaboration de la norme (B).

### **A. Les objectifs multiples de la transparence**

La multiplicité des objectifs poursuivis par la recherche de transparence dans l'élaboration des règles de droit est un phénomène intéressant en soi en ce qu'il témoigne de la complexité à penser le cadre de cette transparence : la boussole que constituent ces objectifs oscille assurément entre plusieurs points nord.

Il ne saurait être question de se livrer à une énumération, fastidieuse, sans doute impossible et en tous cas inutile, de l'ensemble des fonctions qu'est susceptible de présenter, dans le cadre particulier de cette étude, la transparence. On peut en revanche s'intéresser particulièrement aux spécificités et aux tendances.

Les raisons de souhaiter la transparence ne sont pas uniformes en fonction du domaine considéré. L'élaboration de la norme ne fait pas exception. La publicité particulière entourant l'élaboration de la loi en fournit un exemple intéressant. Il n'est qu'à remarquer que, plus de deux cents ans après l'adoption du Code civil, on se réfère encore aux travaux et débats ayant précédé cette adoption, qu'il s'agisse des séances devant le Conseil d'État, des discussions devant le Tribunal, et bien sûr des écrits des rédacteurs. Toute bibliothèque universitaire conserve une édition du Loqué ou du Fenet, si ce n'est les deux. Au-delà d'un attachement à l'un des moments fondateurs du droit privé contemporain, cette pérennité s'explique sans difficulté : la publicité, qui est l'une des formes de la transparence, des discussions et travaux précédant l'adoption de la loi favorise sa compréhension. La règle de droit n'est pas adoptée pour elle-même : elle a vocation à être appliquée et, pour cela, comprise<sup>13</sup>. Bien sûr, les travaux préparatoires ne lieront pas l'interprète, qui souvent ne les lira pas, à commencer par le juge. Il n'en reste pas moins que parmi les différentes méthodes d'interprétation proposées pour éclairer un texte qui se révélerait obscur, l'une de celles qui s'imposent est l'interprétation téléologique, en fonction du but poursuivi par le texte. Or, comment mieux déterminer ce but qu'en se référant aux discussions et travaux de celles et ceux qui ont adopté le texte ? Il s'agit assurément d'une fonction de la transparence dont la légitimité est unanimement reconnue parmi les juristes. En témoignent les nombreuses critiques, ou du moins interrogations, soulevées par le choix de réformer le droit des contrats par voie d'ordonnance. Bien sûr, les critiques tenaient pour une part importante à la

10. J. Carbonnier, « Transparence », préc., spéc. p. 316, *in fine*.

11. J.-M. Sauvé, « Transparence, valeurs de l'action publique et intérêt général », *in Culture du secret contre transparence sans limite : quel équilibre pour garantir l'intérêt général ?*, colloque organisé par Transparence International France, 5 juill. 2011.

12. G. Carcassonne, « Le trouble de la transparence », préc., spéc. p. 22.

13. Sur le lien entre transparence et applicabilité, v. par exemple : J.-M. Sauvé, « Transparence et efficacité de l'action publique », intervention lors de l'Assemblée générale de l'Inspection générale de l'administration, 3 juill. 2017.

légitimité technique et politique, de réformer un aspect aussi central du droit civil sur simple « délégation » du pouvoir législatif<sup>14</sup>, il n'a pas manqué de plumes pour souligner que ce mode particulier d'adoption ne serait pas neutre sur l'interprétation à venir des nouvelles règles de la théorie générale des contrats<sup>15</sup>.

Au titre des spécificités des fonctions de la transparence dans le cadre de l'élaboration de la règle de droit, spécialement de la loi, on pourrait encore s'intéresser à son rôle dans la responsabilité politique des élus et responsables. Savoir ce que le député de sa circonscription a voté pour telle ou telle loi permet, ou devrait permettre, à chaque électeur de voter, lors des élections suivantes, d'une façon plus éclairée ce qui participe de l'idée même de démocratie indirecte. D'une façon moins classique, on peut se demander si certaines nouvelles fonctions spécifiques ne sont pas en train d'émerger. En témoigne un arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme en date du 9 mars 2023<sup>16</sup>. Pour parvenir à la conclusion que l'État hongrois avait violé l'article 8 de la Convention en adoptant une loi permettant la publication d'informations relatives aux contribuables défaillants dans le paiement de leurs impôts, la Grande Chambre, après avoir souligné le caractère automatique de la publication contestée, affirme qu'il convient, en l'absence d'appréciation judiciaire ou administrative, de rechercher si le législateur hongrois a procédé à une mise en balance satisfaisante entre les objectifs légitimes poursuivis et le droit au respect de la vie privée<sup>17</sup>. Or, pour mener cette appréciation, les juges de Strasbourg soulignent qu'il ne ressort pas des travaux préparatoires de la loi concernée que le législateur hongrois se serait

interrogé sur le caractère suffisant ou non, pour parvenir aux objectifs poursuivis, des dispositions existantes précédemment, et que « le Parlement ne paraît pas avoir examiné dans quelle mesure la publication de toutes les données en question, en particulier de l'adresse du domicile du contribuable débiteur, était nécessaire à la réalisation de l'objectif initialement poursuivi par la collecte des données à caractère personnel pertinentes, à savoir l'intérêt du bien-être économique du pays »<sup>18</sup>, de sorte qu'il n'est pas démontré « que le législateur a cherché à ménager un juste équilibre entre les intérêts individuels et publics concurrents afin de garantir la proportionnalité de l'ingérence »<sup>19</sup>. La démarche est originale, ce que soulignait d'ailleurs une opinion dissidente : à la supposer généralisée, il en résulterait que la transparence dans le processus d'élaboration de la règle de droit pourrait influencer sur sa conformité aux normes supérieures, en particulier à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme.

Si cette possible évolution doit être considérée avec prudence, il est en revanche certain que les objectifs attribués à la transparence dans l'élaboration de la norme connaissent des évolutions. La modification la plus profonde concerne sans doute la recherche d'une transparence « personnelle » des acteurs participant à l'élaboration de la norme. La modification est d'importance<sup>20</sup> dès lors que la transparence n'est plus « déclarative », se limitant à ce qui est affirmé dans des sphères de publicité, mais se fait plus inquisitoire, afin de cerner les données relatives à ces acteurs susceptibles de révéler leurs intérêts personnels ou de mieux identifier les personnes susceptibles d'entrer en contact avec eux afin de les influen-

14. V. par exemple : J.-L. Harouel, G. Teboul et O. Tournafond, « Le droit des contrats réformé par ordonnance ? », *D.* 2014, p. 1099 ; P. Deumier, « Le Code civil, la loi et l'ordonnance », *RTD civ.* 2014, p. 597.

15. V. ainsi : P. Puig, « L'autorité des rapports relatifs aux ordonnances, à propos du Rapport au président de la République relatif à l'ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *RTD civ.* 2017, p. 84 ; T. Girard Gaymard, « L'incidence du renouvellement des sources du droit des obligations sur son interprétation », *RTD civ.* 2020, p. 779.

16. CEDH, 9 mars 2023, n° 36345/16, *LB c/ Hongrie*.

17. CEDH, *LB c/ Hongrie*, préc., § 125 et s.

18. CEDH, *LB c/ Hongrie*, préc., § 136.

19. CEDH, *LB c/ Hongrie*, préc., § 138.

20. L'idée selon laquelle ceux qui exercent des fonctions de gouvernance ou législative doivent être exemplaires dans leur conduite n'est certes pas nouvelle. Plutarque professait à l'égard des hommes d'États « Vous devez vous-même, comme si vous étiez destiné désormais à vivre sur une scène théâtrale, exposé à tous les yeux, exercer et régler vos propres mœurs » (v. Bétolaud, *Œuvres complètes de Plutarque – Œuvres morales*, t. 1, Hachette, 1870, cité notamment par B. Nabli, « Droit et "exemplarité" des membres des institutions de l'Union », *RTD eur.* 2021, p. 33, note n° 18). Il s'agissait toutefois alors d'une injonction morale et non juridique.

cer. La transparence prend alors une coloration particulière pour se rapprocher d'une surveillance : elle n'est plus la traduction d'une simple volonté de comprendre, mais aussi l'expression d'une certaine méfiance. L'exemplarité, nécessaire à la confiance en ceux qui participent à l'élaboration de la règle de droit, et dans une certaine mesure à la confiance dans les règles de droit elles-mêmes, n'est ainsi plus seulement suggérée, mais devient imposée, afin de tenter de répondre, par contraste, à une défiance semble-t-il toujours croissante dans l'action politique.

### **B. La mise en œuvre inégale de la transparence**

La pluralité des sources de droit, et la diversité des acteurs susceptibles d'intervenir dans l'élaboration des différentes règles de droit expliquent aisément que la transparence ne soit pas uniforme, même si l'on peut remarquer une certaine convergence dans les mécanismes développés pour assurer la transparence dans l'élaboration de la règle de droit.

Il semblerait en revanche vain de chercher une cohérence dans ces disparités, qui semblent davantage tenir à un enchaînement de circonstances qu'à une pensée d'ensemble. Pour le dire autrement, il ne paraît pas exister un plus ou moins grand degré de transparence à mesure que l'on monte, ou que l'on descend, la pyramide des normes. On l'évoquait, la Constitution de la V<sup>e</sup> République ne brille pas par une particulière transparence dans son élaboration<sup>21</sup>. S'il paraît de façon plus générale difficile d'encadrer le processus conduisant à la rédaction d'une nouvelle constitution, on peut en tout cas remarquer qu'aucune disposition n'assure une particulière transparence au processus conduisant à une réforme constitutionnelle : l'article 89 de la Constitution est muet sur ce point et le règle-

ment du Congrès du Parlement ne fait qu'organiser une publicité similaire à celle existant en matière législative. Et lorsque le vote a lieu par référendum, il n'est pas encore exigé que chaque citoyen révèle son patrimoine ou les représentants d'intérêts avec lesquels il est entré en contact : le nombre et la participation directe au processus démocratique chassent ici les exigences de transparence.

La situation des traités n'est pas fondamentalement différente. Alors que les négociations entre États ne font généralement pas l'objet d'une publicité particulière, la ratification suit les étapes habituelles du vote législatif. Le processus normatif européen retient en revanche l'attention. Sans revenir sur la publicité entourant une part de l'élaboration des normes européennes, notamment lorsqu'elles sont discutées au Parlement, les années 1990 ont vu se développer un ensemble de dispositions destinées à permettre la transparence, ou plutôt la surveillance, des membres des institutions des communautés puis de l'Union européenne<sup>22</sup>. Si les traités primaires de l'Union européenne se concentrent sur des obligations « substantielles », notamment « les devoirs d'honnêteté et de délicatesse » ainsi que l'indépendance des membres de la Commission<sup>23</sup> ou de renvoyer à des règlements adoptés par le Parlement européen « de sa propre initiative conformément à une procédure législative spéciale », afin de fixer « le statut et les conditions générales d'exercice des fonctions de ses membres »<sup>24</sup>, tant les membres de la Commission que les députés européens sont désormais soumis à des obligations de déclaration visant à prévenir les conflits d'intérêts<sup>25</sup>. À ces déclarations s'ajoute la création progressive d'un « registre de transparence » permettant d'identifier les activités de lobbying qui pourraient concerner les membres du Parlement ou de la Commission<sup>26</sup>. En dépit de ces mécanismes, bienvenus, il paraît

21. En revanche, on peut trouver dans le bloc de constitutionnalité une source de protection de la transparence, notamment dans l'action administrative : E. Aubin, « La protection constitutionnelle de la transparence administrative », *Nouv. Cah. C. Constit.* 2018/559, p. 35.

22. B. Nabli, « Droit et "exemplarité" des membres des institutions de l'Union », préc.

23. TFUE, art. 245.

24. TFUE, art. 223.

25. V. respectivement l'article 3 du Code de conduite des membres de la Commission européenne, initialement adopté en 1999, dans sa version issue de la décision de la Commission du 31 janv. 2018, et l'article 4 du Code de conduite des députés au Parlement européen en matière d'intérêts financiers et de conflits d'intérêts adopté le 1<sup>er</sup> janv. 2012.

26. B. Nabli, « Droit et "exemplarité" des membres des institutions de l'Union », préc.



difficilement contestable que les mesures mises en place présentent certaines faiblesses<sup>27</sup>, particulièrement soulignées en fin d'année dernière par des révélations de corruption d'une vice-présidente du Parlement européen, d'un ex-eurodéputé et d'un assistant parlementaire.

Ce constat pourrait conduire à s'interroger sur l'efficacité des mécanismes prévus en droit interne français. Il existe en effet certaines similitudes entre le droit européen et le droit interne, que ce soit par le jeu d'influences réciproques<sup>28</sup> ou simplement parce que des enjeux identiques peuvent conduire à des approches semblables. La quasi-totalité des détenteurs du pouvoir législatif<sup>29</sup> et réglementaire<sup>30</sup> sont ainsi soumis à des déclarations d'intérêts auprès de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique. Surtout, ces dix dernières années ont vu se développer un ensemble de règles destinées à limiter mais aussi rendre plus visible les rapports entre lobbyistes, sobrement qualifiés de représentants d'intérêts<sup>31</sup>, et les décideurs publics, particulièrement ceux qui participent à l'élaboration des règles de droit : on peut ainsi remarquer que parmi les différentes personnes avec lesquelles un représentant d'intérêts est susceptible d'entrer en contact, et qui participe de la définition de ces représentants, se trouvent des acteurs de la création des règles législatives et réglementaires<sup>32</sup>. Le non-respect des obligations déclaratives imposées aux représentants d'intérêts par

l'article 18-3 de la loi du 11 octobre 2013<sup>33</sup> peut être puni d'une peine allant jusqu'à un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende, ce qui assure sans doute une certaine effectivité de la règle<sup>34</sup>. Le mécanisme, pour être, semble-t-il, plus systématique que celui existant au niveau européen n'en présente pas moins des failles, ce que révèlent deux éléments d'actualité. Le premier concerne le champ des personnes couvertes par la transparence : à se concentrer sur ceux qui cherchent, de façon proactive, à influencer l'élaboration de la règle de droit, ne manque-t-on pas certains acteurs susceptibles d'exercer une influence considérable sans pour autant être mus par la poursuite de l'intérêt général ? C'est en tout cas ce que souligne, à l'égard des cabinets de conseil, un récent rapport du Sénat<sup>35</sup>, insistant notamment sur l'absence de transparence existant quant aux autres clients dont ces cabinets assurent les intérêts, au risque que des intérêts privés ne président, dans l'ombre, aux choix publics et notamment à l'élaboration des règles de droit<sup>36</sup>. Le second concerne l'effectivité des mécanismes mis en place. C'est à la fin du mois de juin que, pour la première fois depuis l'entrée en vigueur du dispositif en 2016, un représentant d'intérêts a été mis en demeure de respecter ses obligations<sup>37</sup>. Une vision optimiste pourrait conduire à se réjouir qu'un seul manquement ait eu lieu en sept ans. On peut toutefois douter d'une telle lecture.

27. En particulier une absence de réel contrôle ou d'obligatorité, ainsi que des disparités difficilement explicables entre les institutions : B. Nabli, « Droit et "exemplarité" des membres des institutions de l'Union », préc.

28. V. par exemple : R. Letteron, « Le modèle français de la transparence administrative à l'épreuve du droit communautaire », *RFDA* 1995, p. 183.

29. Code électoral, art. LO135-1 et loi n° 2013-907 du 11 oct. 2013 relative à la transparence de la vie publique, art. 4 et 11. On peut d'ailleurs remarquer que les députés européens sont tenus à une déclaration en vertu de l'article 11 de la loi, de sorte qu'ils sont tenus à une double déclaration, la première en vertu du droit de l'Union, la seconde en application du seul droit français.

30. Loi n° 2013-907 du 11 oct. 2013 relative à la transparence de la vie publique, art. 4 et 11.

31. V. les articles 18-1 et s. de la loi n° 2013-907 du 11 oct. 2013 relative à la transparence de la vie publique dans leur version issue de la loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

32. V. en particulier l'article 18-2 de la loi n° 2013-907 du 11 oct. 2013.

33. Qui comprennent notamment l'identité du représentant, le champ des activités de représentant d'intérêts, les actions menées dans ce cadre, en précisant notamment le montant des dépenses impliquées.

34. Encore qu'on pourrait se demander, à l'égard de comportements potentiellement aussi lucratifs, s'il ne conviendrait pas de renforcer la partie pécuniaire de la sanction.

35. A. Bazin et E. Assassi, « Un phénomène tentaculaire : l'influence croissante des cabinets de conseil sur les politiques publiques », rapport n° 578 (2021-2022).

36. V. notamment la proposition 12 du rapport, proposant d'« imposer une déclaration d'intérêts aux cabinets de conseil, à leurs sous-traitants et aux consultants, afin que l'administration puisse identifier et prévenir les risques de conflit d'intérêts. En cas de doute, permettre à la HATVP de contrôler ces déclarations d'intérêts et de sanctionner les déclarations mensongères ou incomplètes ».

37. La question concerne certes les obligations déontologiques et non de transparence. La remarque illustre toutefois plus largement l'effectivité des mécanismes mis en place.

## II. Les vices de la transparence

De tels constats pourraient aisément conduire à conclure que si les mécanismes tendant à assurer une certaine transparence dans l'élaboration de la norme ont conduit à des améliorations au cours des dernières décennies, il conviendrait désormais d'améliorer, de systématiser et d'étendre les dispositions visant à assurer une telle transparence.

La simple consultation des articles consacrés au thème de la transparence, dans les affaires publiques ou plus largement, fait pourtant apparaître une méfiance certaine à l'égard d'une expansion incontrôlée des dispositions visant à réduire les espaces d'ombre. De Guy Carcassonne qui évoquait le « trouble de la transparence »<sup>38</sup> au doyen Carbonnier qui incitait, à l'égard notamment des consommateurs, à « abandonner la transparence [et] d'entreprendre l'éloge de la perspicacité »<sup>39</sup>, le moins que l'on puisse dire est que la doctrine ne perçoit pas l'exigence de transparence avec une approbation unanime. Même les auteurs plus nuancés ne manquent pas de souligner que le secret aussi peut avoir sa légitimité, non seulement dans la sphère privée où elle participe du vivre ensemble et de la protection des libertés individuelles, mais aussi dans la conduite de l'action publique<sup>40</sup>.

Au fond, les critiques pouvant être adressées à la poursuite de la transparence dans l'élaboration de la règle de droit peuvent s'articuler en deux temps. On peut déjà remarquer que la transparence se heurte à certaines limites difficilement dépassables (A) et, surtout, qu'elle n'est pas, en certaines hypothèses, sans danger (B).

### A. Les limites de la transparence

À l'égard de certains des objectifs poursuivis, il semble relativement évident que l'édiction d'obligations de transparence ne saurait constituer, seule, un moyen suffisant. L'affirmation se vérifie particulièrement à l'égard des objectifs actuels de prévention des conflits d'intérêts et d'exemplarité de celles et ceux qui participent à

l'élaboration des règles de droit, mais aussi de l'encadrement des activités des groupes d'influence et lobbys. En ce qui concerne ces objectifs, les obligations de transparence ont besoin, presque de façon mécanique, du support d'autres mesures.

Ces dernières peuvent intervenir pour répondre au non-respect des obligations de transparence. Il peut bien sûr simplement s'agir de procédures destinées à imposer à celle ou celui qui tente de se soustraire à son obligation de la respecter (administration refusant de communiquer une information devant l'être, mise en demeure de compléter une déclaration, etc.). Il peut surtout s'agir de mesures répressives venant sanctionner, juridiquement, les débiteurs d'une obligation de transparence qui auraient cherché à s'y soustraire. S'ils ne sont pas prévus systématiquement, de tels mécanismes ne sont pas non plus anecdotiques : outre les peines encourues par les représentants d'intérêts déjà évoquées, on peut ainsi remarquer que les personnes tenues de produire une déclaration d'intérêts auprès de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique encourent, en cas de refus de procéder à la déclaration ou d'omission substantielle dans cette déclaration, une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende<sup>41</sup>. S'il ne suffit pas toujours de prévoir un mécanisme destiné à assurer la transparence pour que celui-ci soit respecté, on peut toutefois douter qu'il s'agisse d'une véritable limite, au contraire : la sanction est une norme secondaire, dans la dépendance d'une norme primaire<sup>42</sup> dont elle vise à assurer le respect. Constaté que les dispositions destinées à assurer la transparence sont parfois accompagnées de sanctions peut alors être perçu comme le signe de l'importance qui y est attachée.

Les limites sont en revanche plus évidentes lorsque la transparence paraît devoir se doubler de mesures « substantielles », d'autres obligations. La transparence n'est alors plus le moyen unique de parvenir à l'objectif poursuivi, mais un simple rouage d'un système plus vaste, sauf à

38. G. Carcassonne, « Le trouble de la transparence », *préc.*, *passim*.

39. J. Carbonnier, « Transparence », *préc.*, spéc. p. 321.

40. V. par exemple : J.-M. Sauvé, « Transparence et efficacité de l'action publique », *préc.*

41. Loi n° 2013-907 du 11 oct. 2013, art. 26, I.

42. V. par exemple : G. Ruffieux, *Les sanctions des obligations familiales*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2014, n°s 2 et s.

succomber à « l'espoir naïf »<sup>43</sup> que la transparence résolve tous les problèmes. Le cas des représentants d'intérêts est symptomatique. Si l'on admet que le principal objectif qui est, finalement, poursuivi par l'ensemble des dispositions relatives aux représentants d'intérêts est d'assurer que les décideurs publics, membres du Gouvernement, députés, sénateurs, etc., agissent en recherchant des solutions conformes à l'intérêt général et non en étant mus par des intérêts purement privés, à commencer par les leurs, l'édiction d'obligations de transparence ne saurait suffire. Bien sûr, un député ou un ministre sera moins enclin à accepter les cadeaux venant d'un groupe d'influence s'il sait que tout un chacun sera au courant, au risque de perdre toute crédibilité et d'être sanctionné politiquement. Mais après tout, pour certains, qu'importe, si le prix est assez élevé. La transparence n'est efficace que si elle est accompagnée d'autres obligations ou interdictions : interdiction pour les représentants d'intérêt de « proposer ou de remettre [aux décideurs publics] des présents, dons ou avantages quelconques d'une valeur significative »<sup>44</sup>, de leur communiquer des informations volontairement erronées<sup>45</sup>, etc. Bien souvent, la transparence a une valeur préventive, ce qui suppose de prévoir, en aval, d'autres mécanismes pour l'hypothèse où l'incitation à se comporter d'une façon exemplaire qu'elle est censée véhiculer n'a pas porté ses fruits.

Même à l'égard des objectifs pour lesquels la transparence paraît se suffire à elle-même, la question des limites ne saurait être totalement ignorée. Pour le dire autrement, il ne suffit pas d'être transparent sur certains aspects de l'élaboration de la règle de droit, il faut être également transparent « au carré », être transparent sur l'existence de zones ou de moments de secrets et sur les raisons d'être de ce secret, ce qui a pu être désigné comme « la transparence du secret »<sup>46</sup>. Pour reprendre cet exemple, les prises de paroles

et les votes lors de l'adoption d'une loi sont connus. Mais ce qui précède ? Faut-il exiger de connaître les échanges ayant permis, au sein d'un ministère, d'aboutir au projet de loi tel qu'il a été finalement proposé ? L'exposé des motifs peut en partie répondre à cet objectif, mais il est largement déclaratif. De même, pourrait-on envisager d'exiger les échanges entre un parlementaire dépositaire d'une proposition de loi et ses assistants ? On pressent que la mesure, si elle n'est pas totalement inconcevable, risque, au moins envisagée d'une façon générale, d'être plus nocive que bénéfique. La transparence, aussi louables que soient les buts qu'elle poursuit, doit être délimitée. C'est toutefois déjà envisager les dangers de la transparence.

### **B. Les dangers de la transparence**

Il ne manque pas de littérature pour souligner les dangers de la transparence, ce dont on ne saurait totalement s'étonner : autant les mérites de la transparence peuvent varier selon les domaines considérés<sup>47</sup>, autant les dangers qu'elle présente peuvent sembler relativement transversaux, même s'ils peuvent être pris en compte dans des mesures variables. Ils sont en tout cas trop importants pour pouvoir être passés sous silence.

À s'en tenir aux dangers propres à la recherche systématique de transparence dans la conduite des politiques publiques, il est certain que la transparence doit composer avec la recherche d'autres intérêts légitimes. Si la recherche d'efficacité et de fluidité qui peut conduire à limiter la transparence à l'égard de l'action administrative<sup>48</sup> est sans doute un élément moins central dans l'élaboration de la règle de droit, dès lors que cette dernière doit en général pouvoir s'étaler sur un temps relativement long, d'autres considérations paraissent en revanche légitimes.

Sans revenir sur les difficultés pratiques que supposerait l'instauration d'une transparence totale et sur l'alourdissement considérable des

43. G. Carcassonne, « Le trouble de la transparence », préc.

44. Loi n° 2013-907 du 11 oct. 2013, art. 18-5, 2°.

45. Loi n° 2013-907 du 11 oct. 2013, art. 18-5, 5° : c'est d'ailleurs cette interdiction qui a récemment donné lieu à une mise en demeure de la part de l'Assemblée nationale et du Sénat.

46. J.-M. Sauvé, « Transparence et efficacité de l'action publique », préc.

47. Cf. *supra*, I-A.

48. J.-M. Sauvé, « Transparence et efficacité de l'action publique », préc. De même, pour reprendre un motif développé par l'auteur pour justifier une limitation de la transparence, la protection des intérêts de la nation, de la défense, de la sécurité, de l'économie, si elle n'est pas étrangère au processus d'élaboration de la norme, est peut-être davantage attachée à d'autres modes de l'action publique en général et administrative en particulier.

procédures à laquelle elle conduirait inéluctablement, il est certain qu'une telle transparence influencerait sur les pratiques. De façon parfois positive, évidemment, et c'est même son objet. Elle risquerait toutefois également de conduire à une aseptisation excessive de l'ensemble du processus de production de la règle de droit. La crainte de savoir que tout échange pourra être consulté, diffusé, parfois d'une façon partielle ou en tout cas sans l'ensemble de ce qui précède risque de conduire à ce que, à certains stades de la procédure normative, plus personne n'ose dire ou écrire quoi que ce soit qui ne soit pas une pure donnée technique<sup>49</sup>. À une époque où l'on s'inquiète d'une gouvernance par les chiffres et où il peut sembler à certains que l'action publique devient une « machine à gérer » au détriment d'une vision politique, il n'est pas certain qu'une telle évolution soit heureuse.

D'une façon encore plus inquiétante, une absence totale de secret risquerait d'interdire à ceux qui prennent part au processus d'élaboration de la règle de formuler de façon trop claire une quelconque réserve. Ainsi que l'écrit un auteur « En donnant à voir les esquisses, les "avant-avant projets", les hésitations, les itéra-

tions ou les revirements ayant conduit à une décision, la transparence peut aussi nuire à la crédibilité ou la légitimité de cette décision et susciter une forme de défiance ou de réticence à l'appliquer »<sup>50</sup>. Ceux qui revendiquent la transparence ne sont pas eux-mêmes toujours animés par les intentions les plus louables et préserver des zones d'ombre peut au contraire servir l'intérêt de la société.

Pour n'envisager qu'un dernier aspect de ces différents dangers, on peut, en miroir, mentionner le risque de saturation et celui d'insincérité car ils ramènent à ce constat évident et pourtant essentiel que la transparence est une affaire d'équilibre. À trop multiplier les informations, on finit nécessairement par perdre ceux qui en sont destinataires<sup>51</sup>. Les spécialistes de droit de la consommation le savent bien<sup>52</sup>. À l'inverse, une transparence trop limitée peut être pire qu'une absence de transparence, livrant de la réalité une vision tronquée ou déformée. Elle ne doit en tout cas pas devenir une réponse à toutes les inquiétudes, un terrain d'accord commun faute de mieux, au risque de devenir à la fois inutile et nuisible.

---

49. G. Carcassonne, « Le trouble de la transparence », préc.

50. J.-M. Sauvé, « Transparence et efficacité de l'action publique », préc.

51. On peut à cet égard souligner qu'il existe d'une certaine façon des degrés dans la transparence, certaines informations devant être communiquées à des autorités qualifiées mais non rendues publiques (c'est notamment le cas pour certaines informations communiquées dans le cadre des déclarations d'intérêts ou dans les déclarations des représentants d'intérêts), d'autres être accessibles par tous.

52. On pourrait également mentionner la procédure de *discovery* aux États-Unis, procédure contraignant les parties à révéler les éléments pertinents et dans laquelle certains cabinets se sont fait une spécialité de transmettre, afin de noyer les informations réellement pertinentes, des conteneurs de documents.

# Dossier

## La transparence et le droit

### La transparence en droit administratif

**Maxime Boul**

Maître de conférences en droit public,  
Université Toulouse Capitole, IEJUC

« La conscience moderne exige que l'Administration agisse au grand jour. On lui a, pendant très longtemps, toléré des décisions secrètes. Maintenant on veut que toutes ses décisions et toutes ses actions soient publiques, et l'on a le sentiment que ce qui n'a pas été fait publiquement n'est pas régulier »<sup>1</sup>. Ces mots du doyen Hauriou auraient pu être écrits ces dernières années tant ils font écho à l'actualité et aux questions qui persistent encore sur la transparence en droit administratif. N'écrivait-il pas d'ailleurs que le droit administratif lui-même avait fait l'objet d'une période d'élaboration qu'il a pu qualifier de « secrète » entre 1800 et 1818<sup>2</sup>, la jurisprudence administrative étant « ignorée du grand public », elle « inspirait quelques suspicions et l'on pouvait se demander si elle fondait un droit bien sérieux »<sup>3</sup>. Le droit administratif serait alors dès les « origines » pris entre des forces contraires : le secret et la transparence. Le premier est lié à la suspicion, alors que la seconde renvoie à un objet vertueux voire une « une exi-

gence universelle »<sup>4</sup>. Il n'est pas anodin que la question de la transparence en droit administratif apparaisse dès cette période, tant elle est associée à la démocratie depuis la Révolution de 1789 alors que Robespierre estimait que « les tyrans conspirent toujours dans les ténèbres, et le peuple délibère tout haut et au grand jour sur les moyens de réclamer contre leur tyrannie »<sup>5</sup>. Une des retranscriptions de ses velléités de transparence se trouve à l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui dispose que « la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ». C'est d'ailleurs sur ce fondement que le Conseil constitutionnel a accordé en 2020 une valeur constitutionnelle au droit – plus contemporain – d'accès aux documents administratifs<sup>6</sup>.

Le droit administratif, droit commun de l'action administrative, de la puissance publique, des prérogatives et des sujétions exorbitantes<sup>7</sup>, apparaît donc comme un bloc opaque mettant en place un rapport *a fortiori* déséquilibré entre les

1. M. Hauriou, note sur CE, 27 mars 1914, *Laroche*, S. 1914, III, p. 97, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Sirey, 1929, t. 2, p. 74.

2. M. Hauriou, *De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII*, Berger-Levrault, 1893, p. 8-10.

3. *Ibid.*, p. 8.

4. A. Roux, « Transparence et démocratie », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Dalloz, 2014, p. 551.

5. M. de Robespierre, « Sur la fédération de 1792 », *Défenseur de la Constitution*, 1792, n° 10, p. 488.

6. Cons. const., 3 avr. 2020, n° 2020-834 QPC, *UNEF*, DA 2020, comm. 31, note G. Eveillard – Cf. M.-G. Ahlidja, « L'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans la jurisprudence constitutionnelle : enfin de l'ombre à la lumière ? », *RDJ* 2022, p. 507. Pour le droit d'accès aux documents d'archives publiques : Cons. const., 15 sept. 2017, n° 2017-655 QPC, *M. François G.*, *AJDA* 2017, p. 2310, note B. Quiriny ; *JCP A* 2017, comm. 2265, M. Verpeaux.

7. J. Rivero, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RDJ* 1953, p. 279.

administrés et l'Administration qui poursuit la satisfaction de missions d'intérêt général. Ce bloc est percé de toute part par l'exigence, le principe<sup>8</sup>, voire le « mythe »<sup>9</sup> de la transparence qui est la qualité d'un « corps transmettant la lumière par réfraction et au travers duquel les objets sont visibles avec netteté »<sup>10</sup>. Si ses effets s'accroissent, elle reste difficile à saisir d'abord parce qu'il ne s'agit pas d'un terme juridique. Ensuite, parce que les discours juridiques lui ont préféré la notion de publicité<sup>11</sup> pourtant plus exigeante<sup>12</sup>. Ses difficultés résultent également du fait que la transparence « renvoie soit aux effets provoqués par une norme juridique (un fait), soit à la norme elle-même »<sup>13</sup>. Il est d'autant plus difficile d'en saisir les contours que la transparence est plurielle et son intensité peut varier en fonction des situations et de l'opacité de l'obstacle à traverser. Jean-François Kerléo en propose une définition selon laquelle elle consisterait en « un ensemble de techniques juridiques contenant aussi bien des normes juridiques que des représentations idéales fondées sur une réévaluation du savoir/pouvoir en renvoyant le processus unilatéral ou multilatéral de communication d'informations dans un but d'efficacité ou de légitimation »<sup>14</sup>. Les potentialités offertes par cette définition en droit administratif sont larges et peuvent s'appliquer à plusieurs éléments sans réduire le « corps » transparent au fonctionnement du seul « corps administratif ». Dans cette acception restrictive, une corrélation serait faite entre la transparence en droit administratif, qu'il est convenu de traiter, à la seule transparence administrative qui n'en est qu'une partie. La

notion est employée par le discours du droit et le discours sur le droit pour qualifier plusieurs objets qu'il s'agisse des organes administratifs<sup>15</sup>, du fonctionnement de l'activité administrative, ou des normes intégrées dans le bloc de légalité administrative.

Si « le droit administratif est l'ombre de l'État éclairé par la lumière du siècle »<sup>16</sup>, cette ombre se réduit tant la lumière du XXI<sup>e</sup> siècle transperce l'Administration. La loi pour une République numérique du 7 octobre 2016<sup>17</sup>, *res publica* 2.0 plus transparente grâce à l'ouverture des données publiques, fait que désormais tout le monde doit pouvoir lire dans l'administration comme dans un livre – ou une base – ouverte dans une forme d'inversion du *panopticon* benthamien et du *Big brother* orwellien. Cette loi, à l'intitulé particulièrement évocateur, suivie de celle du 9 décembre relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique<sup>18</sup> marque le point d'orgue de quatre décades de construction de ce que certains nomment le « modèle français de la transparence »<sup>19</sup>. Elle transparait également dans plusieurs corpus du droit administratif et notamment sous une acception concurrentielle dans le droit des contrats publics au sein du Code de la commande publique<sup>20</sup> ou plus récemment dans le Code général de la propriété des personnes publiques<sup>21</sup>. L'image de la transparence est aussi utilisée pour évoquer les exceptions à la théorie de la loi-écran<sup>22</sup> afin de permettre l'applicabilité – et donc l'effectivité – des normes de rang constitutionnel ou conventionnel aux actes administratifs en traversant le bloc législatif. La

8. J. Marchand, « Réflexions sur le principe de transparence », *RDJ* 2014, p. 677 ; F. Grabias, « La transparence administrative : un nouveau principe ? », *JCP A* 17 déc. 2018, ét. 2340.

9. J. Chevallier, « Le mythe de la transparence administrative », in collectif du CURAPP (dir.), *Information et transparence administratives*, PUF, 1988, p. 239.

10. *Dictionnaire*, Larousse, v<sup>o</sup> « Transparent ».

11. F. Foucaud, *Publicité et vie privée. Contribution à l'étude de la connaissance légitime sur les personnes*, th. dactyl. Toulouse 1, 2021, X. Bioy (dir.).

12. J. Marchand, « Réflexions sur le principe de transparence », préc.

13. J.-F. Kerléo, *La transparence en droit. Recherche sur la formation d'une culture juridique*, Mare & Martin, 2016, préf. G. Tusseau, n<sup>o</sup> 20, p. 34.

14. *Ibid.*, n<sup>o</sup> 1141, p. 895.

15. P.-M. Murgue-Varoquier, *Le critère organique en droit administratif français*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. public », 2018.

16. J. Boulouis, « Supprimer le droit administratif ? », *Pouvoirs* 1988, n<sup>o</sup> 46, p. 12.

17. Loi n<sup>o</sup> 2016-1321, *JORF* du 8 oct. 2016.

18. Loi n<sup>o</sup> 2016-1691, *JORF* du 10 déc. 2016.

19. R. Letteron, « Le modèle français de transparence administrative à l'épreuve du droit communautaire », *RFDA* 1995, p. 183 et s.

20. CCP, art. L. 3.

21. CGPPP, art. L. 2122-1-1.

22. Concl. B. Agid sur CE, 10 nov. 1950, *Féd. nationale de l'éclairage et des forces motrices*, *JCP* 1951, II, 6075.

transparence en droit administratif est donc protéiforme.

L'hétérogénéité des objets mobilisant la transparence ne permet pas d'en établir une unité conceptuelle<sup>23</sup>. Pour autant, ce mouvement d'extension de la transparence à ces différents objets est un des symptômes des évolutions plus profondes du droit administratif en ce qu'elle contribue à l'atténuation de ce qui apparaît comme l'excès d'un droit déséquilibré dans lequel l'Administration manifeste sa volonté dans des décisions imposées aux administrés sans que ceux-là accèdent aux informations ou que leurs droits et libertés soient garantis. Ne s'agit-il pas de relégitimer le monopole de la violence légitime en recréant une relation de confiance<sup>24</sup> entre les citoyens et l'Administration ? Plus le secret administratif se réduit<sup>25</sup>, plus le rapport du public à l'Administration séduit. Des variations de transparence apparaissent en droit administratif à l'égard d'objets divers (I), tout en poursuivant des fonctions nuancées (II).

## I. La transparence en nuances

La transparence ne se mesure que par l'intensité de la lumière projetée sur l'objet faisant obstacle. En droit administratif, elle apparaît dans différents champs et sous différentes formes. Son intensité varie. La transparence peut être érigée au rang d'exigence (A), alors que son existence est parfois reconnue (B).

### A. L'exigence de transparence

En 1965, Jean Rivero dressait un panorama des métamorphoses de l'Administration en notant

déjà que la place de l'individu « qui a prévalu traditionnellement, fait, de l'administré, un sujet, protégé certes par la soumission de l'administration à la loi selon la maxime fondamentale du libéralisme, mais exclu de toute participation à l'acte qui le concerne, contrairement aux idéaux de la démocratie »<sup>26</sup>. Les années qui suivirent marquèrent une évolution de la transparence dans la divulgation, la diffusion de l'information et l'accès au processus décisionnel<sup>27</sup>. Les réformes « pionnières »<sup>28</sup> des années 1970 ont porté les premiers coups ouvrant la voie à de nouvelles manifestations de l'exigence de transparence ces dernières années.

Tout d'abord, l'acte de puissance publique par excellence est désormais en partie découvert sous le prisme de la transparence. La procédure administrative non contentieuse est elle-même soumise à cette exigence, qu'il s'agisse de l'adoption d'un acte unilatéral ou d'un acte contractuel, permettant aux individus – administrés<sup>29</sup>, usagers ou citoyens – d'être informés. Elle apparaît plus ou moins clairement en fonction du type de décisions. Aussi est-elle expressément énoncée par les textes en matière contractuelle. Les dimensions économiques et concurrentielles de certains contrats en font une exigence tirée principalement du droit de l'Union européenne<sup>30</sup>. La transparence des procédures est désormais inscrite au frontispice du Code de la commande publique<sup>31</sup> et a fait son entrée, sous la pression également du droit de l'Union européenne<sup>32</sup>, dans le Code général de la propriété des personnes publiques avec l'ordonnance du 19 avril 2017<sup>33</sup>. Désormais, la délivrance d'un titre domanial permettant « à son titulaire d'occuper ou

23. J.-F. Kerléo, *La transparence en droit. Recherche sur la formation d'une culture juridique*, op. cit., n° 24, p. 37.

24. Loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance, *JORF* du 11 août 2018.

25. B. Delaunay, « Le secret administratif », *Titre VII* avril 2023, n° 10.

26. J. Rivero, « À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 821.

27. A. Roux, « Transparence et démocratie », préc., p. 553.

28. V. Champpeil-Desplats, « La citoyenneté administrative », in *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011, t. 2, p. 400.

29. Cf. C. Morio, *L'administré : essai sur une légende du droit administratif*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. public », 2021.

30. CJCE, 7 déc. 2000, n° C-324/98, *Telaustria*, *BJCP* 2001, n° 15, p. 142, concl. N. Fenelly; cf. M. Amilhat et S. de La Rosa, « Les vingt ans de l'arrêt *Telaustria* : retour sur un « grand » arrêt malgré lui ? », *RLC* juill. 2022, n° 118, p. 3; R. Noguellou, « L'identification des principes : non-discrimination et transparence au fondement du droit européen des contrats », *RLC* juill. 2022, n° 118, p. 7.

31. CCP, art. L. 3.

32. CJUE, 14 juill. 2016, n° C-458/14, *Promoimpresa Srl, Mario Melis c/ Consorzio dei comuni della sponda bresciana del lago di Garda e del Lago di Idro c/ Regione Lombardia c/ Comune di Iori porto San Paolo c/ Provincia di Olbia Tempio*, *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2022, n° 56, comm. R. Noguellou.

33. Ord. n° 2017-562 du 19 avr. 2017 relative à la propriété des personnes publiques, *JORF* du 20 avr. 2017.

d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique, l'autorité compétente organise librement une procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence [...] »<sup>34</sup>. Si la lumière est faite pour le domaine public, la situation relative à l'occupation du domaine privé n'est quant à elle pas encore réglée<sup>35</sup>. Pour les décisions unilatérales, la transparence ne figure pas comme telle dans les textes, mais des éléments permettent de tendre vers cette exigence. Il en va ainsi dans la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public<sup>36</sup> que l'on retrouve désormais à l'article L. 211-2 du Code des relations entre le public et l'administration. La motivation impose à l'administration de présenter « l'énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision »<sup>37</sup>, mais son champ d'application est partiel en ce qu'elle ne concerne que les seules décisions administratives individuelles défavorables pour leurs destinataires<sup>38</sup>. Sans être érigée au rang de principe général du droit<sup>39</sup>, de règle et principe de valeur constitutionnelle<sup>40</sup>, ou d'obligation générale<sup>41</sup>, la motivation s'étend au moyen de nombreux textes spéciaux<sup>42</sup>.

Un dernier élément est présenté comme contribuant à la transparence dans les modalités de l'action administrative : l'accès aux documents administratifs consacré par la loi du

17 juillet 1978 et désormais codifié aux articles L. 300-1 et suivants du Code des relations entre le public et l'administration. L'Administration, entendue largement comme les collectivités publiques et les personnes privées chargées d'une mission de service public, doit autoriser l'accès aux documents administratifs aux administrés en faisant la demande, sous le contrôle de la CADA obligatoirement saisie avant le juge administratif. Une première évolution a eu lieu avec l'apparition de la réutilisation des informations publiques<sup>43</sup> sous les influences conjuguées du développement des nouvelles technologies et du droit de l'Union européenne<sup>44</sup>, avant qu'une révolution se produise avec la loi pour une République numérique du 7 octobre 2016 et la consécration de l'ouverture – ou « l'aventure »<sup>45</sup> – des données publiques<sup>46</sup>. Si elles constituent un gisement de richesses particulièrement attractif pour les géants du numérique, les données publiques font entrer la transparence dans une nouvelle ère<sup>47</sup> pour élever « la démocratie à un niveau supérieur »<sup>48</sup>.

## B. L'existence d'une transparence

Le processus décisionnel n'est pas le seul réceptacle de la transparence en droit administratif. D'autres situations sont qualifiées comme telles par le discours sur le droit. L'écran dit « transparent » ou encore les personnes privées – ou associations – « transparentes » sont des notions qui

34. CGPPP, art. L. 2122-1-1 – Cf. récemment : CE, 2 déc. 2022, n° 455033, *S<sup>th</sup> Paris Tennis*, CMP 2023, comm. 52, C. Chamard-Heim.

35. Cf. CE, 2 déc. 2022, n° 460100, *Cne de Biarritz*, AJDA 2022, p. 2369, obs. F. Melleray; AJDA 2023, p. 109, obs. Ch. Roux; RDI 2023, p. 103, obs. N. Foulquier; CMP 2023, rep. 3, obs. E. Muller; C. Chamard-Heim, CMP 2023, comm. 54.

36. Loi n° 79-587 du 11 juill. 1979, JORF du 12 juill. 1979.

37. CRPA, art. L. 211-5.

38. *Infra*.

39. CE, sect., 26 janv. 1973, n° 87890, *Lang, Leb.*, p. 72; D. 1973, p. 606, note B. Pacteau.

40. Cons. const., 27 nov. 2001, n° 2001-451 DC, *Loi portant amélioration de la couverture des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*, cons. 40.

41. O. Gabarda, « Vers la généralisation de la motivation obligatoire des actes administratifs ? Enjeux et perspectives d'évolutions autour du principe de la motivation facultative », *RFDA* 2012, p. 61.

42. Par exemple : C. urb., art. L. 111-18 et L. 424-3; CESEDA, not. art. L. 251-1 et -4; art. L. 321-2.

43. Ord. n° 2005-560 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, JORF du 7 juin 2005.

44. Dir. 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 nov. 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public, JOUE L 345/90.

45. Ph. Yolka, « L'ouverture, c'est l'aventure », *AJDA* 2016, p. 78.

46. L. Cluzel-Métayer, « L'ouverture des données publiques », in AFDA, *Le droit administratif au défi du numérique*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2019, p. 7; *Les données publiques*, RFAP 2018, n° 167.

47. J. Marchand, « L'open data, la réutilisation des données publiques entre exigence démocratique et potentiel économique », *JCP A* 2014, ét. 2038.

48. A. Roux, « Transparence et démocratie », préc., p. 551.



traversent le discours juridique au tournant des années 1980-1990.

L'ordre juridique peut parfois mener à des situations d'une particulière opacité lorsqu'il s'agit de faire application de certaines normes dans le contrôle de légalité des actes administratifs. Ce qu'il est convenu d'appeler l'écran-législatif, ou la théorie de la loi-écran, consiste à considérer que le contrôle d'un acte administratif reprenant les dispositions de fond d'une loi contraire à une norme constitutionnelle reviendrait pour le juge administratif à contrôler la constitutionnalité de celle-ci, ce qu'il ne peut faire « ce moyen [n'étant] pas de nature à être discuté devant le Conseil d'État statuant au contentieux »<sup>49</sup>. Si l'« écran » créé par la loi « permet au juge d'éviter un problème difficile »<sup>50</sup>, il ne garantit pas pour autant l'effectivité des normes de rang supérieur auxquelles celle de rang réglementaire n'est pas conforme. La loi agit comme une norme miroir dont les normes inférieures n'en sont que le reflet<sup>51</sup>, le juge administratif s'interdisant d'aller voir de l'autre côté tout en sauvant l'acte administratif<sup>52</sup>. La « comparaison substantielle »<sup>53</sup> des normes législative et administrative qui forme l'écran ouvre également la voie à la transparence. Dans certaines hypothèses, en effet, l'écran-législatif devient transparent lorsque la loi se borne à renvoyer au pouvoir réglementaire une compétence pour définir les « règles générales applicables » à une matière sans ajouter de contenu sur le fond<sup>54</sup>. Cette absence ne permet plus à la disposition

législative de faire écran, « l'écran n'est plus qu'apparent (en fait, il disparaît) »<sup>55</sup>. Lors de la dernière décennie, la jurisprudence administrative a donné lieu à de nouvelles applications de l'écran-législatif parfois qualifié de transparent<sup>56</sup>. Le Conseil d'État a pu reconnaître que cet écran soit « contourné » lorsque les mesures réglementaires « ne se bornent pas à [...] tirer les conséquences nécessaires » de la loi à laquelle la norme constitutionnelle renvoie expressément pour définir les conditions de mise en œuvre du principe qu'elle contient<sup>57</sup>. Le contrôle de la norme réglementaire par rapport à la norme constitutionnelle n'est pas la conséquence d'une mesure législative vide de contenu, il est rendu possible du fait que la norme administrative dépasse le cadre de l'application de la loi pouvant seule décliner le principe prévu par la norme de rang supérieur<sup>58</sup>.

La transparence s'étend également aux organes de droit privé. Elle peut apparaître comme éloignée des hypothèses étudiées précédemment et pourtant elle procède « du même esprit »<sup>59</sup>. Une personne privée – souvent une association – est en effet qualifiée de « transparente » lorsqu'elle ne sert qu'à dissimuler une personne publique. Elle est alors un « paravent », un « ectoplasme »<sup>60</sup>, voire un « faux nez »<sup>61</sup> de l'Administration dont la fonction est l'application de règles de droit privé. Lors d'un litige, le juge administratif va alors écarter cette personne privée, qui n'est pas fictive<sup>62</sup>, pour déceler, à travers elle, la présence d'une personne publique dont

49. CE, sect., 6 nov. 1936, *Arrighi, Leb.*, p. 966; D. 1938, p. 1, concl. R. Latournerie, note Ch. Eisenmann; S. 1937, p. 33, note A. Mestre; CE, 5 janv. 2005, n° 257341, *Deprez, Baillard, Leb.*, p. 1; *AJDA* 2005, p. 845, note L. Burgorgue-Larsen; D. 2005, p. 521; *RFDA* 2005, p. 56, ét. B. Bonnet; *RTD civ.* 2005, p. 561, obs. P. Deumier; *RTD eur.* 2006, p. 183, note A. Ondoua; et p. 301, chron. D. Ritleng.

50. J. Rivero, « Le droit positif de la grève dans les services publics d'après la jurisprudence du Conseil d'État », *Dr. soc.* 1951, p. 593.

51. F. Brunet, « La norme-reflet – Réflexions sur les rapports spéculaires entre normes juridiques », *RFDA* 2017, p. 85.

52. B. Plessix, *Droit administratif général*, 4<sup>e</sup> éd., Lexisnexis, 2022, n° 170, p. 215.

53. F. Brunet, « La loi comme obstacle de jugement de légalité », in B. Defoort et B. Lavergne (dir.), *Juger de la légalité administrative. Quel(s) juge(s) pour quelle(s) légalité(s) ?*, Lexisnexis, 2021, p. 135.

54. CE, 17 mai 1991, n° 100436, *Quintin, RDP* 1991, p. 1429, concl. R. Abraham.

55. R. Chapus, *Droit administratif général*, 15<sup>e</sup> éd., Montchrestien, coll. « Domat – Droit public », 2001, t. 1, p. 34.

56. B. Plessix, *Droit administratif général*, op. cit., n° 170, p. 215-216.

57. CE, 27 oct. 2011, n° 343943, *CFDT, Leb. T.*, p. 743; CE, 6 déc. 2012, n° 347870, *S<sup>te</sup> Air Algérie, Leb.*, p. 398; CE, ass., 12 juill. 2013, n° 344522, *Fédération nationale de la pêche en France, Leb.*, p. 192, cons. 12.

58. Par ex. art. 3 de la Charte de l'environnement : CE, ass., 12 juill. 2013, n° 344522, *Fédération nationale de la pêche en France*, préc.

59. J.-M. Auby, « La théorie des institutions "transparentes" en droit administratif », note sous CE, 11 mai 1987, *Divier c/ Assoc. pour l'information municipale, RDP* 1988, p. 265.

60. J.-M. Auby, « La théorie des institutions "transparentes" en droit administratif », préc., p. 266.

61. A. de Laubadère, « Les associations et la vie administrative », *AJDA* 1980, p. 115.

62. F. Lichère et M. Le Roy, « Transparence et fictivité à l'épreuve de la notion d'établissement public », *JCP A* 2008, ét. 2014.

les rapports sont soumis à des règles de droit administratif. Dans ce cas de figure, le rapport juridique est transformé par le biais du critère organique que le juge modifie en allant saisir la personne publique dissimulée derrière l'écran de la personnalité morale de droit privé. Grâce à des critères cumulatifs, la personne privée est traversée pour faire apparaître la personne publique en pleine lumière. Le juge administratif recherche en effet si la personne est « créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et qui lui procure l'essentiel de ses ressources » alors « cette personne privée doit être regardée comme *transparente* »<sup>63</sup>. L'administration trouve un intérêt dans la création de telles personnes privées afin de bénéficier de subventions qu'elle peut elle-même accorder, d'échapper aux règles de la comptabilité publique, de la commande publique ou de la fonction publique. À l'exception de quelques îlots de résistance<sup>64</sup>, la transparence permet de rétablir la légalité par l'application des règles de droit administratif pour les actes, les agents, la responsabilité et les contrats<sup>65</sup>. La transparence organique peut ainsi entraîner l'application de l'exigence de transparence tant dans l'accès aux documents administratifs<sup>66</sup> que dans la passation des contrats administratifs<sup>67</sup>. La transparence entraîne la transparence, comme une sorte de mise en byme.

En droit administratif, la réfraction diffère donc en fonction de l'intensité de la transparence de l'objet traversé. Il semblerait toutefois qu'elle poursuive la même fonction : faire la lumière sur la puissance publique tout en maîtrisant les zones d'ombre.

## II. La transparence nuancée

La transparence a pour fonction de dissiper les mystères de l'administration, la puissance publique agissant au grand jour. Pour autant si la lumière est faite sur une partie de son action (A), l'extension de la transparence contribue à la maîtrise de l'opacité (B).

### A. La lumière

Dans un État dit post-moderne, « le modèle traditionnel de relations, à base de distanciation et d'autorité entretenu avec les administrés tend à être remis en cause »<sup>68</sup>. L'extension de la transparence est un des éléments de cette redéfinition et de rééquilibrage des rapports entre les administrés et l'Administration, car « une administration opaque infantilise, une administration transparente sécurise »<sup>69</sup>. Elle permet en outre de relégitimer la puissance publique par la confiance des administrés<sup>70</sup> et l'existence d'un droit exorbitant par la reconnaissance de droits à leur profit.

La transparence administrative en constitue très certainement la clé de voûte en ce qu'elle participe à la démocratie également qualifiée ainsi<sup>71</sup>. Maurice Hauriou en faisait un premier diagnostic dès le début du *xx<sup>e</sup>* siècle en notant qu'« il y a là un symptôme dont il faut tenir compte. Le public veut être tenu de ce qui se passe ; il accepte les obligations, mais il veut être averti et qu'il y ait un délai avant l'exécution »<sup>72</sup>. Ce symptôme a guidé les évolutions du droit administratif, « comme la fièvre est le symptôme qui guide le médecin » pour reprendre les termes du doyen toulousain sur un tout autre sujet<sup>73</sup>. L'administré est devenu un citoyen prenant une

63. CE, 21 mars 2007, n° 281796, *Cne de Boulogne-Billancourt*. Nous soulignons.

64. Le repart de la propriété publique du domaine public n'ayant pas encore cédé. Cf. N. Foulquier, « Le domaine public transparent », in *Mélanges Étienne Fatôme*, Dalloz, 2011, spéc. p. 144-146.

65. D. Guignard et J. Viguier, « La transparence des personnes morales en droit administratif », in *La personnalité juridique*, Presses UT Capitoile, 2013, p. 277.

66. CE, 20 juill. 1990, n° 69867, *Ville de Melun et Assoc. « Melun-Culture-Loisirs »*, *Leb.*, p. 220 ; *AJDA* 1990, p. 820, concl. M. Pochard ; *D.* 1991, jurisp. p. 578, note G. Vlachos ; *JCP G* 1991, II, 21663, note E. Fatôme.

67. Les contrats conclus par la personne privée seront considérés comme conclus par la personne publique, cf. P.-M. Murgue-Varoclier, *Le critère organique en droit administratif français*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. public », 2018, préf. S. Caudal, spéc. n° 807, p. 570-571.

68. J. Chevallier, *L'État post-moderne*, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. « Droit et société », 2017, préf. J. Commaille, p. 95.

69. J. Chevallier, « Le mythe de la transparence administrative », préc., p. 241.

70. F. Grabias, « La transparence administrative, un nouveau principe ? », *JCP A* 2018, ét. 2340.

71. Cf. Ch. Testard, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. public », préf. S. Caudal, 2018, n° 81, p. 61.

72. M. Hauriou, note sur CE, 27 mars 1914, *Laroche*, préc.

73. M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12<sup>e</sup> éd., Sirey, 1933, rééd. Dalloz 2002, p. 549.

« place centrale »<sup>74</sup> dans ce discours en construction<sup>75</sup>. Le Code des relations entre le « public » et l'administration, alors que la loi du 12 avril 2000 visait les droits des « citoyens »<sup>76</sup>, traduit ce mouvement de subjectivisation du droit administratif avec la reconnaissance d'un droit à la transparence alors même que celle-ci n'est pas directement visée par la *lex generali* de la démocratie administrative<sup>77</sup>. Elle n'en devient le terreau fertile qu'à travers la motivation des décisions individuelles défavorables et l'accès aux documents administratifs<sup>78</sup>. La dimension économique de la transparence dans les procédures d'attribution des contrats publics est bien entendu prégnante sous l'influence notable du droit de l'Union européenne dans cette matière<sup>79</sup>. Elle présente deux aspects. D'abord, du côté des personnes publiques, la transparence serait un gage de rationalité économique par la recherche d'efficacité et d'efficacités, promue par le *New public management*, comme le traduit l'article 3 du Code de la commande publique<sup>80</sup>. Ensuite, la transparence réduit l'asymétrie d'information entre les soumissionnaires<sup>81</sup> et permet de ne pas fausser le libre jeu de la concurrence sur un marché donné. Il ne s'agit pas pour autant de la seule fonction de la transparence dans ce cadre-là. Qu'il s'agisse des contrats de la commande publique ou des autorisations domaniales, l'encadrement procédural offre plus de transparence dans une acception « éthique, en assurant l'orthodoxie et la moralité des relations contractuelles »<sup>82</sup>. Reposant sur des normes de rang constitutionnel<sup>83</sup>, la transparence impose que les procédures de publicité et de mise en

concurrence soient organisées dans des conditions claires, accessibles et objectives, impliquant que les candidats disposent de l'information notamment sur les critères retenus, les délais, et des motifs du choix de la personne publique. Les profondes mutations du contentieux contractuel accordent plus de droits au profit des « tiers » aux contrats administratifs et contribuent à inciter l'administration à donner une autre dimension à l'exigence de transparence dans une perspective de rééquilibrage des rapports et de relégitimation de la puissance publique. Elle ne saurait agir secrètement – à tout le moins discrètement – sans susciter la défiance du public<sup>84</sup>.

Participant du même mouvement, et non sans lien avec les éléments précédents, l'écran-transparent et les personnes privées transparentes participent à ce mouvement. Tout d'abord, la théorie de l'écran-législatif transparent permet à l'administré, dans sa qualité de justiciable, d'invoquer les droits et libertés garantis par les normes conventionnelles ou constitutionnelles. La confiance des justiciables à l'égard de l'action et des décisions de l'Administration se trouve renforcée si ceux-ci disposent des moyens juridiques nécessaires pour demander l'annulation d'une décision administrative sans se voir opposer l'écran de la loi qui serait elle-même contraire à une norme supérieure. À travers cette manifestation normative de la transparence, le juge administratif s'est mué en protecteur des droits et libertés des administrés, sans trahir son rôle de gardien de la légalité administrative, en assurant l'équilibre avec la protection de l'intérêt général et les prérogatives de l'Administration. Il en va de

74. F. Grabias, « La critique subjectiviste », *JCP A* 2022, ét. 2024.

75. C. Morio, *L'administré. Essai sur une légende du droit administratif*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. public », préf. N. Kada, 2021, nos 728 et s., p. 271 et s.

76. Loi n° 2000-321 du 12 avr. 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JORF* du 13 avr. 2000.

77. Seules quatre occurrences des termes « transparence » et « transparent » apparaissent dans le Code : CRPA, art. L. 311-5, L. 324-3 et L. 325-8.

78. *Supra*.

79. Cf. not. CJCE, 7 déc. 2000, *Telaustria*, préc. ; CJUE, 14 juill. 2016, *Promoimpresa*, préc.

80. CCP, art. L. 3 : « Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics ».

81. J. Marchand, « Réflexions sur le principe de transparence », préc., p. 677.

82. O. Fevrot, « La performance dans les contrats administratifs », *RRJ* 2005, p. 2359.

83. Cons. const., 20 janv. 1993, n° 92-136 DC, *Loi relative à la prévention de la corruption* ; Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, Les grandes décisions du droit administratif des biens*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2022, comm. 81, obs. C. Chamard-Heim.

84. Sur l'affaire McKinsey, cf. M. Amilhat et J.-F. Kerléo, « Un cadre juridique et déontologique pour un recours vertueux de l'État aux cabinets de conseil », *Observatoire de l'éthique publique* 6 avr. 2022, note n° 24.

même pour la transparence « organique ». Le juge administratif recherche la présence d'une personne publique derrière l'écran de la personnalité morale de droit privé parce qu'il « vise surtout à protéger les administrés aux prises avec des institutions de nature incertaine et parfois de solvabilité douteuse »<sup>85</sup>. En perçant le mystère de la personne privée, le juge administratif rétablit la visibilité et la lisibilité du droit applicable. En somme, il garantit le principe de sécurité juridique.

### B. La face cachée

La progression de la culture de la transparence en droit administratif est perceptible. Pour autant, ne constitue-t-elle pas un trompe-l'œil permettant de mieux maîtriser l'opacité dans les différents domaines exposés ? René Chapus notait que « le législateur s'est employé à mettre fin à certains au moins de ces "secrets d'administration", dont on sait qu'ils sont plus secrets encore que les secrets d'État »<sup>86</sup>. Si la transparence est « un gage de rectitude de l'action des pouvoirs publics »<sup>87</sup>, elle ne peut être appréhendée qu'en présentant ses faces cachées et ses limites.

Le secret n'aurait plus sa place dans les rapports juridiques impliquant l'application des règles de droit administratif. Il serait révélateur d'une administration autoritaire engendrant une méfiance croissante à son égard, d'un déficit de démocratie méconnaissant les droits des administrés. Pour autant, « la démocratie n'est sans doute pas le régime de la transparence absolue, ne serait-ce qu'au regard du nécessaire respect des droits individuels ou de la protection de certains intérêts étatiques »<sup>88</sup>. La transparence n'est donc pas totale. Ses rayons se heurtent à l'appli-

cation d'un écran protecteur de l'administration avec le maintien de certains secrets administratifs ne pouvant être révélés au public, mais réservés à certains<sup>89</sup>. La motivation des décisions administratives est significative en ce qu'elle n'est pas une obligation générale notamment à cause de la « tradition tenace du secret »<sup>90</sup> et ne s'impose que pour les décisions individuelles défavorables ou dans certains textes spéciaux<sup>91</sup>. Les décisions réglementaires, les décisions ni réglementaires ni individuelles, les décisions implicites nées du silence de l'Administration<sup>92</sup>, ainsi que les décisions favorables pour les destinataires et non pour les tiers échappent à l'obligation de motivation. Elle est donc circonscrite à une catégorie restreinte de décisions administratives et subit elle-même une exception lorsqu'elle concerne un fait couvert par le secret<sup>93</sup>. Ces mêmes restrictions existent pour le droit d'accès aux documents administratifs. Le législateur n'a pas ouvert l'accès à l'ensemble des documents. Ils doivent être administratifs<sup>94</sup> et ne pas être expressément exclus du champ d'application du dispositif législatif comme les décisions la consultation ou la communication porterait atteinte au secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif ou encore au secret de la défense nationale<sup>95</sup>, à la protection de la vie privée, au secret médical et au secret des affaires<sup>96</sup>. La loi pour une République numérique du 7 octobre 2016 n'y déroge pas en maintenant ces limites pour la diffusion des données publiques<sup>97</sup>.

Des limites à la transparence sont aussi prévues pour la passation des contrats publics. Ce principe « est littéralement criblé d'exceptions »<sup>98</sup> avec l'exclusion textuelle des contrats exigeant le secret ou liés à la sécurité ou à la protection d'in-

85. J.-M. Auby, « La théorie des institutions "transparentes" en droit administratif », *préc.*, p. 266.

86. R. Chapus, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 645, p. 481.

87. A. Roux, « Transparence et démocratie », *préc.*, p. 553.

88. Ch. Testard, *Pouvoir de décision unilatérale de l'administration et démocratie administrative*, *op. cit.*, n° 79, p. 59-60.

89. B. Delaunay, « Le secret administratif », *préc.* ; v. égal. O. Bui-Xuan, « Les secrets de l'administration », *RDP* 2012, p. 1119.

90. B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*, n° 862, p. 1181.

91. *Supra*.

92. Même si elle est « intervenue dans le cas où la décision explicite aurait dû être motivée » : CRPA, art. L. 232-4.

93. CRPA, art. L. 211-6.

94. CRPA, art. L. 300-2.

95. CRPA, art. L. 311-5.

96. CRPA, art. L. 311-6.

97. CRPA, art. L. 312-1-1 et 312-1-2.

98. S. Hourson et Ph. Yolka, *Droit des contrats administratifs*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2020, n° 153, p. 99.

térêts essentiels de l'État<sup>99</sup>. L'exception « *in house* »<sup>100</sup>, c'est-à-dire les prestations intégrées appelées la quasi-régie<sup>101</sup>, permet d'échapper aux procédures de publicité et de mise en concurrence, et donc à l'exigence de transparence, lorsque l'opérateur économique est un prolongement du pouvoir adjudicateur. Le premier exerçant l'essentiel de ses activités pour le compte du second qui exerce en retour un contrôle analogue à celui qu'il dispose à l'égard de ses propres services. La situation est analogue<sup>102</sup> à celle des personnes privées transparentes sans pour autant être semblable<sup>103</sup>. Enfin, l'écran-transparent justifie la persistance d'une certaine opacité dans la chaîne normative et dans le contrôle de légalité d'un acte réglementaire. Il s'agit plus d'une application que d'une exception à la théorie de l'écran-législatif<sup>104</sup> en ce que le juge administratif admet la transparence de la loi lorsque celle-ci « ne contient en elle-

même aucune règle de fond de nature à faire obstacle à ce que soient critiquées les dispositions réglementaires adoptées au regard des règles de fond de niveau supra-législatif, qu'elles soient constitutionnelles ou internationales »<sup>105</sup>. Dans le cas contraire, l'opacité de la loi persiste.

En droit administratif, la systématisation de la transparence semble se heurter à quelques obstacles tant elle recouvre des situations différentes et découvre des objets conservant une part d'opacité. Elle renouvelle profondément et relégitime les rapports à la puissance publique en consacrant plus de place aux administrés dans ses dimensions de citoyens ou de justiciables. La lumière de la transparence éblouit cependant plus que ce qu'elle n'éclaire l'État. Concluons avec Michel Foucault : « La pleine lumière et le regard d'un surveillant captent mieux que l'ombre, qui finalement protégeait. La visibilité est un piège »<sup>106</sup>.

99. CCP, art. L. 2512-3.

100. Pour les marchés publics : CCP, art. L. 2511-1 ; pour les concessions : CCP, art. L. 3211-1.

101. E. Mouriesse, *La quasi-régie en droit public français*, Mare & Martin, 2017.

102. Ch. Roux, « Le(s) *in house*, au-delà du droit de la commande publique », *CMP* 2020, ét. 2202.

103. CE, 4 mars 2021, n° 437232, 5<sup>es</sup> *Socri gestion c/ SA 3M* ; *CMP* 2021, comm. 156, note P. Soler-Couteaux ; T. Confl., 7 févr. 2022, n° 4233, *SARL Guyacom*, *CMP* 2022, comm. 125, note J. Diethenhofer.

104. F. Brunet, « La loi comme obstacle au jugement de légalité », *préc.*, n° 288, p. 136.

105. R. Abraham, concl. sur CE, 17 mai 1991, n° 100436, *Quintin*, *RD* 1991, p. 1431.

106. M. Foucault, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1993, p. 234.

# Dossier

## La transparence et le droit

### La transparence en droit des contrats : l'exemple du contrat d'assurance

**Nicolas Bonnardel**

Maître de conférences à l'Université de Bourgogne

1. Le halo symbolique entourant le terme « *transparence* » recouvre dans nos sociétés modernes une dimension éminemment positive. S'il était par le passé relativement rare de le voir employé dans des contextes politiques, juridiques ou d'une autre nature, la tendance semble aujourd'hui s'être inversée. Preuve en est le nombre grandissant de lois et décrets comportant, dans leur intitulé, le terme de transparence. Il en va ainsi, par exemple, pour des textes relatifs à la réglementation de la vie publique<sup>1</sup>, à l'information sur les produits agricoles et alimentaires<sup>2</sup>, à la lutte contre la corruption<sup>3</sup>, à l'assurance emprunteur<sup>4</sup>, à l'exposition aux ondes électromagnétiques<sup>5</sup>, à l'utilisation de l'énergie nucléaire<sup>6</sup>, ou encore aux comptes des comités d'entreprise<sup>7</sup>. Prévert aurait pu, en poésie, poursuivre l'inventaire.

Comment expliquer cet engouement contemporain pour la transparence ? Deux phénomènes permettent de le comprendre. On ne peut, tout

d'abord, que constater le culte de l'information pratiqué par nos sociétés depuis désormais plusieurs années. Tout doit être su et, si possible, rapidement su. L'importance prise par les médias et les réseaux sociaux dans notre quotidien – que chacun est libre d'apprécier – concourt à ce phénomène. Or, ce qui est transparent laisse, par définition, passer la lumière et donc, dans un sens figuré, l'information que chacun est en mesure de consulter. La transparence s'oppose ainsi, au moins en théorie, à toute forme de dissimulation, ce qui satisfait notre désir croissant d'information et de ne pas être trompé. Par ailleurs, « l'essor » de notre société s'est accompagné d'une considérable complexification de celle-ci dans toutes ses strates (technologique, financière, juridique, scientifique, etc.). À travers l'exigence de transparence, ce n'est pas seulement l'accès à l'information qui est recherché. Nul ne saurait se contenter d'un accès à une information incompréhensible ou difficilement

1. Loi n° 2013-907 du 11 oct. 2013 relative à la transparence de la vie publique.

2. Loi n° 2020-699 du 10 juin 2020 relative à la transparence de l'information sur les produits agricoles et alimentaires.

3. Loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

4. Loi n° 2022-270 du 28 févr. 2022 pour un accès plus juste, plus simple et plus transparent au marché de l'assurance emprunteur.

5. Loi n° 2015-136 du 9 févr. 2015 relative à la sobriété, à la transparence, à l'information et à la concertation en matière d'exposition aux ondes électromagnétiques.

6. Plus précisément, c'est une section du Code de l'environnement qui est aujourd'hui intitulée « Transparence en matière nucléaire » (C. env., art. L. 125-12 et s.). Également sur ce point : Loi n° 2006-686 du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire.

7. Décret n° 2015-358 du 27 mars 2015 relatif à la transparence des comptes des comités d'entreprise.

compréhensible. L'information doit être accessible, mais également exploitable par le plus grand nombre, faute de quoi elle pourrait n'être qu'un leurre. Tout doit être su, et tout doit pouvoir être compris. La dimension positive de *la transparence* se comprend alors en ce qu'elle permet de rasséréner celui qui en bénéficie, qui ne devrait pas pouvoir être trompé par celui qui y est soumis, ce dernier pouvant affirmer, par ce biais, ne rien pouvoir cacher. En d'autres termes, la transparence permet d'instaurer, en principe, un lien de confiance entre débiteurs et créanciers d'informations déterminées.

**2.** En droit des contrats, l'emploi du mot « transparence » pourrait *a priori* heurter. Lors de la formation d'un tel acte, il est rare de *tout* savoir de son contractant, des modalités de la prestation promise par ce dernier, ou encore de la marge brute qu'il en retirera. Tout au plus, chacune des parties prend-elle préalablement connaissance des informations essentielles à la manifestation de sa volonté de contracter. La formation d'un contrat ne dépend pas, en effet, d'un échange intégral d'informations entre les parties, mais d'un échange de consentements<sup>8</sup>. En matière contractuelle, ce n'est donc que s'agissant des informations nécessaires à la manifestation de la volonté d'une partie, ou des informations que le législateur impose de délivrer, que peut valablement être évoquée une exigence de transparence entre les parties.

Dans ce cadre, encore faut-il souligner que le sens et la portée du mot « transparence » sont susceptibles de varier suivant la nature du contrat concerné. En droit administratif, la transparence constitue, avec les principes de liberté d'accès et d'égalité de traitement, l'un des « principes généraux »<sup>9</sup> du droit de la commande publique<sup>10</sup>. Il consiste à imposer à une personne publique de mettre en place une publicité, claire et suffisante, permettant de communiquer son intention de

conclure un contrat, et de détailler les modalités de passation de la commande ainsi que le cahier des charges du futur contrat. Autrement dit, le principe de transparence permet aux candidats au marché public de présenter une offre utile et éclairée ; il permet encore, lorsque les seuils prévus par la loi sont dépassés<sup>11</sup>, une véritable mise en concurrence des candidats, et constitue une garantie contre les attributions frauduleuses de marchés.

En droit privé des contrats, l'emploi du terme « transparence » est beaucoup plus clandestin. Il ne semble fleurir que dans les champs de rares contrats spéciaux<sup>12</sup>. Est-ce à dire que la transparence serait dotée d'une portée limitée – voire très limitée – en droit contractuel privé ? Ce n'est pas si sûr, car à travers la « transparence contractuelle » résonnent deux obligations connexes et bien connues des juristes privatistes. D'abord, l'obligation traditionnelle de négocier, former et exécuter de bonne foi les contrats<sup>13</sup>. Ensuite, l'obligation générale d'information, beaucoup plus contemporaine, suivant laquelle la partie « qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant »<sup>14</sup>. À travers ces deux obligations, il n'est pas exagéré de dire que chacune des parties à un contrat doit, au moins dans une certaine mesure, être transparente envers l'autre et se garder de lui dissimuler des informations utiles. Cette exigence de transparence n'est toutefois pas totale. L'obligation générale d'information ne s'étend, par exemple, ni à la valeur de la prestation à exécuter ni aux informations « secondaires » qui ne seraient pas déterminantes du consentement de l'autre partie<sup>15</sup>. La transparence n'est donc que relative. De même, le Code civil n'interdit pas non plus à une partie de vanter et exagérer les mérites des pres-

8. C. civ., art. 1101.

9. CE, 23 déc. 2009, n° 328827, *Établ. public du musée et du domaine national de Versailles*, Rec. remplacer « Rec. » par « Leb. » ? 10. CCP, art. L. 3.

11. CCP, art. R. 2122-1 et s.

12. Le contrat d'assurance-vie (arrêté du 24 févr. 2022 portant renforcement de la transparence sur les frais du plan d'épargne retraite et de l'assurance-vie ; arrêté du 4 avr. 2023 améliorant la transparence et la lisibilité sur les frais du plan d'épargne retraite et de l'assurance-vie) et les contrats de ventes de denrées alimentaires en sont un exemple (loi n° 2020-699 du 10 juin 2020 relative à la transparence de l'information sur les produits agricoles et alimentaires).

13. C. civ., art. 1104.

14. C. civ., art. 1112-1.

15. *Ibid.*

tations qu'il propose, dès lors qu'un tel comportement ne dégénère pas en faute; c'est l'hypothèse du *dol licite*, le *dolus bonus*<sup>16</sup>.

En parallèle de cette transparence contractuelle relative venue du Code civil, on ajouterait volontiers les nombreuses obligations d'information et de conseil mises à la charge de contractants professionnels au bénéfice de non professionnels, venues de législations plus spéciales ou de la jurisprudence. Le droit positif fourmille d'exemples en la matière. Tel est le cas, notamment, de l'obligation précontractuelle d'information prévue à l'article L. 111-1 du Code de la consommation dont le professionnel est débiteur envers le consommateur, ou encore celle du vendeur professionnel, tenu d'une obligation d'information sur l'adéquation entre le bien proposé à la vente et l'usage que l'acquéreur en a prévu<sup>17</sup>.

**3.** Ce mouvement général consistant à favoriser et garantir l'information des parties à un contrat tend certes à se renforcer ces dernières années, tant dans la loi qu'en jurisprudence. Mais ce mouvement est désormais bien connu en droit positif puisqu'il est observé, en doctrine, depuis de nombreuses années<sup>18</sup>. Partant, sauf à procéder à une étude redondante des constats déjà tirés par la doctrine en ce domaine, il serait vain de procéder à un énième examen de l'exigence de transparence sous le prisme du droit commun des contrats. En revanche, un contrat, peut-être un peu plus spécial que les autres, génère une agitation qui ne cesse de se renouveler sur cette question : le contrat d'assurance. Pour ce contrat, le besoin d'informations, en particulier celui de l'assureur à l'égard de l'assuré, se fait plus durement ressentir. Les informations de l'assuré relatives au risque qu'il souhaite faire garantir sont, en effet, indispensables à la formation d'un contrat d'assurance et, plus globalement, à l'activité même d'assurance qui suppose, pour l'assureur, de procéder à une mutualisation des risques qu'il a consenti à couvrir.

Pour quelle raison le contrat d'assurance est-il à ce point dépendant à l'accès aux informations

détenues par l'assuré ? Une explication peut en être donnée en comparant les assurances dites sociales (sécurité sociale), animées par une recherche de solidarité, et les assurances privées (contrat d'assurance), innervées par l'équité<sup>19</sup>. Pour les premières, chaque assuré paiera un même taux de cotisation en fonction de ses revenus, indépendamment de l'ampleur du risque dont il est porteur (âge, maladie, invalidité...). « L'assureur social » n'a donc pas besoin de connaître la nature et l'intensité des risques encourus par tel ou tel assuré, car le montant de la cotisation ne dépend pas de ce critère. Les personnes jeunes et en bonne santé cotiseront ainsi davantage que nécessaire au regard des risques auxquels elles sont exposées, au bénéfice de celles en mauvaise santé ou plus âgées qui ne seraient, sinon, que difficilement assurables<sup>20</sup>. Le moteur de la solidarité tourne ici à plein régime.

Telle n'est pas la logique appliquée dans le cadre des assurances privées, où chaque assuré doit payer une prime d'assurance proportionnée à l'ampleur du risque couvert par l'assureur. L'automobiliste inexpérimenté ou coutumier des accidents de la circulation paiera, par exemple, une prime plus importante que les autres automobilistes, car les probabilités qu'il soit à l'avenir impliqué dans un (nouvel) accident de la circulation sont plus élevées. Il en va de même pour celui exerçant une activité professionnelle à fort risque de responsabilité civile (gynécologue-obstétricien ; architecte ; avocat), comparativement à d'autres professions où ces risques sont *a priori* plus modérés. À la différence de l'assureur social, l'assureur privé a besoin, pour calculer le montant de la prime, d'apprécier le risque particulier auquel est exposé le candidat à l'assurance. Il ne pourra toutefois réaliser une telle estimation actuarielle que si l'assuré consent à se livrer à un jeu de bonne foi et de transparence, en répondant exactement au questionnaire de déclaration des risques que l'assureur lui aura remis avant la formation du contrat. Ce n'est qu'après avoir recueilli les réponses à ce questionnaire que l'as-

16. E. Casimir, « Le *dolus bonus*, une notion à réhabiliter », *RDC* 2017, p. 153.

17. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mai 2022, n° 20-22.210, *Bull.*

18. Notamment : M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992 ; N. Vignal, *La transparence en droit privé des contrats*, PUAM, 1998.

19. J. Bigot, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayaux, R. Schulz et K. Sontag, *Traité de droit des assurances, T. III, Le contrat d'assurance*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, n° 29, p. 10.

20. Y. Lambert-Favre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, 14<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2017, n° 21, p. 17.



sureur sera en mesure de fixer le montant de la prime d'assurance, prix de la sécurité consentie à l'assuré<sup>21</sup>. À travers le questionnaire de déclaration des risques, l'assureur tentera ainsi d'instaurer, autant que possible, une véritable transparence avec l'assuré afin d'observer en détail le risque dont il est porteur et dont il ignore *a priori* tout avant la formation du contrat. Les enjeux financiers sont sur ce point considérables, car si l'assureur ne parvient pas à correctement tarifier les risques qu'il a consenti à couvrir, c'est toute l'opération de mutualisation des risques à laquelle il a procédé qui serait mise en péril, le montant des primes collectées ne lui permettant pas de faire face au montant des indemnités dont il est débiteur. L'hypothèse n'a rien de théorique. Par exemple, un assureur agréé à Gibraltar, qui commercialisait des assurances construction en France en libre prestation de services (LPS), a récemment fait l'objet d'une liquidation judiciaire pour insolvabilité<sup>22</sup>.

**4.** Historiquement, l'exigence de transparence dans le contrat d'assurance concernait essentiellement l'assuré, tenu de répondre exactement au questionnaire délivré par l'assureur. Mais de l'eau a depuis coulé sous les ponts du Code des assurances – et de ceux de la loi dite *Godart* du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance – puisque l'assureur est lui aussi désormais tenu à une certaine forme de transparence envers l'assuré, par le biais d'obligations d'information tendant à se renforcer. Inversement, l'assuré s'est vu reconnaître, depuis la fin des années 1990, le droit de conserver le silence sur certaines informations, et dont l'assureur ne doit pas tenir compte pour calculer le montant de la prime. Au fil des années, l'assuré et l'assureur se sont donc en quelque sorte croisés sur le chemin de la transparence, le premier en direction d'une opacification du risque dont il est porteur (I), et le second, en direction d'une information accentuée de l'assuré relativement au contrat qui lui est délivré (II). À travers cette croisée des chemins, les objectifs poursuivis par le législateur sont multiples, mais ils tendent chacun à proté-

ger et accroître les droits de l'assuré, voire à lui favoriser l'accès à certains produits d'assurance.

## I. L'opacification de l'assuré

**5.** Lors de la formation d'un contrat d'assurance, l'assureur est contraint de faire confiance aux réponses apportées par l'assuré dans le questionnaire de déclaration des risques. Et il est d'autant plus enclin à le faire qu'il sait qu'en cas de fausse déclaration de l'assuré, il sera en mesure d'appliquer deux sanctions alternatives. En effet, lorsque la fausse déclaration de l'assuré consiste en une simple omission de la part de l'assuré, l'assureur pourra réduire le montant de l'indemnité d'assurance dont il est débiteur en proportion du taux des primes payées par rapport au taux des primes qui auraient été dues si les risques avaient été exactement déclarés<sup>23</sup>. Si, au contraire, la fausse déclaration était intentionnelle et frauduleuse, l'assureur pourra solliciter du juge qu'il prononce la nullité du contrat sur le fondement de l'article L. 113-8 du Code des assurances.

La gravité des sanctions légales prévues en cas de fausse déclaration de l'assuré démontre, ici encore, l'importance attachée à l'exigence de transparence de l'assuré à travers le questionnaire de déclaration des risques. Pour autant, il est saisissant de constater que l'élaboration de ce questionnaire n'est réglementée par aucun texte du Code des assurances, ce qui a suscité – et suscite encore – de nombreuses questions<sup>24</sup>. L'assureur peut-il poser toutes les questions qu'il souhaite à l'assuré, dès lors qu'elles ont un rapport avec le risque à garantir ? Peut-il poser des questions sur la sexualité de l'assuré, ses habitudes quotidiennes, ses antécédents médicaux, son patrimoine génétique ? L'assuré peut-il se borner à répondre au questionnaire afin de satisfaire à son exigence de transparence, ou doit-il déclarer spontanément toute information susceptible d'intéresser l'assureur dans son opération de tarification du risque ? Ces interrogations, pour certaines d'une grande actualité, ont ces trente

21. À condition que l'assureur n'ait pas refusé de délivrer sa garantie au regard de l'ampleur du risque portée par le candidat à l'assurance.

22. ACPR, communiqué de presse, 16 sept. 2020.

23. C. ass., art. L. 113-9.

24. Par exemple, sur la pratique des déclarations de risques pré-rédigées : Ch. mixte, 7 févr. 2014, n° 12-85.107, *Bull. ch. mixte*, n° 1, p. 1; Civ. 2<sup>e</sup>, 5 mars 2020, n° 19-11.721; Civ. 2<sup>e</sup>, 25 juin 2020, n° 18-24.920.

dernières années fait l'objet de profondes évolutions dans la loi et en jurisprudence. Elles ont, en particulier, permis de cantonner l'exigence de transparence de l'assuré au seul cadre du questionnaire lui étant remis par l'assureur (A), et ont accru le nombre d'informations que l'assuré était en droit de taire à l'assureur (B).

### A. Les informations limitées au questionnaire

6. Le siège de l'obligation d'information pesant sur l'assuré se trouve à l'article L. 113-2 du Code des assurances. Dans sa rédaction originale issue de la loi du 13 juillet 1930<sup>25</sup>, cet article prévoyait que l'assuré avait l'obligation « de déclarer exactement, lors de la conclusion du contrat, toutes les circonstances connues de lui et qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend à sa charge ». En application de ces dispositions, l'assuré avait donc non seulement l'obligation de répondre exactement au questionnaire de déclaration des risques, mais également celle de déclarer spontanément toutes les circonstances susceptibles d'influencer l'assureur sur l'opinion qu'il peut se faire du risque auquel l'assuré est exposé. Autrement dit, l'assuré ne pouvait tirer parti d'une potentielle lacune du questionnaire le concernant, puisqu'il devait, le cas échéant, lui-même y remédier par une déclaration spontanée. L'exigence de transparence de l'assuré envers l'assureur était alors totale, ce dernier étant en droit de connaître chaque recoin du risque garanti. Conformément à ces principes, la Cour de cassation avait ainsi jugé, dans un arrêt du 26 janvier 1948, « qu'il appartenait à l'assuré de déclarer spontanément » les circonstances « qu'il devait savoir capables d'influencer l'opinion du risque et d'amener l'assureur, soit à refuser le risque, soit à majorer le taux de la prime »<sup>26</sup>.

Cet état du droit a par la suite suscité de vives critiques, dans la mesure où les souscripteurs ne

sont généralement pas des professionnels de l'assurance. Ils se bornaient donc, le plus souvent, à répondre au questionnaire remis par les entreprises d'assurance, car ils ignoraient ou ne s'interrogeaient pas sur d'éventuelles autres circonstances susceptibles d'intéresser l'assureur. Après sinistre, il n'était donc pas rare que l'assureur découvre une absence de déclaration spontanée de l'assuré, ce qui pouvait justifier le prononcé de la nullité du contrat d'assurance ou la réduction proportionnelle de l'indemnité due à l'assuré<sup>27</sup>. Pour ces raisons, la Commission des clauses abusives, dans deux recommandations du 6 décembre 1985 et du 19 mai 1989<sup>28</sup>, avait recommandé que l'assuré ne soit tenu que de répondre exactement aux questions de l'assureur, préconisant ainsi l'abandon des déclarations spontanées. Sensible à ces critiques, le législateur est intervenu par une loi du 31 décembre 1989 modifiant l'article L. 113-2 du Code des assurances. Dans la nouvelle mouture de ce texte, on peut désormais lire que l'assuré est obligé « de répondre exactement aux questions posées par l'assureur, notamment dans le formulaire de déclaration du risque par lequel l'assureur l'interroge lors de la conclusion du contrat, sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge ». En d'autres termes, l'obligation d'information de l'assuré n'est plus portable mais quérable. Le silence gardé par l'assuré sur une circonstance relative au risque couvert ne peut donc désormais être sanctionnée qu'à la condition de correspondre à une question clairement posée par l'assureur. Ainsi que le juge désormais la Cour de cassation, l'assureur ne peut se prévaloir de la réticence ou de la fausse déclaration intentionnelle de l'assuré que si celles-ci procèdent des réponses qu'il a apportées aux dites questions<sup>29</sup>. L'exigence de transparence de l'assuré, initialement totale, n'est donc plus aujourd'hui que partielle, dans la mesure où

25. Loi 13 juill. 1930, art. 15, 2°.

26. Civ., 26 janv. 1948, n° 48-31.919, *Bull.*

27. C. ass., art. L. 113-8 et L. 113-9.

28. Commission des clauses abusives (CCA), Recommandation n° 85-04, *Contrats d'assurance dénommés « multirisques habitation »* : « l'assuré n'étant pas un technicien de l'assurance ne peut normalement savoir quelles sont » toutes les circonstances de nature à faire apprécier par l'assureur le risque qu'il prend en charge « et pense généralement que c'est l'assureur qui lui posera les questions utiles pour l'appréciation du risque ; qu'on n'imagine pas, en tout cas, qu'il lui incombe de prendre les devants et de rechercher lui-même quels sont les faits qui peuvent avoir une incidence sur le coût des garanties qu'il demande » ; CCA, Recommandation n° 89-01, *Assurance des véhicules automobiles de tourisme*.

29. Civ. 2°, 28 mars 2019, n° 17-28.451. En ce sens également : Civ. 2°, 15 févr. 2007, n° 05-20.865, *Bull.*

elle se limite aux contours du questionnaire de déclaration de risques lui étant remis par l'assureur avant la formation du contrat.

**7.** Au-delà de ces principes, il peut être remarqué que la jurisprudence européenne a interdit à l'assureur d'utiliser, dans deux hypothèses, des informations pourtant valablement collectées dans le questionnaire de déclaration des risques. La première information concerne le sexe de l'assuré. Initialement, l'article L. 111-7 du Code des assurances interdisait, en principe, toute discrimination fondée sur la prise en compte du sexe comme facteur dans le calcul des primes ou des prestations. Par exception, le ministre de l'Économie avait autorisé la prise en compte de telles différences lorsque des données actuarielles objectives, pertinentes et précises établissent que le sexe était un facteur déterminant dans l'évaluation du risque d'assurance<sup>30</sup>. Or, les assureurs étaient parvenus à établir statistiquement, notamment, que le risque de décès ou d'accident de la circulation était plus important dans la catégorie masculine, de sorte que les hommes se voyaient appliquer un taux de prime plus important que les femmes. Mais cette prise en compte du sexe de l'assuré pour tarifer le risque est désormais radicalement interdite depuis un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) du 1<sup>er</sup> mars 2011, qui l'a estimée contraire au principe d'égalité homme/femme consacré par l'article 157 TFUE<sup>31</sup>. La solution ne convainc pas pleinement. Il est difficile de caractériser, dans une telle situation, une rupture d'égalité ou une discrimination fondée sur le sexe puisque, précisément, des données objectives ont révélé qu'hommes et femmes ne se trouvaient pas dans une situation identique, ceux-ci étant exposés à des risques d'une intensité différente. Quoiqu'il en soit, il résulte de la jurisprudence européenne que l'assureur, qui

n'ignore pas l'identité et donc le sexe de l'assuré lors de la formation du contrat a, néanmoins, l'interdiction d'en tenir compte dans le calcul de la prime. L'exigence de transparence de l'assuré est en l'occurrence marquée par un recul singulier, l'assureur ayant valablement accès à une information qu'il lui est interdit d'exploiter.

**8.** Plus grave, la CJUE a jugé dans un arrêt du 20 juillet 2017, en matière d'assurance automobile, que l'assureur avait l'interdiction d'opposer aux victimes d'un accident de la circulation la nullité du contrat d'assurance pour fausse déclaration intentionnelle de l'assuré<sup>32</sup>. Contrairement à la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, l'assureur aura donc l'obligation d'indemniser les victimes, quand bien même la nullité du contrat serait prononcée<sup>33</sup>. Le fonds de garantie des assurances obligatoires (FGAO) n'a donc plus, comme par le passé, l'obligation d'intervenir pour pallier un tel défaut rétroactif d'assurance automobile ; l'assureur demeurant engagé par le biais d'un contrat nul. La solution retenue par la Cour de justice ne peut de nouveau que surprendre. Il est en effet traditionnellement admis que la nullité d'un contrat emporte son anéantissement rétroactif, de sorte que celui-ci est réputé n'avoir jamais existé<sup>34</sup>. On comprend donc difficilement comment l'assureur pourrait se trouver obligé d'indemniser les victimes de dommages causés par l'assuré sur la base d'un contrat annulé. Prenant toutefois acte de cette règle prétorienne, le législateur a inséré un nouvel article L. 211-7-1 dans le Code des assurances, selon lequel la nullité du contrat pour fausse déclaration intentionnelle est « inopposable » aux tiers lésés<sup>35</sup>. Surtout, il résulte de cette évolution regrettable que l'assureur, victime de la déclaration frauduleuse opérée par l'assuré, devra indemniser les victimes de l'accident, quand bien même il n'aurait pas reçu une prime

30. Y. Lambert-Faivre et L. Leveueur, *Droit des assurances*, op. cit., n° 905, p. 655, et n° 1034, p. 792.

31. CJUE, 1<sup>er</sup> mars 2011, n° C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*.

32. CJUE, 6<sup>e</sup> ch., 20 juill. 2017, n° C-287/16, *Fidelidade*; F. Leduc, « L'exception de nullité inopposable : une étrangeté qui gagne du terrain dans le contrat d'assurance », *RDC* 2018, p. 73.

33. Crim., 31 mai 1988, n° 87-84.010, *Bull.* n° 234 : « la nullité d'un contrat d'assurance est opposable à tout bénéficiaire de la garantie stipulée ». En ce sens également : Crim. 12 juin 2012, n° 11-87.395; Civ. 1<sup>er</sup>, 23 juin 1971, n° 70-10.512, 70-11495, 70-12.202, *Bull.* n° 20; Civ. 2<sup>e</sup>, 28 mai 2009, n° 08-14.237.

34. La règle a d'ailleurs été consacrée à l'article 1178 du Code civil par l'Ordonnance du 10 février 2016 : « Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé ».

35. Préalablement à cette évolution législative, la Cour de cassation avait aligné sa jurisprudence sur celle de la CJUE : Civ. 2<sup>e</sup>, 29 août 2019, n° 18-14.768, *Bull.*; Civ. 2<sup>e</sup>, 16 janv. 2020, n° 18-23.381, *Bull.*, *D.* 2020, p. 1205, note D. Noguéro; *RGDA* 2020, p. 27, note J. Landel; Crim., 8 sept. 2020, n° 19-84.983, *Bull.*

d'assurance proportionnée au risque couvert. La situation dans laquelle se trouve l'assureur est, le cas échéant, d'autant plus inconfortable qu'il ne bénéficiera que très rarement d'un recours subrogatoire effectif contre son assuré, ce dernier ne disposant généralement pas d'un patrimoine suffisant pour réparer les préjudices causés aux victimes d'un accident de la circulation. Il en résulte, là aussi, un recul notable de l'exigence de transparence de l'assuré, l'assureur n'étant pas en mesure de se prévaloir d'une fausse déclaration du risque couvert pour refuser sa garantie, soit une tromperie du souscripteur.

Sous réserve des deux exceptions qui viennent d'être évoquées, l'assureur est en droit d'utiliser la totalité des informations qu'il a recueillies dans le questionnaire de déclaration des risques, sans pouvoir reprocher à l'assuré de ne pas lui avoir spontanément déclaré telle ou telle information. Cependant, afin de favoriser l'accès à des produits d'assurance, le législateur interdit parfois à l'assureur de poser certaines questions à l'assuré, en particulier sur son état de santé. Le but affiché est d'empêcher l'assureur d'accéder à des informations lui permettant de constater le caractère aggravé du risque que le candidat à l'assurance souhaite faire couvrir, ce qui pourrait le conduire à refuser de délivrer sa garantie. Le cas échéant, l'assuré est en quelque sorte en droit de conserver un jardin secret d'informations, ce qui opacifie, à son bénéfice, le risque auquel il est exposé.

## **B. Les informations secrètes**

**9.** Pour certaines catégories d'assurance, le questionnaire de déclaration des risques remis à l'assuré prendra plus spécifiquement la forme d'un questionnaire médical. Tel est le cas pour les assurances dites de personnes qui couvrent le risque d'atteinte à l'intégrité physique de la personne humaine ou portant sur la durée de vie humaine<sup>36</sup>. Pour ces assurances, l'assureur sera contraint de poser des questions portant sur l'état de santé du candidat à l'assurance, car c'est dans sa chair que le risque se trouve. Après avoir recueilli les réponses du candidat, l'assureur appliquera un taux de prime plus élevé aux can-

didats âgés ou déclarant des antécédents médicaux plus ou moins graves, pour lesquels les risques de santé sont statistiquement plus élevés que pour les candidats jeunes ou n'ayant souffert d'aucune pathologie notable.

Logique d'un point de vue assurantiel, cette situation a toutefois suscité de sérieuses difficultés pour les candidats porteurs de risques de santé aggravés que les assureurs refusaient de couvrir, ou consentaient à couvrir moyennant une prime très élevée. Il en résultait que de tels candidats se trouvaient parfois dans l'impossibilité de contracter un crédit que les établissements bancaires refusaient de délivrer en l'absence de souscription d'une assurance emprunteur. En France, il est quasiment impossible d'obtenir un crédit (immobilier, consommation, professionnel) sans la souscription corrélative d'une assurance couvrant le risque d'impossibilité de remboursement de l'emprunteur en cas d'invalidité ou de décès. Les personnes souffrant d'une maladie grave, ou ayant souffert de telles maladies, pouvaient donc pâtir d'une forme d'exclusion économique et sociale puisqu'ils se trouvaient dans l'impossibilité de mener à bien leurs projets personnels ou professionnels (acquisition d'un logement, création d'une entreprise...).

La problématique de la garantie des risques aggravés de santé s'est posée avec une importance particulière, au début des années 1990, avec le développement d'une maladie sexuellement transmissible : le SIDA, qui constitue un risque aggravé de santé dès l'identification de la contamination d'une personne par ce virus<sup>37</sup>. À cette époque, la plupart des assureurs refusaient de délivrer une garantie aux personnes porteuses de cette maladie, et subordonnaient parfois même la délivrance d'une assurance emprunteur à la production d'un test de dépistage négatif. Pour remédier à cette situation, une convention sur l'assurabilité des personnes séropositives a été signée le 3 septembre 1991 par le ministère de la santé et les représentants des assureurs, afin de permettre à ces personnes d'accéder à des produits d'assurance en dépit de leur mala-

36. Les assurances de personnes s'opposent aux assurances de dommages (responsabilité et chose) en ce qu'elles ne tendent pas à protéger le patrimoine de l'assuré, mais uniquement son intégrité physique ou contre un risque lié à sa durée de vie. Sur la classification des contrats d'assurance : G. Durry, « Les grandes catégories d'assurances », in F. Ewald et J.-H. Lorenzi (dir.), *Encyclopédie de l'assurance*, Economica, 1998, p. 521.

37. Y. Lambert-Favret et L. Leveneur, *Droit des assurances*, op. cit., n° 1032, p. 787.

die, mais avec un plafond de garantie maximal. Ces discussions se sont par la suite renouvelées concernant d'autres maladies, en particulier diverses formes de cancer ou d'hépatite, elles aussi constitutives d'un risque aggravé de santé. Elles ont *in fine* permis l'élaboration d'une importante convention dites AREAS (s'Assurer et Emprunter avec un risque Aggravé de Santé), signée le 6 juillet 2006 par l'État, des associations de consommateurs et de personnes malades ou en situation de handicap, ainsi que par les professionnels du secteur bancaire et de l'assurance<sup>38</sup>.

Cette convention, amendée à plusieurs reprises, prévoit désormais quatre volets principaux. Le premier volet consacre un *droit à l'oubli* pour le candidat à l'assurance, puisqu'il est prévu qu'aucune information médicale relative à une pathologie cancéreuse ne peut être sollicitée ou prise en compte dès lors que le protocole thérapeutique est achevé depuis 10 ans, ou 5 ans pour les cancers diagnostiqués avant l'âge de 18 ans<sup>39</sup>. Le deuxième volet prévoit ensuite, pour l'assurance décès des prêts à la consommation n'excédant pas 17 000 euros, une suppression totale des questionnaires médicaux lorsque plusieurs conditions cumulatives, relatives aux modalités du prêt demandé, sont réunies<sup>40</sup>. Le troisième volet prévoit, en outre, que lorsque les conditions prévues au second volet ne sont pas remplies, des questionnaires de santé sont autorisés, mais d'importantes restrictions sont prévues quant à la nature et au libellé des questions pouvant être posées par l'assureur<sup>41</sup>. Le quatrième volet, qui concerne les emprunts immobiliers et professionnels, permet au candidat s'étant vu refuser la délivrance d'une assurance de pouvoir malgré tout se voir proposer des garanties alternatives (cautionnement, hypothèques). L'ensemble de ce dispositif convention-

nel a reçu une assise légale par la loi du 2 mars 2002 relative aux droits des malades. L'article L. 1141-2 du Code de la santé publique, créé par cette loi, prévoit à cet égard que « toute personne présentant, du fait de son état de santé ou de son handicap, un risque aggravé bénéficie de plein droit de [la convention AREAS] ».

**10.** Là encore, le recul de la transparence de l'assuré est manifeste, puisque l'assureur peut, en application de la convention AREAS, soit avoir l'interdiction radicale de poser des questions sur l'état de santé du candidat à l'assurance, soit avoir l'interdiction d'en poser certaines pouvant se révéler défavorables à l'assuré. L'objectif d'intérêt général de favoriser l'accès à l'assurance emprunteur, clé de l'octroi d'un crédit, justifie ici l'opacification du risque dont ce dernier est porteur. Ce mouvement d'opacification est d'autant plus notable qu'il s'est récemment renforcé par l'entrée en vigueur de la loi du 28 février 2022 pour un accès plus juste, plus simple et plus transparent au marché de l'assurance emprunteur, dite loi Lemoine<sup>42</sup>. Cette loi a, en effet, encadré davantage dans le temps le droit pour l'assureur de poser des questions à l'assuré après la fin de sa maladie. L'article L. 1141-5 du Code de la santé publique prévoit désormais « qu'aucune information médicale relative aux pathologies cancéreuses et à l'hépatite virale C ne peut être recueillie par les organismes assureurs » au-delà d'un délai « de cinq ans à compter de la fin du protocole thérapeutique », quel que soit l'âge du souscripteur. La loi du 28 février 2022 a également institué un nouvel article L. 113-2-1 dans le Code des assurances suivant lequel « aucune information relative à l'état de santé ni aucun examen médical de l'assuré ne peut être sollicité par l'assureur » dans le cadre d'un contrat d'assurance garantissant le remboursement d'un emprunt immobilier n'excédant pas

38. Signalons qu'avant la convention AREAS, une autre convention du 17 septembre 2001 « visant à améliorer l'accès à l'assurance des personnes présentant un risque aggravé de santé », moins ambitieuse, avait également été signée.

39. Cette durée a été récemment diminuée et harmonisée à 5 ans, quel que soit l'âge du candidat à l'assurance (C. ass., art. L. 113-2-1).

40. Le prêt ne doit pas dépasser 17 000 euros, excéder une durée 4 ans, le candidat ne doit pas être âgé de plus de 50 ans, lequel doit fournir une déclaration sur l'honneur de non-cumul de prêts au-delà de 17 000 euros.

41. Aucune question sur la sexualité ne peut, par exemple, être posée, tandis que la formulation d'une éventuelle question sur le fait que le candidat ait passé un test de dépistage de l'hépatite B et C ou du SIDA est réglementée par la convention.

42. A. Pélissier, « Vers une libéralisation et une simplification de l'assurance emprunteur », *D.* 2022, p. 160; J. Lasserre, « Ce qu'il faut retenir de la nouvelle réforme de l'assurance emprunteur », *D.* 2022, p. 600; R. Bigot et A. Cayol, « Des symptômes du marché de l'assurance emprunteur aux remèdes proposés par la réforme Lemoine », *Gaz. Pal.*, 14 juin 2022, p. 39; M. Asselain, « Nouvelle réforme de l'assurance emprunteur », *LEDA* 2022, n° 4, p. 5.

200 000 euros, et dont l'échéance de remboursement est antérieure au sixième anniversaire de l'assuré. L'exigence de transparence de l'assuré est ici totalement anéantie, à tel point que l'on peut s'interroger sur le point de savoir si de telles assurances relèvent encore de l'assurance privée ou de l'assurance sociale<sup>43</sup>.

**11.** En dehors de la convention AREAS, il convient de signaler que l'assureur a également l'interdiction d'accéder à d'autres informations relatives à l'état de santé de l'assuré : son patrimoine génétique. Les questions pouvant être posées par l'assureur sont sur ce point limitées par l'article 16-10 du Code civil, né des lois bioéthiques du 29 juillet 1994. Cet article prévoit que « l'examen des caractéristiques génétiques constitutionnelles d'une personne ne peut être entrepris qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique », ce qui excluait *a priori* l'utilisation de ces données dans un cadre assurantiel. Cette interdiction avait malgré tout laissé subsister des difficultés, car il arrivait en pratique que certains assurés produisent spontanément leurs informations génétiques, qui leur étaient favorables, afin de se voir appliquer un taux de prime moindre. La divulgation volontaire d'informations génétiques à l'assureur n'était, en effet, pas prohibée, dès lors qu'elle ne correspondait pas à une demande ou une recherche émanant de l'assureur. Pour remédier à cette situation pouvant emporter des disparités entre les assurés, le législateur a plus radicalement interdit à l'assureur de tenir compte des examens génétiques d'un candidat à l'assurance pour tarifier le risque. Ainsi que le prévoit l'article L. 1114-1 du Code de la santé publique : « Les entreprises qui proposent une garantie des risques d'invalidité ou de décès ne doivent pas tenir compte des résultats de l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne demandant à bénéficier de cette garantie, même si ceux-ci leur sont transmis par la personne concernée ou avec son accord ». Des informations techniquement accessibles pour l'assureur lui sont donc juridiquement interdites

d'utilisation pour des raisons éthiques, sociales et d'équité entre les assurés<sup>44</sup>.

Que ce soit pour des raisons d'intérêt général, éthiques ou de protection juridique des assurés, ces derniers ont bénéficié depuis 1990 d'une opacification croissante du risque auquel ils sont exposés. Pour y procéder, le mode opératoire employé par le législateur est demeuré identique : encadrer et réglementer le questionnaire de déclaration des risques élaboré unilatéralement par l'assureur. Ce n'est, en effet, qu'à travers ce questionnaire, dont le contenu peut être réglementé, que l'assureur peut exiger de l'assuré d'être transparent à son égard. Empruntant le chemin inverse, l'assureur s'est progressivement vu imposer une transparence accentuée dans l'élaboration du contrat d'assurance afin de faciliter sa compréhension par l'assuré, tant avant sa formation qu'au cours de son exécution.

## II. La transparence renforcée de l'assureur

**12.** Avant la loi Godart du 13 juillet 1930, le contrat d'assurance faisait l'objet de critiques particulièrement nourries. Aucun texte général ne réglementait la formation et l'exécution de ce contrat, ce qui permettait aux entreprises d'assurance d'abuser, parfois considérablement, de leur liberté contractuelle<sup>45</sup>. Il en allait particulièrement ainsi en ce qui concerne la rédaction ambiguë et/ou en (très) petits caractères des clauses d'exclusion de garantie que l'assureur interprétait de la manière lui étant la plus favorable, afin de refuser le paiement de toute indemnité<sup>46</sup>. On peut sûrement dater de cette époque l'expression « assureur, voleur ! », tant la défiance à l'égard de ce contrat était alors importante.

En moins d'un siècle, le contrat d'assurance a toutefois fait l'objet d'évolutions considérables. Certes, son application génère toujours un contentieux relativement abondant, et suscite parfois des incompréhensions et frustrations de la part des assurés<sup>47</sup>. En revanche, la réglementa-

43. L. Mayaux, « L'assurance "emprunteurs" au risque de la solidarité », *RGDA* 2022, n° 4, p. 1.

44. Sur ces questions : E. Linglin, *Corps humain et assurances de personnes*, th. dactyl. Paris-Panthéon-Assas, 2014.

45. Ch. Broussy, *Histoire du contrat d'assurance (xvi<sup>e</sup>-xx<sup>e</sup> siècle)*, LGDJ, 2023.

46. J. Godart et A. Perraud-Charmantier, *Code des assurances, Commentaire pratique et complet de la loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance avec, en appendice, le droit fiscal de l'assurance*, 1<sup>er</sup> éd., Éditions Godde, 1930.

47. L. Mayaux, « Réflexions sur la clarté des clauses en assurance », *RGDA* 2023, n° 07, p. 6.

tion du contrat d'assurance s'est considérablement développée, de sorte que la liberté contractuelle de l'assureur est aujourd'hui strictement encadrée. Parallèlement, les assureurs se sont vus progressivement imposer de multiples obligations d'information à destination de leurs assurés, dont la densité tend à s'accroître de manière exponentielle depuis trente ans. Le but poursuivi par le législateur est simple : l'assuré doit être en mesure, avant la formation du contrat et au cours de son exécution, de comprendre et maîtriser tous les aspects des garanties qu'il a souscrites. Il doit être en mesure de manier lui-même le bouclier qu'il a acquis pour se protéger contre les coups du sort, ce qui suppose de lui délivrer une information claire et exploitable. Ces obligations d'information ont pris une importance telle en droit positif, en droit interne et européen, qu'il n'est pas exagéré de parler d'une véritable exigence de transparence de l'assureur avant le contrat (A) et dans le contrat (B).

### A. La transparence avant le contrat

**13.** L'exigence de transparence de l'assureur avant la formation du contrat d'assurance comporte deux dimensions. L'assureur est d'abord débiteur d'une obligation *documentaire* et préalable d'information sur le produit qu'il délivre. Le siège de cette obligation se trouve à l'article L. 112-2 du Code des assurances, qui impose à l'assureur de délivrer au candidat à l'assurance trois documents avant la formation du contrat : une fiche d'information sur le prix et les garanties ; un exemplaire du projet de contrat et de ses pièces annexes ou une notice d'information sur le contrat décrivant « précisément les garanties assorties des exclusions, ainsi que les obligations de l'assuré » ; et un document d'information normalisé sur le produit d'assurance élaboré par le concepteur du produit. Avant la souscription, l'assureur doit donc d'emblée annoncer la couleur en indiquant clairement à l'assuré les tenants et aboutissants de la police dont il propose la souscription.

Cette obligation précontractuelle d'information est encore plus dense pour les contrats d'as-

surance-vie, ce qui se justifie par la complexité de ces produits et les enjeux financiers en découlant. L'article L. 132-5-2 du Code des assurances prévoit, à ce titre, que l'assureur vie doit remettre au candidat, avant la formation du contrat, « une note d'information sur les conditions d'exercice de la faculté de renonciation et sur les dispositions essentielles du contrat » dont le contenu est strictement réglementé par arrêté<sup>48</sup>. De manière non exhaustive, le contrat doit notamment mentionner les frais de gestion de l'assureur, les garanties offertes et la disponibilité des sommes en cas de rachat, le rendement minimum garanti, la participation aux bénéfices, les modalités de désignation des bénéficiaires et d'examen des litiges. Sous l'impulsion du droit européen, l'assureur vie doit également délivrer au souscripteur, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018, le Document d'Information Clé (DIC) du contrat d'assurance-vie, qui est un document standardisé rappelant les caractéristiques et objectifs du contrat, soit notamment les risques et gains potentiels encourus par l'assuré, les coûts ou frais liés à la souscription de la police et aux supports financiers<sup>49</sup>. En dépit de cette énumération de renseignements dus par l'assureur vie, précisons qu'il ne s'agit là que d'un bref aperçu de l'ampleur de ses obligations d'information qui ne cessent de se renforcer, à tel point que cette documentation peut se matérialiser, suivant la complexité du produit souscrit, à travers plusieurs centaines de pages. Ce mouvement de densification de l'information semble, en outre, se poursuivre. Preuve en est l'entrée en vigueur de deux récents arrêtés des 24 février 2022 et 4 avril 2023 portant renforcement et amélioration de la transparence sur les frais du plan d'épargne retraite et de l'assurance-vie.

L'obligation d'information de l'assureur vie est d'autant plus importante qu'elle fait l'objet d'une sanction particulièrement dissuasive. Dans un contrat d'assurance-vie, tout souscripteur, personne physique, a, en effet, la faculté de renoncer au contrat durant un délai de trente jours à compter du moment où il est informé que le contrat est conclu<sup>50</sup>. Cependant, en cas de défaut de remise des documents et informations

48. C. ass., art. A. 132-4 et son annexe.

49. Règ. (UE) n° 1286/2014 du 26 nov. 2014 sur les documents d'informations clés relatifs aux produits d'investissement packagés de détail et fondés sur l'assurance.

50. C. ass., art. L. 132-5-1.

évoqués plus haut, le souscripteur lésé voit son délai de renonciation prorogé jusqu'à la date de remise effective de ces documents, dans la limite de huit ans à compter de la date où le souscripteur est informé que le contrat est conclu<sup>51</sup>. Cette prérogative prolongée du souscripteur peut se révéler être d'une importance capitale, en particulier lorsque les supports d'investissement de l'assurance-vie sont des unités de compte. Dans ce cas, le souscripteur ayant investi un certain capital, par exemple 100 000 euros, pourrait subir une moins-value après quelques temps (- 30 000 euros), ce qui lui ferait regretter d'avoir souscrit le produit d'assurance-vie qu'il s'est vu délivrer. Afin de ne pas subir personnellement cette perte, l'assuré pourrait toutefois opportunément faire valoir que l'assureur ne lui a pas délivré une ou plusieurs des informations prévues à l'article L. 132-5-2 du Code des assurances, ce qui l'autoriserait à exercer son droit de renonciation, prorogé du fait de l'incurie de l'assureur. Ce dernier devrait alors restituer intégralement le capital versé par le souscripteur (100 000 euros), sans considération de la moins-value que l'assureur devra lui-même supporter. La Cour de cassation a récemment illustré l'application de cette sanction dans deux arrêts publiés au bulletin<sup>52</sup>.

**14.** Outre l'accomplissement de son obligation documentaire d'information, l'assureur doit également vérifier l'adéquation des garanties que le candidat à l'assurance entend souscrire au regard des risques auxquels il est exposé<sup>53</sup>. En d'autres termes, l'assureur doit être transparent sur la nature du produit qu'il propose et sur la pertinence de celui-ci après avoir examiné les besoins de sécurité du candidat à l'assurance. Une ordonnance du 16 mai 2018, transposant une directive européenne, a codifié cette exigence pour tous les distributeurs d'assurance (assu-

reurs, courtiers, agents généraux) à l'article L. 511-4 du Code des assurances : « avant la conclusion de tout contrat d'assurance, le distributeur précise par écrit, sur la base des informations obtenues auprès du souscripteur éventuel ou de l'adhérent éventuel, les exigences et les besoins de celui-ci et lui fournit des informations objectives sur le produit d'assurance proposé sous une forme compréhensible, exacte et non trompeuse afin de lui permettre de prendre une décision en toute connaissance de cause »<sup>54</sup>. L'assureur ne peut donc se borner à une transparence documentaire commune à tous les souscripteurs d'un même type de police d'assurance. Il est également tenu à une transparence particulière et casuistique à l'endroit de chaque assuré, en particulier lorsque ce dernier a manifesté des besoins particuliers de garantie.

### **B. La transparence dans le contrat**

**15.** Une fois le contrat formé, l'assureur n'est pas libéré de toute exigence de transparence envers l'assuré. Cette exigence se poursuit durant la remise de la police et au cours de son exécution, ce qui se traduit par un strict formalisme imposé dans le contrat. On se permettra ici d'être plus bref, un auteur ayant récemment exposé dans les colonnes de cette revue la portée et les enjeux du formalisme dans le contrat d'assurance<sup>55</sup>.

Outre l'obligation suivant laquelle le contrat d'assurance doit être rédigé par écrit, en français et en caractères apparents<sup>56</sup>, l'article L. 112-4 du Code des assurances impose à l'assureur la mention de près d'une dizaine d'informations relativement étendues<sup>57</sup>, et de rédiger les clauses édictant des nullités, des déchéances ou des exclusions « en caractères très apparents ». Pour les exclusions de garantie, l'article L. 113-1 prévoit plus précisément que ces clauses ne sont

51. Après une hésitation (Civ. 2<sup>e</sup>, 27 mars 2006, n° 05-10.366, *Bull.*), la Cour de cassation juge désormais que cette faculté prorogée de renonciation ne peut être exercée que par le souscripteur de bonne foi (Civ. 2<sup>e</sup>, 12 janv. 2017, n° 16-10.003, *Bull.*).

52. Civ. 2<sup>e</sup>, 15 déc. 2022, n° 21-15.980, *Bull.* ; Civ. 2<sup>e</sup>, 11 mars 2021, n° 18-12.376, *Bull.*

53. Civ. 2<sup>e</sup>, 12 janv. 2017, n° 15-28.072 ; Civ. 2<sup>e</sup>, 7 juill. 2011, n° 10-16.267.

54. Ord. n° 2018-361 du 16 mai 2018 transposant la directive relative à la distribution d'assurance.

55. A. Touzain, « Le formalisme en droit des assurances », *RDA* mai 2023, n° 25, p. 129.

56. C. ass., art. L. 112-3.

57. Le contrat doit comporter les noms et domiciles des parties contractantes ; la chose ou la personne assurée ; la nature des risques garantis ; le moment à partir duquel le risque est garanti et la durée de cette garantie ; le montant de cette garantie ; la prime ou la cotisation de l'assurance ; la loi applicable au contrat lorsque ce n'est pas la loi française ; l'adresse du siège social de l'assureur et, le cas échéant, de la succursale qui accorde la couverture ; et le nom et l'adresse des autorités chargées du contrôle de l'entreprise d'assurance qui accorde la couverture.



valides qu'à la condition qu'elles soient « formelles et limitées », cette exigence constituant sans nul doute celle générant le contentieux le plus abondant dans le cadre du contrat d'assurance<sup>58</sup>. Dans le contexte du Covid-19, la validation par la Cour de cassation des clauses excluant la garantie des pertes d'exploitation subies par l'assuré lorsqu'elles sont imputables à une épidémie, en est l'un des derniers exemples d'envergure<sup>59</sup>. Ce dispositif d'informations, déjà relativement précis, est encore complété par une autre série de mentions obligatoires prévues à l'article R. 112-1 du Code des assurances relatives, notamment, à la durée du contrat, aux conditions de la tacite reconduction si elle est stipulée, ainsi qu'aux obligations de l'assuré lors la souscription de l'assurance puis en cours de contrat. Bref, le contrat d'assurance doit être une vitrine pour l'assuré, à travers laquelle il doit pouvoir consulter et comprendre la totalité des aspects du produit qu'il a souscrit. L'assuré doit à l'évidence être en mesure d'appréhender le périmètre des garanties qu'il a souscrites mais également, et plus généralement, le fonctionnement de son contrat.

**16.** En dehors de ce formalisme venu de la loi, il arrive parfois que la jurisprudence contribue également au renforcement de la transparence dans le contrat d'assurance. Nous en prendrons un exemple. L'article R. 112-1 du Code des assurances prévoit que le contrat d'assurance « doit rappeler les règles de prescription des actions dérivant du contrat d'assurance ». Dans un premier temps, la première chambre civile de la Cour de cassation jugeait que la violation de cette obligation d'information engageait seulement la responsabilité civile de l'assureur pour

faute, en l'absence de toute autre sanction prévue par la loi<sup>60</sup>. Cette solution a par la suite été totalement abandonnée par la deuxième chambre civile qui juge désormais, plus sévèrement, que l'inobservation de cette obligation par l'assureur est « sanctionnée par l'inopposabilité à l'assuré du délai de prescription édicté par l'article L. 114-1 du même code »<sup>61</sup>.

Outre la découverte prétorienne de cette sanction, la Cour de cassation a également imposé à l'assureur un formalisme particulièrement strict. Ce dernier ne peut se contenter, dans le contrat, de procéder à une simple référence textuelle des règles relatives à la prescription biennale, estimée insuffisante par la jurisprudence<sup>62</sup>. L'assureur est plus précisément tenu de rappeler *in extenso* les textes relatifs à la prescription biennale, qu'il s'agisse des règles relatives au délai de prescription<sup>63</sup>, aux différents points de départ du délai<sup>64</sup>, ainsi qu'aux causes d'interruption de celui-ci<sup>65</sup>. Lorsque tel n'est pas le cas, l'assuré ne peut se voir opposer la prescription de son action sur le fondement de l'article L. 114-1 du Code des assurances. La sanction est d'autant plus redoutable que la Cour de cassation juge que l'assureur se trouvant dans une telle situation ne peut pas non plus opposer à l'assuré, subsidiairement, la prescription quinquennale de droit commun<sup>66</sup>. Autrement dit, l'action de l'assuré contre l'assureur devient imprescriptible lorsque ce dernier a méconnu les exigences de l'article R. 112-1<sup>67</sup>. L'exigence de transparence de l'assureur peut donc également tirer son origine de la jurisprudence, et ne pas concerner le contrat d'assurance à proprement parler (garanties, exclusions, primes, etc.), mais les modalités dans le temps d'une potentielle action en justice de l'assuré.

58. Le Recueil annuel des études 2023 de la Cour de cassation a, sans doute pour cette raison, choisi de consacrer une étude globale des exclusions de garantie en droit des assurances (p. 51 à 87).

59. Civ. 2<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> déc. 2022, n° 21-19.342, *Bull.*; Civ. 2<sup>e</sup>, 19 janv. 2023, n° 21-21.516, *Bull.*

60. Civ. 1<sup>er</sup>, 22 mai 2002, n° 01-86.156.

61. Civ. 2<sup>e</sup>, 2 juin 2005, n° 03-11.871, *Bull.*

62. Civ. 2<sup>e</sup>, 28 avr. 2011, n° 10-16.403, *Bull. civ. II*, n° 92, p. 77; Civ. 2<sup>e</sup>, 22 oct. 2015, n° 14-21.909.

63. Civ. 2<sup>e</sup>, 14 janv. 2010, n° 09-12.590.

64. Civ. 2<sup>e</sup>, 3 sept. 2009, n° 08-13.094, *Bull. civ. II*, n° 201, p. 185; Civ. 2<sup>e</sup>, 7 avr. 2016, n° 15-14.154; Civ. 3<sup>e</sup>, 26 nov. 2015, n° 14-23.863.

65. Civ. 2<sup>e</sup>, 9 févr. 2023, n° 21-19.498, *Bull.*

66. Civ. 3<sup>e</sup>, 21 mars 2019, n° 17-28.021, *Bull.*; Civ. 2<sup>e</sup>, 24 nov. 2022, n° 21-17.327, *Bull.* : « L'assureur qui, n'ayant pas respecté les dispositions de l'article R. 112-1 du Code des assurances, ne peut pas opposer la prescription biennale à son assuré, ne peut prétendre à l'application de la prescription de droit commun ».

67. Sous réserve du délai butoir de vingt ans prévu à l'article 2232 du Code civil.

**17. Conclusion** – Depuis près de trente années, la transparence dans le contrat d'assurance fait l'objet d'importantes variations marquées par un recul de celle-ci à l'égard de l'assuré, et d'un renforcement croissant à l'égard de l'assureur. Ce mouvement général peut sans doute être approuvé en ce qu'il permet d'accroître la protection et les droits de l'assuré, partie faible au contrat, et permet parfois d'atteindre un objectif d'intérêt général : l'accès à l'assurance emprunteur pour les personnes présentant un risque aggravé de santé en est un exemple. Pour autant, le législateur devrait se garder de poursuivre davantage ce mouvement, sauf à encourir deux écueils. En premier lieu, l'assureur a besoin d'appréhender précisément le risque auquel l'assuré est exposé pour tarifier le montant de la prime. Opacifier davantage le risque porté par l'assuré pourrait emporter une destruction de la notion même de contrat d'assurance – et des règles actuarielles et économiques sur lesquelles elle repose – ce qui n'est guère envisageable. Un basculement vers le modèle des assurances sociales serait sinon à craindre. En outre, interdire ou restreindre l'accès de l'assureur à certaines informations implique pour celui-ci de tarifier le risque approximativement, et parfois à l'aveugle, ce qui aura pour conséquence une

primes demandées. L'opacification a un prix, lequel se répercutera sur l'ensemble de la communauté d'assurés dont l'assureur aura mutualisé les risques. Il n'est donc pas certain que les assurés ressortent toujours grandis de la protection qui leur est donnée par le législateur.

En second lieu, les informations devant être délivrées par l'assureur sont d'une telle densité en droit positif que l'on peut douter qu'elles soient véritablement consultées et utilisées par l'assuré. Quel candidat à l'assurance prend véritablement le soin de lire attentivement les dizaines voire centaines de pages de documentation contractuelle avant la souscription, par exemple, d'un contrat d'assurance-vie ? Cumuler les informations et mentions obligatoires, dans une trop grande mesure, ne modifiera pas la compréhension que le candidat ou l'assuré aura d'un contrat d'assurance. Au contraire, l'exigence de transparence de l'assureur pourrait se révéler destructrice d'elle-même en ce qu'elle découragerait l'assuré de s'en saisir, et l'empêcherait de trier et sélectionner, parmi un amoncellement d'information, celles les plus pertinentes et qui lui sont essentielles. En somme, la transparence dans le contrat d'assurance constitue autant une vertu qu'un danger dont il convient de ne pas minimiser l'importance.

# Dossier

## La transparence et le droit

---

### La transparence en droit des affaires : la délicate question du contrôle de l'information sur la durabilité

**Thibaut Duchesne**

Maître de conférences à l'Université Jean Moulin Lyon 3

1. Exigence de la société civile, la transparence est autant demandée qu'elle effraie ceux qui en sont débiteurs. En quelques années, elle a envahi toutes les formes d'activités. Médiatiquement, c'est la transparence dans la vie politique et plus globalement dans la vie publique qui est la plus vive. L'expansion de la transparence est toutefois bien plus vaste. Le droit l'a intégrée à tous les niveaux. Dépasant le seul droit public, elle a conquis le droit privé dans son ensemble, pour le meilleur et pour le pire.

2. À penser au droit privé, les matières sont diverses<sup>1</sup>. Toutefois, il est certainement un domaine, plus que tout autre, qui illustre la prégnance et la vivacité de la transparence ; un domaine dans lequel elle peut apparaître contradictoire : le droit des affaires. Ce dernier constituait la matière dans laquelle la transparence semblait la moins attendue. Mieux encore, pen-

dant longtemps, alors que la transparence envahissait le droit civil<sup>2</sup>, le droit des affaires constituait un îlot de non-transparence. Le doyen Carbonnier se faisait l'écho de ce constat : « s'il fallait passer du mariage aux choses sérieuses, c'est-à-dire au droit des affaires, de transparence il n'était plus question »<sup>3</sup>. Si cette absence interrogeait, elle pouvait se réclamer de la logique des affaires, laquelle répond au dicton populaire : « pour vivre heureux, vivons cachés ». C'est que les affaires se prêtent mal à la transparence : la discrétion des négociations, les stratégies silencieuses, le secret, la ruse et même le mensonge – accepté pendant longtemps en ce domaine<sup>4</sup> – sont profitables. Pourtant, nul ne pourrait raisonnablement affirmer aujourd'hui que l'absence de transparence est encore la règle. Tout au contraire, le droit des affaires est sûrement la matière dans laquelle elle s'est le plus dévelop-

---

1. V. à cet égard les autres contributions au présent dossier.

2. Que l'on pense, par exemple, au droit des contrats, avec l'accroissement impressionnant des obligations d'information. V. à cet égard, M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. priv. », t. 221, 1992, préf. J. Ghestin.

3. J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2001, p. 317.

4. *Ibid.*

pée. Au soutien de l'exigence de plus en plus vive d'éthique dans la vie des affaires<sup>5</sup>, de laquelle elle se distingue néanmoins<sup>6</sup>, la transparence s'exprime en droit de la concurrence<sup>7</sup>, en droit de la consommation<sup>8</sup>, en droit financier<sup>9</sup>, en droit bancaire<sup>10</sup>, etc. S'il est toutefois une matière où l'exigence de transparence est la plus vive, la plus substantielle et surtout, la plus actuelle, nul doute qu'il s'agit du droit des sociétés. On peut le comprendre. Les sociétés, particulièrement de capitaux, en ce qu'elles abritent une entreprise autour de laquelle gravitent de multiples acteurs<sup>11</sup>, méritent une certaine transparence, ne serait-ce que pour protéger les divers intérêts qui s'y entremêlent. Plus encore, parce que l'entreprise est désormais un sujet d'intérêt général, pilier de l'économie<sup>12</sup>, le droit des sociétés qui en constitue le véhicule juridique ne pouvait qu'être la cible de l'exigence de transparence.

**3.** À cet égard, l'évolution de la transparence au sein du droit des sociétés est le reflet de l'évolution de la matière elle-même. À l'époque, non lointaine, où la société était exclusivement conçue comme un instrument juridique destiné à la recherche d'un profit pour les associés et ainsi centré sur l'intérêt de ces derniers, l'exigence de transparence suivait cet objectif. Ainsi, l'information exigée n'était que financière et essentielle-

ment tournée, outre la protection des créanciers<sup>13</sup>, vers les associés, dont l'objectif principal résidait dans la protection de leur intérêt et particulièrement ceux des minoritaires<sup>14</sup>. Cette information essayait ainsi de réduire la distance connue entre le capital et la direction de la société. Par la suite, c'est l'importance des marchés financiers qui a conduit à élargir les exigences informationnelles des sociétés et à modifier leur objectif, pour les sociétés dont les titres étaient admis aux négociations sur un marché réglementé. En somme, la croissance de l'information en ce domaine répondait à la nécessité de protéger les investisseurs, en leur permettant de mieux définir leurs risques, à les éclairer de façon plus précise, à l'image de l'assimilation de l'investisseur à un consommateur et à protéger l'intégrité du marché<sup>15</sup>. Bien que croissante, l'information restait toujours essentiellement financière. Le développement de la *corporate governance* à l'européenne, de la RSE et de la multiplication des exigences d'éthique ont conduit à élargir la focale par le passage d'une transparence financière à une transparence extra-financière. La France a été à l'initiative de ce mouvement, en particulier avec la loi NRE du 15 mai 2001, en obligeant les sociétés cotées<sup>16</sup> à rendre compte dans leur rapport de gestion « de la manière dont la société prend en compte les

- 
5. V. not., sur cette vive émergence, B. Oppetit, « Éthique et vie des affaires », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 319.
  6. L'éthique impose un devoir être moral lorsque la transparence n'exige que de dire ce qui est, à l'image du dualisme kantien entre le *Sein* et le *Sollen*.
  7. V. par ex., J.-L. Fourgoux, « La transparence des relations commerciales après la réforme du titre IV du livre IV du code de commerce », *RLC* 2019/84, n° 3591.
  8. V. par ex., dernièrement, sur l'accentuation de la transparence en la matière déjà très élevée, M. Dary et N. Gosse, « Les effets du RGPD sur l'obligation de transparence des professionnels envers le consommateur », *RLDA* 2020, n° 163, p. 19.
  9. V., par ex., J. Chacornac, *Essai sur les fonctions de l'information en droit des instruments financiers*, Dalloz, 2014, préf. F. Drummond.
  10. À titre d'exemple, le Comité de Bâle s'est saisi depuis longtemps de la question. V. par ex. Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, *Renforcement de la transparence bancaire. Contribution de la communication financière et de l'information prudentielle à des systèmes bancaires sûrs et solides*, 1998.
  11. V. à cet égard, la célèbre thèse de J. Paillusseau, *La société anonyme. Technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey, coll. « Bibl. dr. com. », t. 18, 1967, préf. Y. Loussouarn, dont l'influence des idées est indéniable dans les mutations contemporaines du droit des sociétés.
  12. J. Hilaire, « Une histoire du concept d'entreprise », in *Le privé et le public*, *APD* 1997, p. 341 : « Depuis des années notre pays a les yeux rivés sur la santé de ses entreprises en retenant son souffle [...]. C'est que les entreprises sont les piliers de la vie économique actuelle ».
  13. Matérialisée depuis longtemps par l'exigence de publication des comptes annuels. V. pour les sociétés par actions, C. com., art. L. 232-23 ; pour les SARL, C. com., art. L. 232-22 ; pour les SNC, C. com., art. L. 232-21.
  14. V. not., F. Drummond, « L'information des actionnaires et des investisseurs », in *Entreprise : information et rumeur*, *RJ com.* 2005, hors-série, p. 15.
  15. V. not., sur l'ensemble de la question à l'époque, M. Teller, *L'information communiquée par les sociétés cotées. Analyse juridique d'une mutation*, Éditions Bénévent, 2009, préf. G. J. Martin.
  16. Initialement, le dispositif ayant été ensuite élargi, par de multiples réformes, en dehors des seules sociétés cotées.

conséquences sociales et environnementales de son activité »<sup>17</sup>. D'autres textes ont suivi<sup>18</sup>, de façon parcellaire et en diversifiant les sociétés concernées par telle ou telle nouvelle exigence d'information extra-financière<sup>19</sup>, au point de rendre peu lisibles les exigences de transparence<sup>20</sup>. L'Union européenne s'est saisie du sujet, poursuivant par là son objectif général d'harmonisation des législations, et en suivant une volonté d'instaurer une finance dite « durable » ainsi qu'un souhait des investisseurs d'être mieux informés pour déterminer leur politique d'investissement. La directive dite NFRD ou RSE du 22 octobre 2014 devait ainsi marquer un tournant majeur de l'évolution de la transparence en droit des sociétés<sup>21</sup>. Édifiée dans le but de renforcer les exigences de la RSE et d'harmoniser l'information en la matière au sein de l'Union européenne, elle fit naître sur le plan européen l'information extra-financière en ce sens qu'elle visait à rendre compte de données ne relevant pas des seuls résultats financiers déterminés traditionnellement à travers le principe de la juste valeur<sup>22</sup>. Traduite en droit français par l'obligation de publier une « déclaration de performance extra-financière »<sup>23</sup>, la directive RSE a essuyé un certain échec<sup>24</sup>. Plusieurs raisons l'expliquent.

Outre son champ d'application réduit, le rapport sur la clause de réexamen de la directive RSE dénonce un nombre important d'entreprises ne jouant pas le jeu de l'information, la faiblesse de la fiabilité des informations présentées, la divergence entre l'information souhaitée par les investisseurs et l'information donnée ou encore la difficile lisibilité et accessibilité de cette dernière<sup>25</sup>. Par ailleurs, si cette directive visait à renforcer la RSE, l'exigence de transparence avait toujours pour principal objectif la protection du choix des investisseurs.

**4.** C'est de ce constat d'échec et de l'impériosité actuelle des enjeux sociaux, sociétaux et environnementaux<sup>26</sup> qu'est née la directive du 14 décembre 2022, dite CSRD ou RSE 2<sup>27</sup>. Faisant partie du « Pacte vert pour l'Europe »<sup>28</sup> ayant pour objectif d'accélérer la transition écologique en faisant appel à la responsabilité sociale – sociétale – des entreprises, elle s'intègre dans un programme d'ampleur destiné à faire participer les entreprises à « une transition socialement juste vers un système économique durable dans lequel aucune personne et aucun lieu n'est laissé de côté »<sup>29</sup>, que le projet de directive relative au devoir de vigilance des entreprises en matière de

- 
17. Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JORF* n° 113, 16 mai 2001, texte n° 2, art. 116, créant l'article L. 225-102-1 du Code de commerce.
18. V., not., E. Bary-Clément et J.-C. Duhamel (dir.), *2001-2010 : Dix ans de transparence en droit des sociétés*, Artois Presses Université, 2011.
19. Pour l'illustrer, l'article L. 225-102-1 a été modifié, depuis sa création en 2001, pas moins de vingt-deux fois...
20. V. not., à cet égard, HCJP, *Les dispositifs de transparence extra-financière des sociétés*, juill. 2022.
21. Dir. 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes, *JOUE* L 330/1, 15 nov. 2014.
22. *Norme internationale d'information financière : IFRS 9 Instruments financiers*, juill. 2014.
23. C. com., art. L. 225-102-1, I. Et sur cette déclaration, sans être exhaustif, v. par ex., N. Cuzacq, « Le nouveau visage du reporting extra-financier français », *Rev. sociétés* 2018, p. 347 ; C. Malecki, « Transposition de la directive RSE : un nouveau cadre de publications extra-financières pour les grandes entreprises », *Bull. Joly S.* 2017, p. 632 ; A. Félix, « La responsabilité de l'émetteur au-delà de la directive RSE », *Bull. Joly B.* 2018, p. 328 ; B. Teyssié, « La déclaration de performance extra-financière », *JCP E* 2021, 1356.
24. V. sur cet échec, Commission européenne, *Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen concernant les clauses de réexamen figurant dans les directives 2013/34/UE, 2014/95/UE et 2013/50/UE*, COM(2021) 199 final, 21 avr. 2021.
25. *Ibid.*
26. Replétée en France par la réforme de l'article 1833 du Code civil opérée par la loi PACTE, v. à cet égard, T. Duchesne, *La responsabilité pour faute de l'actionnaire*, th. dactyl. Paris-Panthéon-Assas, 2022, A. Gaudemet (dir.), n°s 217 et s.
27. Dir. (UE) 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) n° 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité des entreprises, *JOUE* L 322/15, 16 déc. 2022.
28. Commission européenne, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : Le pacte vert pour l'Europe*, COM(2019) 640 final, 11 déc. 2019.
29. Dir. 2014/95/UE, préc., cons. 1.

durabilité<sup>30</sup> et celui de règlement dit « travail forcé »<sup>31</sup> devraient achever. Désormais, l'information extra-financière fait place à l'information sur la « durabilité ».

5. On ne peut que constater la transformation de la fonction de la transparence. Celle-ci n'a plus pour objectif principal la protection du marché, des créanciers ou des investisseurs. La société civile est désormais hissée à un rang équivalent de destinataire de l'information<sup>32</sup>. La transparence glisse de la protection des intérêts particuliers vers la protection de l'intérêt général. Le deuxième considérant de la directive CSRD est à cet égard éloquent : la publication par certaines catégories d'entreprises d'informations pertinentes, comparables et fiables est une condition préalable à la réalisation des objectifs que s'est assignée la Commission, lesquels relèvent tous de l'intérêt général, à savoir « réorienter les flux de capitaux vers des investissements durables en vue de parvenir à une croissance durable et inclusive ; gérer les risques financiers induits par le changement climatique, l'épuisement des ressources, la dégradation de l'environnement et les problématiques sociales ; et favoriser la transparence et une vision de long terme dans les activités économiques et financières »<sup>33</sup>. Certes, le passage d'une information « extra-financière » à une information sur la « durabilité » pourrait faire douter d'une telle mutation de la fonction de la transparence dans la mesure où ce changement terminologique est destiné à reconnecter les informations au plan financier<sup>34</sup>. Toutefois, il ne faut pas se méprendre. Le rattachement des informations environnementales, sociétales et sociales de l'entreprise à l'aspect financier conduit à voir une transforma-

tion profonde du modèle financier vers une finance réellement durable et servant ainsi l'intérêt général au regard des préoccupations contemporaines. En outre, le terme « durabilité » est inspiré du rapport *Brundland* de 1987 de la Commission mondiale de l'environnement et du développement, qui est plus qu'évocateur de la protection de l'intérêt général que cette terminologie suggère : « le développement durable répondrait aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs »<sup>35</sup>. Enfin, le contenu même de la transparence marque le changement de perspective de l'information qui « au-delà du E de Environnement, couvre l'éthique des affaires au sens large, du S de social, intègre les sujets sociétaux et de sobriété et demande aux entreprises de porter une attention toute particulière au G de Gouvernance »<sup>36</sup>.

6. Notre propos ne consiste toutefois pas à revenir sur le contenu des exigences nouvelles imposées aux entreprises par cette directive, ni sur l'extension considérable du champ d'application des nouvelles exigences de transparence ; cela a déjà été fait<sup>37</sup>. Plus pertinente et moins traitée est la question de l'effectivité et de l'efficacité de la transparence exigée par la directive au regard des objectifs de cette dernière. L'objectif essentiellement poursuivi étant une forme de protection de l'intérêt général, l'idée de fond des nouvelles exigences de transparence en matière de durabilité n'est autre que celle suivant laquelle, en étant tenue à une telle transparence en matière de durabilité, les entreprises soumises seront incitées à améliorer leur performance et comportement en la matière, et ainsi devenir des acteurs de la protection de la Société – marquant

30. V., sur cette proposition dans son dernier état officiel, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matières de durabilité et modifiant la Directive (UE) 2019/1937, COM(2022) 71 final, 2022/0051 (COD), 23 févr. 2022.

31. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'interdiction des produits issus du travail forcé sur le marché de l'Union, COM(2022) 453 final, 14 sept. 2022.

32. Dir. 2022/2464, préc., cons. 9.

33. Dir. 2022/2464, préc., cons. 2.

34. Dir. 2022/2464, préc., cons. 8.

35. Nation Unies, *Rapport de la Commission mondiale pour l'environnement et le développement*, 1987, p. 65.

36. C. Nouel, « Directive CSRD : la durabilité au cœur de la stratégie et de la gouvernance des entreprises », *BJS* 2023, n° 3, p. 53.

37. V. par ex., C. Nouel, « Directive CSRD : la durabilité au cœur de la stratégie et de la gouvernance des entreprises », préc. ; B. Lecourt, « Publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises : directive (UE) 2022/2464 du 14 décembre 2022, dite "Directive CSRD" », *Rev. sociétés* 2023, p. 119 ; J.-M. Moulin, « L'irrésistible ascension de la "RSE" (premières vues sur la directive CSRD) », *RD banc. fin.* 2023, n° 1, étude 1 ; B. Parance, « La directive CSRD, nouveau modèle du reporting extra-financier au service de la durabilité des entreprises », *JCP E* 2023, 1033.

quelque peu ici l'impuissance des États à cet endroit<sup>38</sup>. En somme, en obligeant à dire ce *qui est* au regard de certains facteurs d'intérêt général, il est espéré que les entreprises agissent comme *il doit être* face à ces derniers. La directive s'est-elle toutefois accordée les moyens de ses fins ? On sait en effet que la faiblesse de la directive RSE était, entre autres, celle du manque de fiabilité des informations divulguées. C'est qu'obliger à la transparence sans contrôle revient à risquer que les objectifs poursuivis restent lettre morte ou, pire encore, que l'exigence de transparence soit instrumentalisée par les entreprises concernées à d'autres fins que celles poursuivies. La directive CSRD tâche d'éviter cet écueil, en imposant un contrôle de l'information interne à la société (I). En revanche, la directive demeure moins ambitieuse s'agissant d'un contrôle externe (II), ce qui n'est pas sans poser certaines difficultés pour parvenir à l'objectif poursuivi.

## I. Le contrôle interne de l'information

7. Le contrôle interne de l'information est assuré schématiquement par deux voies, assez inégales : un contrôle par recours à l'audit légal (A) et un contrôle par recours à des organes connus du fonctionnement de la société, que sont le comité d'audit et les actionnaires par le biais de l'assemblée (B).

### A. Le contrôle par l'audit légal

8. À l'image de la directive NFRD, la directive CSRD reprend à son compte l'audit légal comme mécanisme de contrôle de l'information exigée et gage de sa fiabilité. Toutefois, cet audit est désormais placé au centre du dispositif de contrôle et le contrôleur légal voit sa mission renforcée, de façon à répondre aux demandes des parties prenantes<sup>39</sup>, en participant ainsi d'une

nouvelle conception de la comptabilité et de l'audit<sup>40</sup>. D'une part, ce contrôle sera effectué sous la responsabilité d'un contrôleur habilité, c'est-à-dire un contrôleur légal des comptes, ou un cabinet d'audit agréé. À cet égard, la directive insiste sur deux aspects nécessaires à un contrôle fiable et intègre : s'assurer d'une formation approfondie des contrôleurs en matière de durabilité<sup>41</sup> – indispensable, dans un domaine aussi complexe, à l'efficacité du contrôle – et la prise de mesures prochaines afin de diversifier et ouvrir le marché de l'audit pour s'assurer d'une meilleure indépendance des auditeurs<sup>42</sup>, potentiellement compromise par un effet de concentration<sup>43</sup>. D'autre part, l'auditeur aura l'obligation de rédiger un avis sur la conformité du rapport d'information en matière de durabilité rédigé par la société avec les normes européennes. Toutefois, l'intensité de ce contrôle évoluera en deux temps<sup>44</sup>. L'auditeur ne rendra, dans un premier temps, qu'un avis d'assurance limitée, réglementé par voie d'actes délégués que la Commission adoptera au plus tard le 1<sup>er</sup> janvier 2026. Dans un second temps, l'auditeur rendra, en principe, un avis d'assurance raisonnable, réglementé par voie d'actes délégués que la Commission doit adopter au plus tard le 1<sup>er</sup> octobre 2028. Dans l'attente de l'adoption de ces actes délégués, les États membres peuvent adopter les normes, procédures ou exigences nationales qu'ils souhaitent.

9. Schématiquement résumé, que penser de ce processus de contrôle ? Le moins que l'on puisse dire est qu'il laisse dubitatif. Bien évidemment, on ne saurait nier ses aspects positifs. Le contrôle par voie d'audit légal est accentué de façon impressionnante. Il faut en effet se souvenir qu'au sein de la directive NFRD<sup>45</sup>, ce contrôle se limitait à la seule vérification de la communica-

38. V. récemment, sur cette défaite étatique, Y. Gaudemet, « De la compliance à la vigilance : les entreprises au secours de l'État ? », *JCP G* 2023, 649.

39. B. Lecourt, « Publication d'informations en matière de durabilité : proposition de directive modifiant les dispositions de la directive RSE », *Rev. sociétés* 2021, p. 661.

40. N. Lenoir, « Bref aperçu de la directive UE 2022/2464 du 14 décembre 2022 relative à la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises (CSRD) », *D.* 2023, p. 184.

41. Dir. 2022/2464, préc., art. 3.

42. Dir. 2022/2464, préc., art. 6 et cons. 61.

43. Dir. 2022/2464, préc., cons. 61.

44. Dir. 2022/2464, préc., art. 3, 15.

45. Et c'était là une vive critique qui lui était adressée, v. not., B. Parance, « La directive CSRD, nouveau modèle du reporting extra-financier au service de la durabilité des entreprises », préc., spéc. n° 24.

tion des informations non-financières<sup>46</sup>. Certes, le droit français était allé plus loin dans la vérification que devait opérer l'organisme tiers indépendant mais cette mission se limitait à l'émission d'un avis motivé sur la déclaration de performance extra-financière, à attester de la sincérité des informations fournies en matière sociétale et environnementale et enfin, à rendre compte des diligences mises en œuvre pour réaliser sa mission<sup>47</sup>. Surtout, cette vérification ne concernait pas toutes les sociétés soumises à la DPEF, mais seulement certaines d'entre elles<sup>48</sup>. Désormais, le contrôle de l'information sur la durabilité sera renforcé dans l'ensemble des États membres, harmonisé et structuré de manière à ce que le rapport d'assurance soit lisible et, ce faisant, exploitable par tous. Il reste toutefois que l'efficacité du nouveau contrôle mis en place pourrait s'avérer décevant. Le niveau d'assurance exigé laisse à désirer. D'abord, jusqu'en 2028, ce niveau, sauf exigence contraire du droit national, sera d'assurance limitée. Si l'auditeur devra aller plus loin que la seule constatation de l'existence des informations, la vérification de leur contenu sera bien mince : au titre d'une assurance limitée, aucune investigation approfondie n'est exigée. Cette dernière mission ne s'exprime en effet que de manière négative, par laquelle l'auditeur déclare simplement ne pas avoir relevé d'éléments lui permettant de constater que les informations vérifiées comportent des inexactitudes significatives<sup>49</sup>. Le passage à un niveau d'assurance raisonnable ne réjouit guère plus. Certes, le niveau de contrôle sera aligné avec celui des

comptes financiers<sup>50</sup> et consistera ainsi en une formulation positive de la mission d'assistance, impliquant des vérifications plus approfondies aboutissant à un avis sur les informations en matière de durabilité<sup>51</sup>. Certes encore, ce niveau d'assurance est élevé. Toutefois, il est admis qu'il ne saurait être absolu<sup>52</sup>. L'obligation de l'auditeur, comme elle l'est pour le commissaire aux comptes en droit français, n'est que de moyens<sup>53</sup>. Plus encore, on sait qu'en droit français, le commissaire aux comptes a l'interdiction de s'immiscer dans la gestion de la société<sup>54</sup>. Or, du fait que les informations en matière de durabilité relèvent en premier lieu de la gestion, ce principe de non-immixtion devrait conduire à limiter d'autant plus la mission d'assurance de l'auditeur, au détriment de la fiabilité qu'il est censé assurer. Ajoutons à cela que les limites inhérentes à l'audit seront toujours présentes. Celles-ci sont connues, que l'on pense à l'utilisation de sondages qui, s'ils facilitent la mission et sont d'une pratique habituelle, amènent nécessairement à passer outre certaines anomalies ; au système interne de l'entité contrôlée, lequel peut être propice à des collusions empêchant la réalisation d'un contrôle fiable ; ou encore au fait que les éléments collectés lors de la mission conduisent davantage à des présomptions qu'à des certitudes<sup>55</sup>. Terminons en soulignant que le passage à un niveau d'assurance raisonnable est conditionné. Ainsi, la Commission n'adoptera des actes délégués afin de prévoir des normes d'assurance raisonnable qu'« après avoir évalué si l'assurance raisonnable est possible pour les

46. Dir. 2014/95/UE, préc., art. 1<sup>er</sup>, 3.

47. C. com., art. L. 225-102-1, V et R. 225-105-2, II.

48. À savoir celles dont les seuils dépassent 100 millions d'euros pour le total du bilan ou 100 millions d'euros pour le montant net du chiffre d'affaires et 500 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice (C. com., art. R. 225-105-2, II).

49. Dir. 2022/2464, préc., cons. 60.

50. Arrêté du 18 juillet 2007 portant homologation de la norme d'exercice professionnel relative au rapport du commissaire aux comptes sur les comptes annuels et consolidés, *JORF* n° 174, 29 juill. 2007, annexe, point 11.

51. Dir. 2022/2464, préc., cons. 60.

52. Ce qui est un trait commun de toutes les normes comptables. V. par ex., arrêté du 18 juillet 2007, préc., point 11 ; ISA 200, *Objectifs généraux de l'auditeur indépendant et conduite d'un audit selon les normes internationales d'audit*, p. 8, définissant l'assurance raisonnable comme « un niveau élevé, mais non absolu, d'assurance ».

53. Tant la formulation des textes (v. par ex., C. com., art. L. 823-10-1), que les limites inhérentes à l'exercice de la mission du commissaire aux comptes ainsi que la jurisprudence sur la question, l'imposent. V. à cet égard, J.-F. Barbieri, *Études Joly Sociétés*, 2021, v° « Commissaires aux comptes », n° 080.

54. C. com., art. L. 823-10, al. 1<sup>er</sup>.

55. Ce qui était déjà identifié au niveau législatif, v. arrêté du 19 juillet 2006 portant homologation de la norme d'exercice professionnel relative aux principes applicables à l'audit des comptes mis en œuvre dans le cadre de la certification des comptes, *JORF* n° 176, 1<sup>er</sup> août 2006, texte n° 12, annexe, point 8.



contrôleurs des comptes et pour les entreprises »<sup>56</sup>. Du fait des nombreuses contestations des entreprises à l'égard de la directive CSRD et des nécessités de forts aménagements internes pour celles-ci, il n'est nullement certain que ces actes soient adoptés<sup>57</sup>.

## **B. Le contrôle par les organes de la société**

**10.** Afin de renforcer le contrôle par l'audit légal, établi comme central, deux autres le complètent. D'un côté, le comité d'audit est chargé de nouvelles responsabilités, lesquelles pourront être exercées, à défaut d'existence d'un tel comité ou par choix de la société, par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance ou un comité spécialisé désigné par l'un de ces derniers<sup>58</sup>. Ainsi, le comité d'audit devra, à l'image de ses missions actuelles en matière d'information financière<sup>59</sup> : informer le conseil d'administration ou de surveillance des résultats de l'assurance de l'information sur la durabilité, en précisant comment cette assurance a contribué à l'intégrité de cette information, et quel a été son rôle dans ce processus ; superviser la production du rapport d'information sur la durabilité ; assurer le suivi de l'efficacité des systèmes internes de contrôle qualité et de gestion des risques de l'entreprise et le cas échéant, de l'audit interne ; assurer le suivi de l'assurance de l'information sur la durabilité par les contrôleurs habilités ; enfin, examiner et assurer le suivi de l'indépendance de ces derniers<sup>60</sup>. D'un autre côté, le contrôle par les actionnaires au sein de la société est vivifié. Les actionnaires disposant individuellement ou collectivement de plus de 5 % des droits de vote ou

du capital de la société pourront déposer un projet de résolution à adopter lors de l'assemblée générale en vue qu'un tiers accrédité, n'appartenant pas au même cabinet ou réseau que le contrôleur légal des comptes ou le cabinet d'audit effectuant le contrôle légal des comptes, prépare un rapport sur certains aspects de l'information en matière de durabilité et que ce rapport soit mis à la disposition de l'assemblée générale des actionnaires<sup>61</sup>. Ces deux types de contrôle supplémentaires seront-ils réellement efficaces ?

**11.** S'agissant du contrôle instauré par le comité d'audit, on peut en douter, pour plusieurs raisons. D'abord, parce que le contrôle du comité d'audit est pour l'essentiel un « contrôle du contrôle », de second degré, qui restera sous la dépendance des contrôles de premier degré. Certes, ce double contrôle est une forme de sécurité supplémentaire permettant d'accroître la qualité de l'information<sup>62</sup>, mais il conviendrait que le comité d'audit dispose des moyens nécessaires à cette fin<sup>63</sup>. Ensuite, la présence d'un comité d'audit n'est pas obligatoire pour toutes les sociétés soumises à la directive CSRD. Ainsi, en droit français, le comité d'audit n'est exigé que pour certaines sociétés<sup>64</sup>. Bien que la directive prévoie que les fonctions confiées au comité d'audit pourront être exercées par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance dans son ensemble, ou par un comité spécial désigné par ces derniers, cette substitution recèle ses dangers<sup>65</sup>. En effet, confier ces fonctions au conseil d'administration ou de surveillance, revient à accorder une partie du contrôle de l'in-

56. Dir. 2022/2464, préc., art. 3, 15.

57. À titre d'exemple de la réalité de cette hypothèse, la Commission européenne vient de publier son projet d'acte délégué intégrant les standards de *reporting* de durabilité des entreprises, avec une période de consultation de quatre semaines (v. [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13765-European-sustainability-reporting-standards-first-set\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13765-European-sustainability-reporting-standards-first-set_en)). Or, contrairement à ce qui était prévu, ce projet est drastiquement à la baisse par rapport aux exigences attendues initialement, du fait des fortes pressions des milieux d'affaires.

58. Dir. 2022/2464, préc., art. 3, 27, a.

59. V., C. com., art. L. 823-19, II.

60. Dir. 2022/2464, préc., art. 3, 27, b.

61. Dir. 2022/2464, préc., art. 3, 25, c.

62. C'est d'ailleurs dans cette perspective que les comités d'audit ont été instaurés par le droit de l'Union européenne. V. not., Dir. 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés et modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, *JOUE* 157/87, 9 juin 2006, cons. 24.

63. Ce qui avait déjà été souligné lors de l'instauration de ces comités en 2008, v. not., Ph. Merle, « Les nouvelles responsabilités du comité d'audit », *Bull. Joly S.* 2009, p. 216.

64. À savoir pour les entités d'intérêt public au sens de l'article L. 820-1 du Code de commerce les sociétés de financement au sens du II de l'article L. 511-1 du code monétaire et financier. V. C. com., art. L. 823-19, I.

65. *Contra*, souhaitant que cette substitution soit choisie, notamment parce qu'il serait dangereux de faire du comité d'audit un « conseil d'administration bis », HCJP, *Les dispositifs de transparence extra-financière des sociétés*, préc., spéc. p. 5.

formation sur la durabilité à un organe chargé lui-même d'élaborer le rapport d'information sur la durabilité. On voit ainsi naître un conflit d'intérêts dangereux pour la viabilité du contrôle de l'information : le conseil d'administration, qui participera à l'élaboration du rapport d'information sur la durabilité<sup>66</sup> sera amené à contrôler un travail auquel il a lui-même participé. Enfin, mais la problématique est la même, le comité d'audit, du moins en droit français, ne peut être composé que par des membres du conseil d'administration ou de surveillance<sup>67</sup>. Ce faisant, un conflit d'intérêts identique à celui qui vient d'être énoncé germerait<sup>68</sup>. La seule nomination d'un membre disposant de compétences particulières en matière de durabilité et devant être indépendant au regard de critères précisés par le conseil d'administration ou de surveillance – pour dupliquer ce qui existe déjà en matière d'information financière<sup>69</sup> – ne saurait être suffisante<sup>70</sup>. L'expertise et l'indépendance d'un seul ne font pas celles de tous. On ne peut alors qu'espérer que le législateur français use de la liberté accordée par la directive de confier les fonctions assignées au comité d'audit à un « organe spécialisé établi par l'organe d'administration ou de surveillance », tout en établissant des règles d'incompatibilité et d'indépendance de nature à s'assurer de la viabilité du contrôle de l'information. Dans le même sens, à conserver le comité d'audit, une autre solution pourrait être celle tirée de l'option

offerte par la directive 2006/43/CE l'ayant institué, à savoir que le comité d'audit soit composé de membres nommés par l'assemblée générale des actionnaires<sup>71</sup>, extérieurs aux organes d'administration ou de surveillance.

**12.** La possibilité accordée aux associés de demander une expertise complémentaire à un tiers indépendant peut également être questionnée. Il va de soi que ce contrôle peut être effectif sur la direction. Si le rapport requis fait apparaître des dissonances avec le rapport d'assurance ou une absence de fiabilité de certaines informations, les associés auront tout pouvoir pour sanctionner la direction, ne serait-ce que par le biais d'une procédure de révocation, lorsqu'elle relèvera de leur compétence. De fait, l'activisme actionnarial<sup>72</sup> pourra y trouver une porte d'entrée bienfaitrice pour accentuer la pression sur la direction de la société au cas où les attitudes de durabilité de la société seraient questionnables. Toutefois, rien n'est dit sur la possibilité pour les associés de réagir au rapport reçu en exigeant, par exemple, le vote d'une résolution sur des nouvelles orientations à prendre dans les domaines touchés par l'information sur la durabilité qui apparaîtraient, à leurs yeux, comme insuffisants. C'est, à titre d'exemple, maintenir les difficultés actuelles quant à la compétence de l'assemblée générale en matière de résolution climatique<sup>73</sup>. La logique voudrait que, si les actionnaires détectent des insuffisances en matière cli-

66. Le conseil d'administration a actuellement la charge de la rédaction du rapport de gestion, lequel doit inclure la déclaration de performance extra-financière (C. com., art. L. 225-100, I, al. 2). L'affirmation est moins vraie dans les sociétés de type dualiste dans la mesure où cette mission est confiée au directoire et non au conseil de surveillance. Il reste néanmoins que la collaboration entre les deux est inhérente à ce mode de fonctionnement.

67. C. com., art. L. 823-19, II.

68. Plus encore, on verrait ainsi ressortir les mêmes difficultés que celles déjà dénoncées s'agissant du comité d'audit dans sa composition et ses fonctions actuelles. V. not., J.-F. Barbière, « Les "comités spécialisés" : quelques interrogations pratiques », *Bull. Joly S.* 2010, p. 116.

69. C. com., art. L. 823-19, I, al. 2.

70. Ce pourquoi d'ailleurs, tant l'AMF que le Code Afep-Medef recommandent que tout membre du comité d'audit ait une compétence minimale en matière comptable et financière (v. Code Afep-Medef, art. 17.1 et AMF, *Rapport final sur le comité d'audit*, 22 juill. 2010, p. 13). On peut alors imaginer que ces recommandations seront étendues à l'information sur la durabilité, bien que cela ne résoudra pas la difficulté énoncée liée aux conflits d'intérêts potentiels.

71. Dir. 2006/43/CE, préc., art. 41, § 1.

72. V. sur le sujet, par ex., G. Agbodjan et P. Thomas, « L'activisme actionnarial dans l'environnement juridique français », *RD banc. fin.* 2018, étude 16; Club des juristes, *L'activisme actionnarial*, nov. 2019; C. Ruellan, « L'activisme actionnarial renouvelle la gouvernance des sociétés », *Le Monde, Éco & Entreprise*, 1<sup>er</sup> nov. 2018; O. Vilmorin et A. Berdou, « Activisme actionnarial : vade-mecum de la société-cible », *Bull. Joly B.* 2016, p. 114; G. Goubin et M.-A. Danton, « Les assemblées générales à l'épreuve de l'activisme actionnarial environnemental », *JCP E* 2022, 499.

73. V., sur ce débat, not., E. Schlumberger, « Les résolutions climatiques à l'épreuve du droit des sociétés », *Bull. Joly S.* 2020, n° 6, p. 1; C. Baldon, « Les résolutions climatiques au prisme du principe de séparation des pouvoirs au sein de la société anonyme », *JCP E* 2021, 1403; A. Gaudemet, « L'arrêt Motte et le climat », *Bull. Joly S.* 2022, n° 1, p. 1; A. Couret, « Les résolutions climatiques », *BRDA* 2023/8, n° 25.

matique, ils puissent proposer des remèdes et voter sur ceux-ci. Résoudre le débat sur les résolutions climatiques<sup>74</sup> par la reconnaissance claire par le législateur de la compétence de l'assemblée générale en la matière pourrait ainsi permettre un *continuum* entre le contrôle des actionnaires sur l'information en matière de durabilité et son action pour remédier aux insuffisances que cette information ferait apparaître.

## II. Le contrôle externe de l'information

**13.** La directive CSRD est moins loquace s'agissant de la mise en place d'un contrôle externe. À dire vrai, celle-ci ne met en place, de façon relativement expéditive, qu'un contrôle externe direct, qui demeure largement insuffisant et pourrait s'avérer dommageable. Il s'agit du recours à une autorité de contrôle (A). En revanche, un contrôle indirect, mené par la société civile, apparaît et pourrait s'avérer plus efficace (B).

### A. Le recours à une autorité de contrôle

**14.** L'article 2, 4) de la directive prévoit que l'Autorité européenne des marchés financiers devra émettre, après consultation de l'Agence européenne pour l'environnement et de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, des orientations sur la surveillance par les autorités nationales compétentes de l'information en matière de durabilité. À terme, l'Autorité des marchés financiers, en France, aura ainsi la charge du contrôle de l'information en matière de durabilité. De prime abord, ce contrôle est bienvenu. On connaît en effet la force des pouvoirs de contrôle et d'enquête de l'AMF tout comme les moyens importants dont elle dispose<sup>75</sup>, sans oublier sa familiarité avec l'exigence d'informations extra-financières. Sous cet angle, la fiabilité de l'information en matière de durabilité ne pourra qu'être renforcée. Il reste néanmoins que ce contrôle questionne. Porté par l'AMF, il ne s'exercera que sur les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé<sup>76</sup>. Or, le champ d'application de la

directive CSRD est plus large, incluant en son sein des sociétés non cotées sur lesquelles, par hypothèse, l'AMF ne disposera d'aucun pouvoir. On aboutira alors à une inégalité du contrôle de l'information en matière de durabilité : les sociétés cotées seront soumises à un contrôle par une autorité extérieure et indépendante lorsque les sociétés non cotées ne subiront aucun contrôle d'une quelconque autorité extérieure. Cette inégalité s'avère doublement dommageable. D'abord, parce que cotées ou non, les sociétés entrant dans le champ de la directive CSRD sont soumises aux mêmes exigences de transparence de sorte que le contrôle de l'information devrait être identique. Ensuite, parce qu'aucune raison objective ne justifie une disparité de traitement. L'objectif poursuivi de protection des enjeux sociaux, sociétaux et environnementaux n'est pas fonction du caractère coté ou non coté de la société mais de son activité. Ainsi, une société peut être non cotée tout en disposant d'une activité ayant une influence bien plus considérable sur les facteurs d'intérêt général visés par la directive qu'une société cotée. Ce faisant, l'existence d'une autorité dédiée au contrôle de l'information sur la durabilité, générale et uniforme pour toutes les sociétés soumises à celle-ci s'avérerait souhaitable pour répondre réellement aux objectifs de la transparence exigée.

**15.** Qui plus est, l'absence d'une telle autorité est d'autant plus problématique lorsqu'elle est mise en perspective avec la future directive relative au devoir de vigilance. La proposition de directive de la Commission européenne prévoit en effet que les États membres devront désigner une ou plusieurs autorités de contrôle chargées de surveiller le respect des obligations de vigilance résultant de la directive<sup>77</sup>. Comme pour la directive CSRD, les entreprises qui seront soumises à la directive ne sont pas restreintes à celles qui sont cotées. Ce faisant, il existera une ou plusieurs autorités communes à toutes les entreprises soumises au devoir de vigilance afin d'en assurer le contrôle et, dans le prolongement, de prononcer des sanctions. Or, il faut observer que

74. V. à cet égard, le récent rapport du HCJP sur la question, HCJP, *Les résolutions climatiques* « Say on Climate », déc. 2022.

75. V. not., F. Drummond, *Droit financier. Les institutions, les activités, les abus de marché*, Economica, 2020, n<sup>os</sup> 88 et s. ; T. Bonneau et al., *Droit financier*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2021, n<sup>os</sup> 129 et s.

76. C. mon. fin., art. L. 621-18.

77. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matières de durabilité et modifiant la Directive (UE) 2019/1937, préc., art. 17.

la directive CSRD va de pair avec la future directive relative au devoir de vigilance. Certes, le domaine de l'information sur la durabilité apparaît plus large que les facteurs de vigilance à prendre en considération. Cependant, la Commission a précisé que la directive CSRD constitue un prolongement du futur devoir de vigilance en ce qu'elle « couvrira la dernière étape du devoir de vigilance, à savoir l'étape de publication, pour les entreprises qui sont également couvertes par la CSRD »<sup>78</sup>. La directive CSRD prévoit ainsi qu'au sein des informations à communiquer, figurent celles relatives à la procédure de diligence raisonnable mise en place au regard de la durabilité, aux incidences négatives liées à aux activités de l'entreprise, à sa chaîne de valeur, aux relations d'affaires ou encore toutes les mesures prises pour prévenir, atténuer, corriger ou éliminer les incidences négatives et les résultats obtenus<sup>79</sup>. Ce n'est autre qu'une exigence d'information sur le déroulement du processus de vigilance prévu par la future directive vigilance<sup>80</sup>. En somme, la logique de la Commission est simple : la directive relative au devoir de vigilance commandera l'attitude à adopter en matière de vigilance quand la directive CSRD commandera de rendre compte de l'attitude adoptée par l'entreprise dans ce domaine. Par voie de conséquence, afin de rendre ce *continuum* cohérent au regard du contrôle, ne serait-il pas souhaitable qu'une seule et même autorité soit compétente à la fois pour contrôler le respect par les entreprises de leurs obligations de vigilance et le respect des obligations d'information en matière de durabilité<sup>81</sup> ? S'il est vrai que le domaine des entreprises soumises au devoir de vigilance n'est pas le même que celui de la directive CSRD, cette différence n'est pas gênante. Une seule autorité détiendrait deux pouvoirs de contrôle : le contrôle

de la vigilance ; le contrôle de l'information<sup>82</sup>. Pour les entreprises non soumises au devoir de vigilance, elle n'exercerait que le second lorsqu'elle exercerait les deux pour celles soumises au devoir de vigilance. Une parfaite complémentarité du contrôle de la vigilance tant en amont (devoir de vigilance en matière de durabilité) qu'en aval (information en matière de durabilité) serait ainsi établie. À défaut d'une telle centralisation du contrôle, les perspectives à venir déformeraient les objectifs du corpus législatif européen. Les contrôles seraient disparates, inégaux et manqueraient de cohérence. Les sociétés cotées entrant dans le champ des deux directives subiraient deux types de contrôle différents : un contrôle de l'AMF pour l'information sur la durabilité et un contrôle de l'autorité désignée pour la vigilance. Quant aux sociétés non cotées entrant dans le champ des deux directives, le contrôle serait encore différent : aucune autorité de contrôle n'interviendrait s'agissant de l'information sur la durabilité lorsqu'elles subiraient un contrôle quant à leur devoir de vigilance par une autorité désignée, alors même que l'information sur la durabilité et le devoir de vigilance doivent être observés comme un bloc cohérent<sup>83</sup>.

## B. Le recours à la société civile

**16.** La directive place la société civile comme un élément central du contrôle externe de l'information, bien qu'elle ne lui attribue pas expressément cette fonction.

**17.** Après les investisseurs, la directive CSRD fait de la société civile le deuxième groupe « d'utilisateurs » des informations en matière de durabilité, de manière particulièrement large : « le deuxième groupe d'utilisateurs comprend des acteurs de la société civile, y compris des organi-

78. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matières de durabilité et modifiant la Directive (UE) 2019/1937, préc., p. 5.

79. Dir. 2022/2464, préc., art. 1<sup>er</sup>, § 4.

80. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matières de durabilité et modifiant la Directive (UE) 2019/1937, préc., spéc. art. 4.

81. Rappr., HCJP, *Les dispositifs de transparence extra-financière des sociétés*, préc., spéc. p. 8.

82. Cette solution serait d'autant plus logique qu'au niveau international, le *reporting* fait partie intégrante du devoir de vigilance. V. par ex., Nations-Unies, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations unies*, 2011, principe 21, p. 27 ; OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2011, p. 32 et s. ; OIT, *Déclaration de principes tripartites sur les entreprises multinationales et la politique sociale*, 6<sup>e</sup> éd., 2022, spéc. n° 10, d, p. 11.

83. Certes, il serait possible de rétorquer qu'une dualité de contrôle existe en matière d'information financière. Toutefois, à la différence de l'information financière qui peut impliquer des différences de contrôle suivant les structures concernées, la durabilité se veut une et unique dans la mesure où les enjeux qu'elle poursuit sont universels.

sations non gouvernementales et des partenaires sociaux, qui souhaitent que les entreprises rendent mieux compte de leurs incidences sur la population et l'environnement. D'autres parties prenantes pourraient également utiliser les informations en matière de durabilité publiées dans les rapports annuels, notamment pour favoriser la comparabilité entre les secteurs du marché et au sein de ceux-ci »<sup>84</sup>. C'est d'ailleurs en ce sens que l'objectif de la directive réside dans une information fiable, comparable, pertinente<sup>85</sup> et facilement accessible<sup>86</sup> pour les utilisateurs. C'est aussi pourquoi le rapport de durabilité devra figurer dans une section unique clairement identifiée du rapport de gestion, avec une présentation unifiée permettant son accessibilité et, surtout, il devra être présenté sous forme digitale de manière à être accessible par tous en ligne, sur le site internet de l'entreprise concernée, gratuitement<sup>87</sup>.

**18.** Le législateur européen fait ainsi des acteurs de la société civile les moteurs d'un changement de comportement des entreprises. Dans la mesure où les domaines de la durabilité intéressent la Société dans son ensemble, que l'accessibilité et la compréhension de l'information sont améliorées au profit de la société civile, que cette dernière est déclarée comme « utilisateur » de l'information et que la naissance même de la directive provient d'un souhait des acteurs de la société civile et des parties prenantes, il va de soi qu'il est attendu que les acteurs de la société civile se saisissent de ces informations pour influencer sur le comportement des entreprises. Or, on connaît en la matière l'activisme de certains acteurs de la société civile, en particulier les associations et ONG, ce qu'illustre particulièrement en France le contentieux du devoir de vigilance

dans lequel de nombreuses actions ont été engagées<sup>88</sup>. Ce faisant, par le prisme de l'information sur la durabilité, ces acteurs seront à même d'exercer un contrôle. Puisque l'information leur sera aisément accessible et devrait en principe être lisible<sup>89</sup>, ces éléments leur permettront de juger du caractère vertueux ou non du comportement des entreprises au regard des enjeux sociaux, sociétaux et environnementaux. Dans un premier temps, l'accessibilité de cette information leur permettra de s'assurer de la conformité entre *ce qui est dit* et *ce qui est fait*. Sous cet angle, une forme de contrôle de la fiabilité et de la réalité des informations pourrait émerger. À défaut, les défaillances de l'entreprise pourront être dénoncées autant que cette dernière pourra être actionnée en justice pour manquement à ses nouvelles obligations de transparence<sup>90</sup>. La crainte du contentieux et de la pression exercée en particulier par les associations et ONG, à laquelle il faut ajouter celle potentielle des consommateurs et des investisseurs, pourra ainsi contraindre les entreprises à être davantage vertueuses afin d'éviter que leur image s'effrite<sup>91</sup>. Dans un second temps, lorsque la directive relative au devoir de vigilance des entreprises sera adoptée, les acteurs de la société civile pourront se saisir des informations publiées afin d'analyser et de comparer la suffisance de la vigilance adoptée et les procédures mises en place et, ainsi, détecter plus facilement les éventuels manquements. Là encore, la crainte du contentieux poussera les entreprises à améliorer leur vigilance en amont, et leur *reporting* en aval.

**19.** Si ce contrôle par la société civile apparaît efficace et bienvenu, un bémol conclusif à l'ensemble des dispositifs de contrôle de l'information sur la durabilité peut être énoncé. En l'état

84. Dir. 2022/2464, préc., cons. 9.

85. Dir. 2022/2464, préc., cons. 2.

86. Dir. 2022/2464, préc., cons. 25.

87. Dir. 2022/2464, préc., art. 1, 10.

88. V., pour un suivi exhaustif du nombre d'affaires en cours et leur contenu : <https://plan-vigilance.org/les-affaires-en-cours/>.

89. On se permettra d'indiquer que si la directive souhaite rendre l'information en matière de durabilité particulièrement lisible, tel n'est pas le cas du texte qui l'instaure, lequel fait fortement douter de l'intelligibilité du droit de l'Union européenne.

90. À l'heure actuelle, au sein du droit français, une seule sanction est prévue légalement et que dans l'hypothèse où la déclaration de performance extra-financière ne serait pas publiée. En ce cas, « toute personne intéressée peut demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre, le cas échéant sous astreinte, au conseil d'administration ou au directoire, selon le cas, de communiquer les informations mentionnées au III ou à l'article L. 22-10-36 » (C. com., art. L. 225-102-1, VI). Il reste que les actions en responsabilité civile peuvent être ouvertes dans l'hypothèse où un manquement aux obligations d'informations sur la durabilité aurait causé un dommage.

91. V. particulièrement à cet égard une étude menée faisant du risque réputationnel celui en tête des risques stratégiques, Deloitte, *Etude mondiale 2014 sur le risque de réputation*. Reputation@Risk, nov. 2014.

de la directive, les acteurs de la société civile semblent devenir les seuls véritables garants de la fiabilité de l'information en matière de durabilité. Du fait de la défectuosité du contrôle interne de l'information ainsi que de l'absence d'une réelle autorité institutionnelle de contrôle, l'efficacité de la transparence au regard de l'objectif qu'elle poursuit, à savoir un comportement vertueux des entreprises dans une économie durable, sera bien trop largement tributaire d'une réaction de la société civile. Or, il ne faut pas oublier que les acteurs de la société ne sont

pas nécessairement dotés des moyens, compétences et pouvoirs pour assurer un contrôle adéquat de l'information<sup>92</sup>. Tout cela, sans compter le risque de multiplication du contentieux qui pourrait naître, au détriment de l'économie – même durable. Il s'avérerait alors plus opportun de renforcer les contrôles internes et institutionnels de l'information sur la durabilité afin de ne se reposer sur les acteurs de la société civile que dans les hypothèses de défaillance d'un système renforcé de contrôle.

---

92. Rapp., F. Drummond, « Des limites de la portée normative des obligations d'information », *Bull. Joly B.* 2022, n° 1, p. 1, doutant que les destinataires de l'information soient réellement en mesure de faire pression sur les entreprises à raison des informations publiées par elles.

# Dossier

## La transparence et le droit

### La transparence en droit fiscal

Édouard Coulon

Maître de conférences à l'Université de Lille

1. Longtemps, lorsque la question de la transparence était posée à un fiscaliste, ce dernier répondait invariablement « société soumise à l'impôt sur le revenu » et différencie entre sociétés « opaques », « semi-transparentes » (ou « translucides ») et « transparentes ». Aujourd'hui, cette réponse, aussi juste soit-elle, tend à perdre de son automaticité en raison de l'explosion de l'intérêt lié au concept de transparence en fiscalité. Faisant référence à ce qui est perceptible, ce dernier peut être défini comme la possibilité de faire ressortir des informations pertinentes pour leur destinataire au travers de certaines substances<sup>1</sup>, comme les personnes, les entités ou les actes, accompagnés éventuellement d'un élément d'extranéité. Ce concept est notamment employé au sein des travaux préparatoires pour

décrire une partie des dispositifs de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales<sup>2</sup>. Ces objectifs forment les motivations à l'origine des mécanismes de transparence. D'une part, au rythme des scandales et des affaires, le législateur ou les organisations internationales ont souhaité lutter contre la fraude fiscale et, plus spécifiquement, contre la dissimulation des biens et des revenus au moyen de procédés frauduleux<sup>3</sup>. D'autre part, ils ont souhaité limiter les comportements qualifiés d'évasions fiscales<sup>4</sup>, c'est-à-dire, même si cette notion n'a pas reçu de définition légale expresse, les opérations formellement légales, mais motivées par une intention fiscale prédominante<sup>5</sup>.

2. Au nom de ces objectifs, les mécanismes de transparence ont été adoptés dans une certaine

1. V. B. Delaunay, « La transparence de la vie économique », *Nouv. Cah. C. Constit.* 2018, n° 59, p. 25 ; v. A. Laumonier, *La coopération fiscale entre États dans la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales internationales*, LGDJ, coll. « Bibl. fin. pub. et fisc. » 2019, préf. F. Deboissy, p. 217, n° 530 ; v. J.-R. Pellas, « La transparence fiscale du contribuable : l'éloge d'une norme éthique », *RFFP* 2017, n° 140, p. 75.

2. V. B. Peyrol, Commission des Finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, Assemblée nationale, *Mission d'information relative à l'évasion fiscale internationale des entreprises*, Rapport d'information, n° 1236, 2018, p. 231 et s. ; v. Commission des finances, Sénat, *Mission d'information relative à la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales*, Rapport d'information, n° 72, 2022, p. 19 et s.

3. L'objectif de lutte contre la fraude fiscale a reçu une valeur constitutionnelle : Cons. const., 29 déc. 1984, n° 84184 DC, *Loi de finances pour 1985*, *RJF* 2/85, n° 437 ; Cons. const., 4 déc. 2013, n° 2013-679 DC, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*, *Dr. fisc.* 2013, n° 5152, comm. 563.

4. Le Conseil constitutionnel a également reconnu une valeur constitutionnelle à l'objectif de lutte contre l'évasion fiscale : Cons. const., 29 déc. 1989, n° 89-268 DC, *Loi de finances pour 1990*, *RJF* 2/90, n° 195 ; Cons. const., 16 sept. 2011, n° 2011-165 QPC, *Société Heatherbrae LTD*, *Dr. fisc.* 2011, n° 38, act. 284. Le Conseil constitutionnel emploie également les deux expressions ensemble : Cons. const., 17 sept. 2015, n° 2015481 QPC, *Époux B.*, *RJF* 12/15 n° 1040.

5. Pour approfondir ces notions : v. E. Coulon, *L'évasion fiscale, Essai de construction d'une catégorie juridique*, Dalloz, coll. « Nouv. Bibl. des Th. », 2023, préf. M. Collet.

« effervescence »<sup>6</sup>. Leurs auteurs sont l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), l'Union européenne et, parfois, le législateur. Dans la poursuite de cette transparence, ce dernier, en complément des initiatives internationales, a limité, sous le contrôle du juge constitutionnel et des juges européens, certains principes garantis par la loi, la Constitution, le droit de l'Union européenne ou le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Ces principes sont la liberté d'entreprendre<sup>7</sup>, le droit à la vie privée<sup>8</sup>, le secret fiscal<sup>9</sup>, le secret des affaires<sup>10</sup>, le secret bancaire<sup>11</sup> ou encore le secret professionnel des avocats<sup>12</sup>. Cette limitation exige une proportionnalité dans l'action des législateurs français et européen et instaure une tension dans l'ensemble des dispositifs de transparence. Celle-ci est d'autant plus forte que les mécanismes de transparence ont évolué au fil du temps pour acquérir de nouvelles caractéristiques et jouer de nouveaux rôles. Cette évolution est à analyser pour comprendre la place du concept de transparence en droit fiscal. Alors que ces dispositifs servaient d'abord et avant tout à récolter des informations pour nourrir la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales (I),

ils sont devenus des mécanismes à part entière de promotion d'un « civisme fiscal » (II).

## I. L'obtention d'informations par la transparence

3. Les informations obtenues à l'aide des mécanismes de transparence sont indispensables pour la mise en œuvre du contrôle des situations fiscales des contribuables. L'objectif de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales a alors motivé une augmentation continue de la quantité d'informations dont l'administration fiscale est destinataire, au risque de remettre en cause les droits des contribuables. Classiquement, cette obtention d'informations concerne la relation entre les contribuables et l'administration fiscale (A). Tout aussi classiquement, elle est complétée par la coopération internationale (B).

### A. La transparence entre le contribuable et l'État

4. Depuis 1914, le contribuable est tenu à de nombreuses obligations déclaratives en raison de son activité, de ses revenus<sup>13</sup>, de son patrimoine<sup>14</sup>

- 
6. V. F. Deboissy, « La diversification des règles anti-évasion », in *La fiscalité internationale à réinventer ?*, colloque, 30 nov. 2018, Conseil d'État, La documentation française, coll. « Droits et débats », 2020, p. 99.
7. DDHC, art. 4. Par exemple en droit fiscal : Cons. const., 29 déc. 2013, n° 2013-685 DC, *Loi de finances pour 2014*, RJF 3/14, n° 267 et 268 ; Cons. const., 29 déc. 2015, n° 2015-725 DC, *Loi de finances pour 2016*, RJF 3/16, n° 273.
8. Par exemple en droit fiscal : Cons. const., 4 déc. 2013, n° 2013-679 DC, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*, RJF 2/14, n° 173. Au niveau international, le droit à la vie privée est prévu à l'article 8 de la CESDH. Pour une application dans le domaine fiscal : CEDH, 6 oct. 2016, n° 33696/11, *KS et MS c/ Allemagne*, D. 2017, p. 128. Il est également prévu par l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : CJUE, 8 déc. 2022, C-694/20, *Orde van Vlaamse Balies, IG, Belgian Association of Tax Lawyers, CD, JU c/ Vlaamse Regering*, point 25, *Dr. fisc.* 2022, n° 51-52, act. 466.
9. LPF, art. L. 103. Sur la question de la communication des informations fiscales par rapport à l'article 8 de la CESDH : Comm. EDH, 1<sup>er</sup> déc. 1985, n° 10473/83, *Lundvall c/ Suède*. Sur la divulgation des données fiscales à caractère personnel : CEDH, 9 mars 2023, n° 36345/16, *L. B. c/ Hongrie*.
10. C. com., art. L. 151-1. En outre, le juge constitutionnel s'assure du respect du droit à la vie privée et la liberté d'entreprendre en lien avec les secrets fiscal et des affaires lors de la transmission des documents comptables et de leur copie : Cons. const., 29 déc. 2013, n° 2013-685 DC, *Loi de finances pour 2014*, RJF 3/14, n° 267 et 268. Au niveau européen, le secret des affaires se confond avec le respect du droit à la vie privée garanti par l'article 8 de la CESDH : CEDH, 14 mars 2013, n° 24117/08, *Bernh Larsen Holding AS et a. c/ Norvège*. En outre, la CJUE étend la protection du droit à la vie privée (article 7 de la Charte) et de la protection des données à caractère personnel (article 7 de la Charte) aux données financières : CJUE, 22 nov. 2022, C-37/20 et C-601/20, *WM et Sovim SA c/ Luxembourg Business Registers*, point 38, *JCP E* 2022, n° 48, act. 1005 ; *FI* 2023, n° 1, p. 223, § 7.
11. CMF, art. L. 511-33, I.
12. Loi du 31 déc. 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, art. 66-5. Le secret professionnel des avocats et notamment le secret de la correspondance entre l'avocat et son client sont garantis par l'article 8 de la CESDH : CEDH, 6 déc. 2012, n° 12323/11, *Michaud c/ France*, § 117 et 118, D. 2013, p. 284. Ce secret est également garanti par l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : CJUE, 8 déc. 2022, C-694/20, *Orde van Vlaamse Balies, IG, Belgian Association of Tax Lawyers, CD, JU c/ Vlaamse Regering*, points 27 et s., *Dr. fisc.* 2022, n° 51-52, act. 466.
13. Concernant l'impôt sur le revenu : CGI, art. 170, 1. Concernant l'impôt sur les sociétés : CGI, art. 223, 1.
14. Concernant l'impôt sur la fortune immobilière : CGI, art. 982. En 2023, une nouvelle obligation déclarative a été mise en place pour les personnes physiques propriétaires de biens immobiliers : CGI, art. 1418.



ou des éventuelles mutations<sup>15</sup>. Ces obligations sont liées au fondement libéral de notre système d'imposition. Lors du dépôt de ses déclarations, le contribuable entretient un rapport de transparence avec l'administration fiscale. Cependant, cette action ne peut pas être analysée comme faisant partie du concept de transparence en droit fiscal. En effet, il s'agit, d'abord et avant tout, d'un rapport entre le citoyen et l'État. Ces déclarations constituent l'assiette sur laquelle l'imposition se calcule. Aussi le sujet de la transparence pourrait être cantonné aux actions de contrôle de cette même assiette. Toutefois, les obligations déclaratives ne doivent pas être totalement écartées, car le législateur et les organisations internationales ont étendu leur application dans les cas où un éventuel comportement de fraude ou d'évasion fiscale peut être décelé (1). Puis, pour vérifier la sincérité des déclarations, le législateur a attribué des pouvoirs de contrôle à l'administration fiscale mettant en œuvre le concept de transparence, notamment par le biais de son droit de communication (2).

### 1. L'accroissement des obligations déclaratives

5. La récente réforme du droit fiscal international, « Pilier deux », proposée par l'OCDE<sup>16</sup>, reprise par le droit dérivé européen<sup>17</sup>, est un exemple du développement des obligations déclaratives. Les entités doivent déposer une déclaration d'informations pour l'impôt complémentaire instituée par la directive comprenant les renseignements nécessaires pour le calcul du taux effectif d'imposition dans chaque juridiction et de cet impôt<sup>18</sup>. Ces renseignements obligent alors les grands groupes économiques à respecter une politique de *reporting* (communication des données) constante et d'ampleur en leur sein pour établir ces données.

Cette obligation de *reporting* est également visible dans d'autres mécanismes, qui sont les marqueurs d'une plus grande transparence qui dépassent les déclarations d'imposition pour nourrir un éventuel contrôle fiscal. Ils soulignent également que ces obligations déclaratives renforcées apparaissent au sujet de contribuables soupçonnés de pratiquer l'évasion fiscale. Dans ces cas, comme pour la réforme « Pilier deux », les organisations internationales et le législateur visent les grands groupes multinationaux. S'il ne nous est pas possible d'évoquer l'ensemble de ces obligations déclaratives, nous rappellerons celles relatives au mécanisme de contrôle des prix de transfert, aux politiques fiscales des firmes multinationales et celles relatives aux transferts d'actifs à l'étranger. Ces exemples sont intéressants car ils concernent autant de cas où les contribuables sont soupçonnés de pratiquer des montages de fraude ou d'évasion fiscale à l'étranger.

6. En matière de prix de transfert, le constat de l'absence de moyen pour mesurer les transferts de bénéficiaires a eu lieu dès 1933 lors de l'adoption de l'article 57 du CGI<sup>19</sup>. Cet article encadre les opérations menées entre des sociétés liées qui utilisent les prix des biens ou des prestations de services échangés pour transférer artificiellement leurs bénéficiaires. Le législateur a dû agir à plusieurs reprises pour accroître les obligations déclaratives et ainsi permettre aux services d'être sur un pied d'égalité avec les entreprises. Dans un premier temps, le législateur a introduit une obligation de communiquer des documents lors d'une vérification de comptabilité<sup>20</sup>. Dans un deuxième temps, ce texte a été renforcé par l'article L. 13 AA du LPF<sup>21</sup>. Une documentation concernant les politiques de prix de transfert du groupe doit être mise à la disposition de l'administration

15. En matière de droit de mutation à titre gratuit : CGI, art. 800.

16. OCDE, *Les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie – règles globales anti-érosion de la base d'imposition (Pilier deux) : Cadre inclusif sur le BEPS, Projet OCDE/G 20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéficiaires*, éd. OCDE, 2023.

17. Dir. 2022/2523 du Conseil du 14 déc. 2022 visant à assurer un niveau minimum d'imposition pour les groupes d'entreprises multinationales et les groupes nationaux de grande envergure dans l'Union.

18. Dir. 2022/2523, préc., art. 44.

19. « Je n'ai aucun moyen d'établir aujourd'hui, la statistique de ces évasions, de connaître l'importance du préjudice causé au Trésor, et je ne puis indiquer, dans l'improvisation de ce débat, les moyens d'y porter remède » : M. le ministre du Budget, L. Lamoureux, *Débats parlementaires. Chambre des députés*, 15<sup>e</sup> législature, Session ordinaire de 1933, 2<sup>e</sup> séance, 11 avr. 1933, sur l'article 68 du projet de loi portant fixation du budget général de l'exercice 1933, Impr. du Journal officiel, p. 2164.

20. LPF, art. L. 13 B.

21. LPF, art. L. 13 AA.

fiscale pour toutes les transactions avec des entreprises associées. Dans un troisième temps, en 2013, la loi relative à la lutte contre la fraude fiscale a institué une obligation de communiquer annuellement à l'administration fiscale une documentation prix de transfert<sup>22</sup>. Par conséquent, ces obligations multiples obligent les groupes de sociétés à entretenir la transparence de leur politique de prix de transfert. L'instauration de ces obligations déclaratives s'explique par la difficulté d'application de l'article 57 du CGI pour l'Administration et par l'importance de ce chef de rectification dans les résultats de la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales<sup>23</sup>.

**7.** Ces obligations en matière de prix de transfert ont ensuite été complétées en application du plan *Base Erosion and Profit Shipping (BEPS)* de l'OCDE et d'un accord multilatéral relatif à l'échange des déclarations pays par pays entre États<sup>24</sup>. Cet accord a été repris par une directive<sup>25</sup>. Pour permettre cet échange, les grands groupes de sociétés doivent souscrire une déclaration « pays par pays » (*Country by Country Reporting [CbCR]*)<sup>26</sup>. Cette déclaration doit comporter la répartition des bénéficiaires du groupe, des agrégats économiques, comptables et fiscaux, ainsi que des informations sur la localisation et l'activité des entités le constituant<sup>27</sup>. Là encore, cette obligation s'inscrit dans la gestion interne des groupes de sociétés, remettant en cause le secret des affaires, mais tout en portant une atteinte proportionnée à la liberté d'entreprendre<sup>28</sup>. Le but de ce *reporting* est d'améliorer les connaissances de l'Administration afin de mieux contrôler l'activité des entreprises, notam-

ment dans des pays offrant un régime fiscal privilégié tel que défini à l'article 238 A du CGI.

**8.** L'exemple des grands groupes de sociétés multinationaux est topique, car les organisations internationales et le législateur les ont spécifiquement visés par le biais de mécanismes de transparence, les soupçonnant d'éviter massivement leurs assiettes imposables. Le concept de transparence est également perceptible au sein d'autres mécanismes visant d'autres contribuables, nourrissant en informations fiscales, juridiques ou économiques l'administration fiscale et permettant ainsi un meilleur contrôle de leurs déclarations. En effet, certaines obligations déclaratives ont été instaurées au moment de la libéralisation du secteur financier en Europe. Le législateur souhaitait alors permettre à l'Administration de connaître les biens et revenus des particuliers qui pourraient être tentés de mener l'opération de fraude ou d'évasion fiscale la plus simple, c'est-à-dire dissimuler des actifs à l'étranger. Aussi les contribuables sont tenus de déclarer la détention de comptes à l'étranger<sup>29</sup>, de contrats d'assurance-vie<sup>30</sup>, de *trusts*<sup>31</sup> ou l'exécution de transferts de fonds<sup>32</sup>. Cette obligation déclarative concerne également les plateformes collaboratives<sup>33</sup>, permettant l'identification des activités occultes de leurs clients. L'ensemble de ces mesures tente de lutter contre la dissimulation des actifs par les contribuables. De plus, elles permettent de former des registres à la disposition de l'Administration tels que le fichier EVA-FISC pour les comptes étrangers<sup>34</sup>. Cette lutte contre la dissimulation des données fiscales a également lieu à l'aide du droit de communication dont dispose le fisc.

22. CGI, art. 223 *quinquies* B.

23. V. ministre de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique, *Lutte contre l'évasion fiscale et la fraude en matière d'impositions de toutes natures et de cotisations sociales*, Document de politique transversale, Annexe du projet de loi de finances pour 2023, p. 70.

24. *Accord multilatéral entre autorités compétentes portant sur l'échange des déclarations pays par pays*, 2016.

25. Dir. 2016/881 du Conseil du 25 mai 2016 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal.

26. CGI, art. 223 *quinquies* C.

27. CGI, art. 46, *quater* – O YE, Annexe 3.

28. C. const., 29 déc. 2015, n° 2015-725 DC, *Loi de finances pour 2016*, RJF 3/16, n° 273.

29. CGI, art. 1649 A.

30. CGI, art. 1649 AA.

31. CGI, art. 1649 AB.

32. CGI, art. 1649 *quarter* A.

33. CGI, art. 242 *bis*.

34. Arrêté du 25 nov. 2009 portant création par la direction générale des finances publiques d'un fichier de comptes bancaires détenus hors de France par des personnes physiques ou morales dénommé « EVAFISC ».

## 2. La recherche d'informations par le droit de communication

**9.** Dans le cadre de son pouvoir de contrôle, l'administration fiscale bénéficie d'un droit de communication auprès des contribuables et des tiers pour obtenir, en pratique, une masse importante d'informations<sup>35</sup>. Ce droit de communication est très souvent employé car il est simple à exercer<sup>36</sup>. Cette action est voisine des demandes de renseignements<sup>37</sup>, des perquisitions fiscales<sup>38</sup>, du droit d'enquête<sup>39</sup> ou du droit d'audition<sup>40</sup>. Ce droit de communication a été étendu et unifié par le législateur au risque de méconnaître les droits et garanties des contribuables<sup>41</sup>. D'une part, le fisc est notamment en droit de demander tous les éléments relatifs aux activités des commerçants<sup>42</sup>, des artisans<sup>43</sup> ou des agriculteurs<sup>44</sup>. D'autre part, l'Administration prend connaissance des documents détenus par des tiers. Le législateur vise différents types de tiers assujettis à cette obligation comme les organismes de sécurité sociale<sup>45</sup>, les administrations publiques<sup>46</sup>, les éditeurs et concepteurs de logiciels de comptabilité<sup>47</sup> ou encore les fabricants et marchands de métaux précieux<sup>48</sup>. En principe, le droit de communication s'effectue à la demande de l'Administration auprès des contribuables ou auprès des tiers. Cependant, il existe des communications spontanées, parfois obligatoires, de la part, notamment, de la direction générale des

douanes<sup>49</sup> ou des greffiers des tribunaux de commerce<sup>50</sup>.

**10.** Ce droit de communication est renforcé par la numérisation du contrôle fiscal. Dans une logique de faciliter le contrôle de la situation fiscale des contribuables, le législateur a institué le contrôle des fichiers des écritures comptables (FEC), qui sont des documents reprenant l'ensemble des écritures comptables d'un exercice et qui doivent être mis à la disposition de l'Administration par les détenteurs d'une comptabilité commerciale. Ces fichiers font l'objet d'un examen de comptabilité, nouvelle forme de vérification à distance<sup>51</sup>. Cette évolution est prolongée par la mise en place de la piste d'audit fiable (PAF)<sup>52</sup> ou la future généralisation de la facturation électronique (*e-invoicing*) entre professionnels<sup>53</sup>, combinée à un *e-reporting*, transmettant les données liées aux opérations avec les particuliers<sup>54</sup>. Cette numérisation permet alors un contrôle permanent ou continu des situations fiscales<sup>55</sup>.

## B. La transparence entre les États

**11.** En lien avec l'accentuation de la transparence en droit interne, la transparence a également été mise en œuvre par les États et les organisations internationales. Cette transparence passe par la coopération internationale. Elle a

35. LPF, art. L. 81 et s. CE, 6 oct. 2000, n° 208765, *SARL Trace*, *RJF* 12/00, n° 1497.

36. V. M. Collet et P. Collin, *Procédures fiscales*, 4<sup>e</sup> éd., PUF, coll. « Thémis », 2020, p. 25, n° 29.

37. LPF, art. L. 10.

38. LPF, art. L. 16 B.

39. LPF, art. L. 80 F.

40. LPF, art. L. 10-0 AB.

41. Loi n° 2014-1655 du 29 déc. 2014 de finances rectificative pour 2014, art. 21. V. A. Joannin, X. Coatrieux et F. Locatelli, « Droit de communication : peut-on tout demander à n'importe qui, sans compromettre ses droits ? », *Dr. fisc.* 2023, n° 10, étude 118.

42. LPF, art. L. 85.

43. LPF, art. L. 85-0 B.

44. LPF, art. L. 85 A.

45. LPF, art. L. 97.

46. LPF, art. L. 83.

47. LPF, art. L. 96 J.

48. LPF, art. L. 96 H.

49. LPF, art. L. 83 A.

50. LPF, art. L. 101 A.

51. LPF, art. L. 47 A, I.

52. LPF, art. L. 13 D ; CGI, art. 289, VII, 1°.

53. CGI, art. 289 bis.

54. CGI, art. 290.

55. V. E. Moroy et S. Desplanques, « Le FEC, symbole de l'organisation d'un contrôle permanent à distance des administrations », *Option Finance* 2022, n° 1680, p. 41.

pour but de neutraliser la souveraineté fiscale des États<sup>56</sup>, qui constitue le principal obstacle juridique à la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales. Si cette souveraineté justifie l'instauration de régimes fiscaux de faveur, elle légitime également les politiques des États organisant une certaine obscurité pour les contribuables sur leur territoire. Ils sont alors appelés « paradis fiscaux »<sup>57</sup> ou, plus juridiquement, « États ou territoires non coopératifs »<sup>58</sup>. Œuvrant à une concurrence normative fiscale<sup>59</sup>, ces États profitent de la libéralisation permise par le réseau conventionnel de lutte contre la double imposition pour inciter des investissements ou des transferts de revenus sur leurs territoires. Schématiquement, cette concurrence par la mise en place de l'« *offshore* » est combattue par l'OCDE au sein de son modèle de convention, mais également au sein de ses initiatives concernant des accords multilatéraux (1). Ce multilatéralisme est également promu par l'Union européenne, qui l'accroît, dans le prolongement de l'OCDE, par la mise en place d'une automaticité des échanges (2).

### 1. De la coopération bilatérale au multilatéralisme sous l'égide de l'OCDE

**12.** S'estimant « victimes » de ces comportements, certains États ont encadré cette concurrence en organisant une coopération internationale fiscale permettant un échange des informations. Cette dernière est essentielle au

fonctionnement des mécanismes de lutte contre l'évasion fiscale et, plus globalement, à la réussite des contrôles engagés par les services fiscaux. Dans cette logique, l'OCDE a repris le flambeau de la Société des Nations (SDN) en matière d'assistance administrative ou juridictionnelle<sup>60</sup>. Elle est à l'origine de différents instruments de coopération entre les États permettant la transmission d'informations<sup>61</sup>. Elle a inséré à l'article 26 de sa convention modèle un dispositif d'échange de renseignements<sup>62</sup>. Dans la pratique conventionnelle de la France, cette clause est présente dans ses relations bilatérales<sup>63</sup>. Cet échange est également prévu dans des accords d'échange de renseignements<sup>64</sup>. En pratique, il prend trois formes, soit sur demande lorsque le fisc a engagé un contrôle et a besoin d'un renseignement précis, soit de façon spontanée de la part d'un État sur un fait qui pourrait intéresser un autre, soit d'office. En cas de demande, le renseignement doit être « vraisemblablement pertinent » pour l'application du droit fiscal.

**13.** Pour assurer une plus grande efficacité de l'échange de renseignements et dépasser les limites des relations bilatérales, l'OCDE a proposé une assistance multilatérale au sein d'une convention dite « la Convention » en matière d'assistance<sup>65</sup>. Depuis 2009, l'OCDE a entendu assurer l'effectivité de cette coopération. Ainsi a été restructuré le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins

56. V. D. Gutmann, « Globalisation et justice fiscale », *L'Année fiscale* 2003, p. 113, n° 7 ; v. J. Buisson, « Impôt et souveraineté », *L'impôt, APD* 2002, n° 46, p. 30 ; v. G. Gest, « Considérations générales sur la notion de souveraineté fiscale », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 332.

57. OCDE, *L'évasion et la fraude fiscales internationales*, Questions de fiscalité internationale, n° 1, 1987, p. 22 et s. V. R. Victor, « Nouvelles du paradis (fiscal) », *FI* 2023, n° 2, p. 254.

58. CGI, art. 238-0 A, 1 et 2 bis.

59. V. P. Didier, « La notion de concurrence fiscale », *L'impôt, APD* 2002, n° 46, p. 103 ; v. T. Lambert, « Réflexion sur la concurrence fiscale », *D.* 2010, p. 1733.

60. V. M. B. Carroll, *La prévention de la double imposition internationale et de l'évasion fiscale, Vingt ans de progrès sous les auspices de la Société des Nations*, éd. SDN, F. 111, 1939, p. 41.

61. V. P. Saint-Amans, « La transparence et l'échange d'informations en matière fiscale : la longue marche de l'OCDE », *Dr. fisc.* 2010, n° 14, étude 257 ; v. P. Kerfs, « La diversification des règles anti-évasion », in *La fiscalité internationale à réinventer ?*, colloque, 30 nov. 2018, Conseil d'État, La documentation française, coll. « Droits et débats », 2020, p. 101 et s.

62. OCDE, *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune 2017*, (version complète), éd. OCDE, 2019, art. 26, p. M-73.

63. V. B. Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales*, 16<sup>e</sup> éd., éd. Francis Lefebvre, 2022, p. 1376, § 74 200. En outre, cet échange est prévu à l'article L. 114 du LPF.

64. OCDE, « Accord sur l'échange de renseignements en matière fiscale », 2002. V. B. Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales*, op. cit., p. 38, § 1580 et p. 1376, § 74 202.

65. En 2010, elle a été modernisée et ouverte aux États non membres de l'organisation internationale : OCDE, Conseil de l'Europe, *La Convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale : Amendée par le Protocole de 2010*, éd. OCDE, 2011.

fiscales<sup>66</sup>. Cet organe de l'OCDE met en œuvre les normes de transparence et d'échange de renseignements à l'aide d'un suivi approfondi.

**14.** En outre, après l'impulsion du G20<sup>67</sup>, en lien avec l'OCDE, les États déclarant subir cette concurrence fiscale normative ont affiché leur volonté de sanctionner les juridictions ne respectant pas les standards internationaux de transparence. En France, le régime des ETNC a été instauré. Il jette « l'opprobre sur un État ou un territoire qui ne voudrait pas "coopérer" avec l'administration fiscale d'un autre État »<sup>68</sup> et neutralise les intérêts à échanger avec les personnes ou entités dans ces pays pour les contribuables<sup>69</sup>. Cette diplomatie coercitive a été relayée par l'Union européenne en 2017<sup>70</sup>. En effet, cette organisation est l'autre actrice de la coopération internationale en ce qui concerne la France.

## 2. Du multilatéralisme à l'automatisme sous l'égide de l'Union européenne

**15.** Dans le prolongement des travaux de l'OCDE, l'Union européenne a encouragé la transparence entre les États membres pour lutter contre la fraude et l'évasion fiscales. Depuis 1977, cette organisation a également souhaité améliorer l'échange de renseignements<sup>71</sup>. En 2011, une directive dite « *Directive of Administrative Cooperation* » (DAC) a remplacé la précédente pour renforcer les mécanismes d'échange

d'informations entre les États membres<sup>72</sup>. Ce texte fixe la procédure pour l'échange des informations vraisemblablement pertinentes<sup>73</sup>. Cette directive a ensuite été modifiée à plusieurs reprises pour amplifier la transparence notamment pour prendre en compte l'automatisme des échanges. L'Union européenne a souhaité accompagner la mise en place du Marché commun avec une obligation de coopération entre les États membres pour limiter la concurrence normative fiscale entre eux. En 2014, la directive « DAC 2 »<sup>74</sup> a assuré la retranscription de la norme concernant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers ou « *Common reporting standard* » (CRS) de l'OCDE<sup>75</sup>. Du fait de cette norme, les institutions financières ont l'obligation de collecter les informations sur les comptes bancaires et leurs titulaires<sup>76</sup>. Ces informations sont ensuite transmises aux pays signataires de l'accord international et aux États membres de l'Union. Autre étape, en 2015, la directive « DAC 3 » encadre la transparence des *rulings*<sup>77</sup> qui doivent être échangés automatiquement entre les États<sup>78</sup>. Cet échange automatique est intéressant, car il concerne ces décisions administratives bénéficiant parfois à de grands groupes de sociétés dans le but de leur offrir des régimes fiscaux favorables. Ces groupes multinationaux jouissent alors de l'apparence de légalité pour leur opération d'évasion<sup>79</sup>. Égale-

66. OCDE, Conseil, Décision du Conseil établissant le Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, C (2009) 122/Final, 2009.

67. G 20, *Déclaration des chefs d'État et de gouvernement*, Londres, 2009, § 15; G 20, *Déclaration des chefs d'États et de gouvernement*, Pittsburgh, 2009, § 14.

68. J. Buisson, « À quoi sert une liste d'États et territoires non coopératifs ? », *Dr. fisc.* 2013, n° 39, colloque 438, § 1.

69. V. le tableau récapitulatif des « sanctions » : BOI-ANX-000480.

70. V. Conseil de l'Union européenne, Conclusion du Conseil, *Liste de l'UE des pays et territoires non coopératifs à des fins fiscales*, n° 15429/17, 5 déc. 2017.

71. Dir. 77/799/CEE du Conseil du 19 déc. 1977 concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans les domaines des impôts directs.

72. Dir. 2011/16/UE du Conseil du 15 févr. 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la dir. 77/799/CE.

73. LPF, art. L. 114 A.

74. Dir. 2014/107/UE du Conseil du 9 déc. 2014 modifiant la dir. 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal.

75. OCDE, *Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale*, éd. OCDE, 2014; OCDE, *Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale*, 2<sup>e</sup> éd., éd. OCDE, 2017.

76. CGI, art. 1649 AC. Cette norme s'inspire de la loi américaine dite FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*) qui exige la déclaration des comptes étrangers des contribuables américains.

77. V. Conseil des prélèvements obligatoires, *Adapter l'impôt sur les sociétés à une économie ouverte*, Rapport, 2016, p. 45.

78. Dir. 2015/2376 du Conseil du 8 déc. 2015 modifiant la dir. 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal.

79. V. Commission européenne, *Sur la transparence fiscale pour lutter contre la fraude et l'évasion fiscales*, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, COM (2015) 136 final, p. 2.

ment dans un objectif de lutte contre l'évasion fiscale, l'année suivante, en 2016, l'Union européenne a créé un échange automatique et obligatoire des déclarations pays par pays pour les entreprises multinationales, au sein de la directive dite « DAC 4 »<sup>80</sup>. La même année, une directive « DAC 5 » a été adoptée pour transmettre les données collectées dans le cadre de la lutte anti-blanchiment<sup>81</sup>. En 2018, la directive « DAC 6 » est adoptée pour imposer la divulgation par les intermédiaires des montages d'optimisation fiscale et l'échange automatique de ces déclarations<sup>82</sup>. En 2021, la directive « DAC 7 » sur les obligations déclaratives des plateformes numériques, harmonisant les obligations créées par les États membres, dont la France, a été adoptée<sup>83</sup>. Depuis décembre 2022, une directive « DAC 8 » est actuellement à l'étude permettant l'adaptation de la transparence aux cryptoactifs et aux monnaies électroniques<sup>84</sup>. Enfin, l'Union européenne propose également un échange automatique des informations sur les entités n'ayant pas de substance ou d'activité minimale<sup>85</sup>.

**16.** Au rythme de ces évolutions législatives, un changement de paradigme a eu lieu pour amplifier la transparence. En effet, cette dernière a été accentuée par l'automatisation des échanges de

renseignements entre les États. Ensuite, l'instauration de ces dispositifs modifie directement les droits internes des États membres en instaurant des obligations déclaratives aux contribuables comme nous l'avons vu pour la déclaration CbCR et comme nous le verrons avec les opérations transfrontières.

**17.** Cette évolution à grands pas de la transparence sur les données des contribuables, et notamment des sociétés, ne semble pas suffisante pour le Gouvernement. En effet, en 2023, le ministère de l'Économie propose le lancement d'une initiative internationale en faveur de la transparence fiscale pour partager, sur la base des travaux de l'OCDE, efficacement et rapidement les informations utiles entre États et obtenir une vision fiable du patrimoine des résidents<sup>86</sup>. Il n'en reste pas moins que pour l'heure, l'ensemble des données obtenues par l'Administration alimente le contrôle fiscal et le ciblage de ce dernier. Cette action du fisc à l'aide de la numérisation a pu inquiéter que ce soit en ce qui concerne la valorisation des biens immobiliers au sein du projet « foncier innovant »<sup>87</sup>, l'utilisation des réseaux sociaux (*webscraping*)<sup>88</sup> ou le projet de partager aux services fiscaux le fichier *Passenger Name Record (PNR)* concernant les données

80. Dir. 2016/881 du Conseil du 25 mai 2016 modifiant la dir. 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal.

81. Dir. 2016/2258 du Conseil du 6 déc. 2016 modifiant la dir. 2011/16/UE en ce qui concerne l'accès des autorités fiscales aux informations relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux.

82. Dir. 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018 modifiant la dir. 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration.

83. Dir. 2021/514 du Conseil du 22 mars 2021 modifiant la dir. 2011/16/UE relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal.

84. Commission européenne, *Proposition de directive du Conseil modifiant la directive 2011/16/UE relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal*, COM (2022) 707 final. Le Conseil ECOFIN a exprimé un accord politique au sujet de cette proposition : Conseil de l'Union européenne, *Draft Council Directive amending Directive 2011/16/EU on administrative cooperation in the field of taxation – Presidency compromise text*, 8730/23, 2023.

85. Commission européenne, *Proposition de directive du Conseil établissant des règles pour empêcher l'utilisation abusive d'entités écrans à des fins fiscales et modifiant la directive 2011/16/UE*, COM (2021) 565 final.

86. V. Ministère chargé des Comptes publics, « Agir contre les fraudes fiscale, sociales et douanières », communiqué de presse, 9 mai 2023, p. 3 ; v. ministère de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique, « Agir contre les fraudes fiscales, douanières, sociales, Feuille de route "Lutte contre toutes les fraudes aux finances publiques" », dossier de presse, 2023, p. 48 et 49.

87. V. DGFiP, *L'intelligence artificielle au service de la lutte contre la fraude : bilan de l'expérimentation « Foncier innovant »*, 2022.

88. Loi n° 2019-1479 du 28 déc. 2019 de finances pour 2020, art. 154 ; Décret n° 2021-148 du 11 févr. 2021 portant modalités de mise en œuvre par la direction générale des finances publiques et la direction générale des douanes et droits indirects de traitements informatisés et automatisés permettant la collecte et l'exploitation de données rendues publiques sur les sites internet des opérateurs de plateforme en ligne.

des voyageurs aériens<sup>89</sup>. La DGFIP mobilise alors ces données au sein de logiciels de *data mining*<sup>90</sup>. En 2022, 52 % des contrôles ont été engagés à la suite de l'emploi de ces derniers<sup>91</sup>. Ces outils sont nécessaires aux services pour maîtriser un nombre croissant de données issues des dispositifs internes et d'une plus grande collaboration des États<sup>92</sup>. Par conséquent, la numérisation de la transparence donne naissance à une opportunité pour le fisc de connaître de mieux en mieux la situation des contribuables. Cependant, aussi opportune que soit cette évolution pour l'Administration, elle pose la question de la survie des garanties du contribuable vérifié face à l'emploi de cet afflux massif de données.

## II. La promotion d'un « civisme fiscal » par la transparence

**18.** L'évolution de la transparence en droit fiscal a lieu au rythme de l'instauration des différents mécanismes de transmission automatique d'informations entre les États, créant de nouvelles obligations de transparence pour les contribuables. En plus de cette « effervescence », la transparence est mise en œuvre autrement. En effet, l'information n'est plus seulement récoltée lors d'une obligation descendante, de l'État vers les contribuables, « passive », mais également au sein d'une démarche plus ascendante ou plus « spontanée », permanente et « active » de la part du contribuable vers l'État<sup>93</sup>. Au sein de ces obligations, les informations deviennent de plus en plus précises et concernent la gestion com-

merciale, financière ou fiscale des entreprises et, en premier lieu, des groupes internationaux. Le but est de connaître la substance économique de ces groupes et parfois même de rendre cette information publique. Cette amplification de la transparence et l'extension de la communication des informations obtenues indiquent deux caractéristiques de cette nouvelle transparence. D'une part, elle incite les contribuables à une plus grande coopération avec les services fiscaux, ce qui donnerait lieu à une « relation de confiance » (A). D'autre part, elle oblige les entreprises à transmettre des informations directement liées à leur activité économique interne au grand public, mettant en œuvre une responsabilité sociale des entreprises (B). La transparence devient une « arme » dans la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales. En effet, le législateur et les organisations internationales souhaitent employer la réaction sociale que semblent susciter ces comportements pour inciter certains contribuables à modifier leur attitude, au nom du « risque réputationnel ». Par conséquent, cette transparence promeut un « civisme fiscal ». Ce concept renvoie à la question du respect volontaire des obligations fiscales<sup>94</sup>. Aussi, à l'inverse, l'incivisme semble lié à une volonté de contourner les obligations fiscales<sup>95</sup>. En évitant la charge fiscale ou en bénéficiant abusivement d'un avantage fiscal, le contribuable se jouerait du système d'imposition et le mépriserait. Si les mécanismes régulateurs tels que la théorie de l'abus de droit ou la théorie de l'acte anormal de gestion s'inscrivent déjà dans cette logique, cette promotion passe également par des mécanismes

89. V. ministère de l'Économie, dossier de presse préc., p. 43.

90. V. ministère de la Transformation et de la Fonction publiques, Direction interministérielle de la transformation publique, *Big data et intelligence, Fonds pour la transformation de l'action publique*, 2021, p. 9. Le *data mining* consiste en la recherche de corrélations ou des *patterns* à l'aide de logiciels qui permettent aux utilisateurs d'analyser des données sous différents angles, de les catégoriser, et de résumer les relations identifiées : v. ministère de l'Économie et des Finances, « Le "*data mining*" : une démarche pour améliorer le ciblage des contrôles », Délégation nationale à la Lutte contre la fraude, 2014, p. 2.

91. Ministère de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique, « Bilan de la lutte contre des fraudes fiscale, douanière et sociale : les chiffres-clés de l'année 2022 », communiqué de presse, 2023.

92. V. C. Nougéin et T. Carcenac, Commission des finances, Sénat, *Rapport d'information sur les moyens du contrôle fiscal*, n° 668, 2020, p. 48 et 49 ; v. Commission des finances, Sénat, *Mission d'information relative à la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales*, op. cit., 2022, p. 44.

93. V. D. Gutmann, « Transparence des relations entre l'Administration et contribuables : quel équilibre ? », Actes de la soirée annuelle de l'IFA du 6 nov. 2014, *Dr. fisc.* 2014, n° 50, acte de colloque 673, § 1 ; v. F. Deboissy, « La diversification des règles anti-évasion », préc., p. 100.

94. V. Cour des comptes, *Les relations de l'administration fiscale avec les particuliers et les entreprises*, 2012, p. 21 ; v. J.-C. Ducros, « Le modèle fiscal du civisme », *RFFP* 1996, n° 56, p. 129 ; v. A.-G. Hamonic-Gaux, « Les sources européennes du nouveau civisme fiscal : l'adoption d'un Code européen du contribuable », *RFFP* 2018, n° 141, p. 271 ; v. A. Rosa, « La contractualisation et le contribuable », *RFDA* 2018, p. 237.

95. V. M. Leroy, « L'évasion fiscale, une transgression de quelles normes ? », *REIDF* 2016, n° 4, p. 522.

régulateurs d'apaisement<sup>96</sup>. Cet apaisement repose sur une prévention des conflits, une meilleure explication de la matière fiscale et une transparence des comportements. Ce mouvement prend sa forme ultime au sein de la « relation de confiance ». L'administration fiscale se mettrait au niveau des contribuables et s'inscrirait dans une logique de service pour les contribuables devenus usagers<sup>97</sup>.

### **A. La transparence entre l'État et le citoyen**

**19.** Cette « transparence collaborative » ou « transparence coopérative » oblige les contribuables à participer activement à celle-ci, soit par le biais d'intermédiaires, indépendants ou non, soit par eux-mêmes. Les personnes concernées s'inscrivent dans une démarche loyale avec l'État<sup>98</sup>. Parallèlement, cette loyauté supposerait une transparence de la part de l'administration fiscale. Mais cette dernière est délicate à obtenir tant cette relation se caractérise par une inégalité de principe. Toutefois, la transparence tend à être acceptée par l'Administration au sein d'une « relation de confiance », dont la portée reste à mesurer. Avant l'obtention de ce point d'équilibre, le but du législateur ou des organisations internationales n'est plus seulement de lutter contre la dissimulation des actifs à l'étranger, mais d'établir une coopération du contribuable au sujet de ses activités.

**20.** Nous évoquerons différentes étapes que nous jugeons pertinentes dans l'instauration de

cette nouvelle transparence. L'instauration des centres de gestion agréés (CGA) aurait pu être rappelée. En effet, le législateur invite certains contribuables à adhérer à ces CGA<sup>99</sup>, qui ont pour objet d'apporter une assistance en matière fiscale notamment aux entreprises et assurent la sincérité de leurs informations fiscales<sup>100</sup>. Mais leur rôle risque d'être remis en cause par la fin d'une discrimination fiscale avantageant leurs adhérents<sup>101</sup>. En tout état de cause, ces CGA marquent le début d'un mouvement vers une plus grande collaboration du contribuable au nom de la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales. Aujourd'hui, deux grandes étapes peuvent être soulignées, avec, dans un premier temps, le dispositif novateur de déclaration des dispositifs transfrontières (1) et, dans un second temps, la « relation de confiance » (2).

#### **1. L'étape de la déclaration des dispositifs transfrontières**

**21.** Une étape vers cette « transparence collaborative » peut être discernée depuis l'instauration d'une obligation de communication des opérations internationales d'évasion fiscale<sup>102</sup>. Dans ce régime déclaratif, issu de la directive « DAC 6 »<sup>103</sup>, la coopération dépasse les deux acteurs classiques que sont les contribuables et le fisc, pour engager également les tiers, c'est-à-dire les fiscalistes, les avocats ou les comptables<sup>104</sup>. Si cette coopération obligatoire n'est pas une idée nouvelle<sup>105</sup>, ce texte entraîne un changement de rôle. Ce n'est plus l'Administration qui décide ce qui

96. V. M. Collet, « La régulation fiscale », *Dr. fisc.* 2008, n° 12, étude 220, § 20.

97. V. M. Bouvier, *L'impôt sans le citoyen ?*, LGDJ, coll. « Forum », 2019, p. 60 et s.

98. V. M. Collet, « La loyauté : un principe qui nous manque ? », *Dr. fisc.* 2016, n° 42-43, étude 554, not. § 18 et s.

99. CGI, art. 158, 7, 1°, a.

100. Après un contrôle formel des documents, les centres pratiquent un examen de concordance, de cohérence et de vraisemblance (ECCV) : CGI, art. 1649 quater E, alinéa 2. V. P. Serlooten et O. Debat, *Droit fiscal des affaires*, 22<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. « Précis », 2023/2024, p. 100, § 69.

101. CGI, art. 158, 7, 1°, a ; CGI, art. 158, 7, 1°, c, al. 2. V. Cour des comptes, *Les organismes de gestion agréés, 40 ans après*, Communication à la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée nationale, 2014, p. 141.

102. CGI, art. 1649 AD.

103. Dir. (UE) 2018/822 préc.

104. CGI, art. 1649 AE.

105. À la suite d'une proposition d'un rapport de la Commission des finances de l'Assemblée nationale sur l'optimisation fiscale en 2013, le Parlement avait proposé une obligation de déclaration des schémas d'optimisation fiscale. Cependant, le Conseil constitutionnel a rejeté ce texte, car le juge a estimé qu'il était trop général et trop imprécis : Cons. const., 29 déc. 2013, n° 2013-685 DC, *Loi de finances pour 2014*, *RJF* 3/14, n° 267 et 268. En outre, ce type de mécanisme avait déjà été évoquée par l'OCDE : OCDE, *Règles de communication obligatoire d'informations*, Action 12 – Rapport final, *Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéficiaires*, éd. OCDE, 2016 ; OCDE, *Modèle de règles afférentes à la déclaration obligatoire d'informations relatives aux dispositifs de contournement de la NCD (CRS) et aux structures extraterritoriales opaques*, éd. OCDE, 2018.



constitue un montage dangereux pour les finances publiques. Ici, un tiers doit respecter une obligation déclarative selon son interprétation de l'opération. D'une part, cette attribution de rôle à un tiers pose notamment la question du respect du secret professionnel entourant les communications entre les avocats et leurs clients comme l'a souligné la CJUE<sup>106</sup>. D'autre part, cette obligation exige de déterminer ce qu'est une évasion fiscale. Dans ce but, le droit dérivé européen fixe des « marqueurs » pour caractériser « un risque potentiel d'évasion fiscale »<sup>107</sup>. Les marqueurs de ces montages sont liés en grande partie à la motivation d'obtenir un gain fiscal de la part de l'auteur de l'opération.

**22.** Cette obligation déclarative rend indispensables les avertissements de conformité de l'avocat à son client ou de la direction fiscale au sein d'une société. Ces avertissements sont censés dissuader les contribuables d'effectuer ces opérations à risque. Aussi cette obligation agirait comme un droit souple qui influencerait la pensée des praticiens, sans que ces opérations soient déclarées illégales. Par cette obligation, la transparence remplace opportunément les rectifications de base imposable. Par conséquent, ce texte est une étape importante vers une « transparence collaborative », permettant de faire réfléchir le contribuable audacieux et d'alimenter en informations les fisc. Elle ouvre la voie à un partenariat entre les entreprises et l'administration fiscale.

## 2. L'étape de la « relation de confiance »

**23.** Ces mécanismes de « transparence collaborative » résultent du développement de la *compliance* dans la vie économique des entreprises<sup>108</sup>. En droit fiscal, les sociétés ont pris en compte cette notion que ce soit du fait des exigences légales de transparence ou de leur propre volonté. Plus encore, ce mouvement est à rapprocher d'une étape décisive dans l'emploi de la prévention avec l'instauration d'une nouvelle « relation de confiance » entre l'Administration et les sociétés<sup>109</sup>. Elle a pour objectif de modifier l'approche du contrôle fiscal, qui est jugé, par ses contempteurs, comme punitif, voire même politisé. Elle est le complément d'une lutte contre la fraude fiscale plus sévère. En plus d'un « service de mise en conformité fiscale » (SMEC), qui vise à corriger les situations fiscales des entreprises dans des cas à risque, sans application d'une pénalité, l'exécutif a proposé des mécanismes de prévention offrant une transparence presque totale. Cette relation s'est matérialisée par la mise en place de différents accompagnements qui ont pour objectif d'instaurer un dialogue continu entre les contribuables et le fisc.

**24.** L'administration fiscale souhaite instaurer un « *partenariat fiscal* » avec les grandes entreprises. Le but est de traiter en temps réel les questions fiscales. Le partenariat est assuré par un service partenaire des entreprises qui accompagne au long cours les sociétés participantes avec un référent dédié. La DGFiP s'engage à

106. CGI, art. 1649 AE, I, 4°. En ce qui concerne l'obligation de déclaration des avocats auprès des autres intermédiaires par rapport aux articles 7 et 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : CJUE, 8 déc. 2022, *Orde van Vlaamse Balies, IG, Belgian Association of Tax Lawyers, CD, JU cl Vlaamse Regering*, préc., *Dr. fisc.* 2022, n° 51-52, act. 466. Le Conseil d'État a suivi la décision de la CJUE : CE, 14 mai 2023, n° 448484, *Conseil national des barreaux*, *Dr. fisc.* 2023, n° 24, comm. 216. La proposition de directive « DAC 8 » prend en compte cette décision et propose aux avocats de seulement notifier à leurs clients l'étendue de cette obligation déclarative : Conseil de l'Union européenne, *Draft Council Directive amending Directive 2011/16/EU on administrative cooperation in the field of taxation – Presidency compromise text*, préc., art. 1<sup>er</sup>.

107. Dir. (UE) 2018/822, préc., art. 1<sup>er</sup>, b, p. 20.

108. V. Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, Assemblée nationale, *Rapport sur le projet de loi de finances pour 2023, Lutte contre l'évasion fiscale (Gestion des finances publiques)*, Rapport n° 292, 2022, Annexe n° 26, p. 8.

109. Cette « relation de confiance » ou « relation approfondie » (« *enhanced relationship* ») avait été évoquée en 2008 dans le rapport Fouquet pour créer une transparence réciproque : v. O. Fouquet (dir.), *Améliorer la sécurité juridique des relations entre l'administration fiscale et les contribuables : une nouvelle approche*, Rapport au ministre du Budget, des comptes publics et de la fonction publique, 2008, p. 31. En 2013, cette ambition a été expérimentée : v. ministère de l'Économie et des Finances, ministère délégué chargé du budget, *Relation de confiance avec les entreprises, Signatures des premiers protocoles entre la DGFiP et les entreprises candidates*, 2013. En 2018, la loi ESSoC a autorisé le Gouvernement à agir par ordonnances pour relancer la relation de confiance avec les entreprises : loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance, art. 17 ; v. ministère de l'Action et des Comptes publics, « *Entreprise et administration fiscale : une nouvelle relation de confiance* », dossier de presse, 2019, *Dr. fisc.* 2019, n° 12, act. 141.

émettre des rescrits sur les problèmes traités et à ne pas demander un rappel sur les questions traitées ou de pénalités si la rectification est conforme à l'avis de l'Administration. Le groupe s'engage à documenter son organisation et ses modalités de contrôle interne, à fournir spontanément les documents pour identifier les problématiques juridiques (dont les FEC), à présenter les événements affectant la vie de l'entreprise et à répondre aux demandes de l'Administration. En 2022, 72 protocoles ont été mis en place avec de grandes entreprises<sup>110</sup>.

**25.** En outre, les petites et moyennes entreprises (PME) bénéficient d'un « accompagnement fiscal personnalisé », à l'aide de pôles d'expertise permettant la clarification de sujets fiscaux importants ou l'analyse d'options fiscales. L'entreprise bénéficie d'un référent qui identifie les problématiques, s'adapte, se déplace ou donne un avis formel. Les prises de position seraient alors opposables. En 2022, près de 1 400 accompagnements ont été réalisés, générant 435 rescrits et 850 réponses d'ordre général<sup>111</sup>.

**26.** Enfin, plus étonnant, l'Administration a déclaré instaurer un examen de conformité fiscale (ECF). Proche des CGA, l'ECF a été créé en 2021 pour accroître ce « civisme fiscal »<sup>112</sup>. Cet outil permet à des sociétés de demander des avis à des experts ou conseils indépendants sur certains points de leur fiscalité. Aussi un autre acteur s'ajoute au dialogue entre le fisc et les entreprises. Ce mécanisme a pour but de prévenir toute transgression des règles fiscales. En cas de rappel, malgré l'ECF, les intérêts de retard et les pénalités d'assiette ne devraient pas être appliqués, si le contribuable est considéré de bonne foi.

**27.** Derrière ces mécanismes de négociation ou de prévention de la fraude fiscale ou de l'évasion fiscale, il y a la volonté du fisc de devenir le « compagnon » de la vie de l'entreprise au sein de leurs directions fiscales ou lors de leur prise des décisions. Cette dernière n'a plus de secret pour lui, car les agents sont censés être présents au moment de la prise de décision et faire en sorte que l'entreprise remplisse ses devoirs civiques.

## **B. La transparence entre les citoyens**

**28.** Les mécanismes de transparence en droit fiscal se partagent de plus en plus entre le champ de la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales et le champ de la prévention de ces comportements pour responsabiliser les contribuables. Il s'agit de la mise en avant du statut de citoyen du contribuable que ce soit pour les particuliers ou pour les personnes morales. Ces derniers sont mis face à leurs comportements et à leurs conséquences juridiques ou économiques. Ces dispositifs de transparence influencent grandement les choix de gestion des contribuables, même si ces derniers sont autorisés par la loi<sup>113</sup>. Cette limitation de la liberté de gestion des contribuables dépasse les mécanismes classiques de transparence. Ces nouveaux dispositifs se caractérisent par une nouvelle relation entre le contribuable et les tiers, comme les organisations non gouvernementales (ONG) ou plus simplement le grand public. Le secret des affaires est alors battu en brèche pour permettre la communication d'informations au plus grand nombre. Ces mécanismes sont liés à la création d'un principe de publicité des informations fiscales (1). Le législateur ne souhaite plus seulement la communication d'informations pertinentes aux services de l'État, mais entend susciter des effets non juridiques à la divulgation de ces informations au grand public. Elles sont transmises pour inciter les contribuables concernés à réfléchir sur leur comportement et prévenir le « risque réputationnel » (2).

### **1. La naissance d'un principe de publicité des informations fiscales**

**29.** Cette publicité des informations fiscales apparaît comme l'un des derniers stades de la transparence en droit fiscal. Cette recherche d'une transparence envers les tiers est apparue peu à peu en droit fiscal. Elle fait d'ailleurs l'objet d'une « saga » législative et jurisprudentielle, entre volonté politique de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales et défense des droits des contribuables.

**30.** Dès 1984, le législateur avait instauré une publicité par commune des listes des personnes assujetties à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur

110. DGFiP, *Rapport d'activité 2022*, juin 2023, p. 42.

111. *Ibid.*

112. Décret n° 2021-25 du 13 janv. 2021 portant création de l'examen de conformité.

113. V. O. Debat, « Regard sur la transparence, le nouveau dogme mondial en droit fiscal ? », *RDBF* 2017, n° 4, comm. 42.

les sociétés, ainsi qu'une liste des personnes non assujetties<sup>114</sup>, dans le but de donner la mesure aux contribuables de leur contribution par rapport aux autres<sup>115</sup>.

**31.** Au nom de la lutte contre la fraude fiscale, le législateur a souhaité aller plus loin et a visé le *trust* qui est souvent perçu comme un instrument de dissimulation, de blanchiment, de fraude fiscale ou d'évasion fiscale. En effet, en 2013, une publicité du registre des *trusts* a été instaurée. Cette transparence publique attribue un rôle au citoyen qui agirait dans le cadre d'une « *vigilance citoyenne* »<sup>116</sup>, au risque de créer un « *voyeurisme fiscal* »<sup>117</sup> ou des menaces sur la personne du contribuable<sup>118</sup>. Aussi cette publicité est, dans un premier temps, rejetée par le Conseil constitutionnel<sup>119</sup>. Mais son principe n'est pas remis en cause, si elle se limite à un nombre limité de personnes. Ce registre est désormais accessible aux personnes visées à l'article L. 167 du LPF.

**32.** Le principe d'une publicité des informations fiscales a été relayé dans un texte concernant l'identité des bénéficiaires effectifs de sociétés<sup>120</sup>. Alors que l'utilité de cette publicité reste à déterminer, le texte de droit dérivé dont il est issu a été jugé comme constituant une atteinte disproportionnée

au respect du droit à la vie privée et à la protection des données personnelles par la CJUE, en 2022<sup>121</sup>.

**33.** Malgré l'absence de démonstration de son efficacité et au nom des vertus dont bénéficie la transparence, la publicité des informations fiscales a continué à être mobilisée par l'exécutif européen. La récente directive européenne en matière de publicité des rapports *CbCR*, appelés également déclaration publique pays par pays (D3P), en est le parfait exemple<sup>122</sup>. Par cette évolution, le fisc n'est plus le seul à obtenir des informations économiques, financières ou fiscales. Si le *CbCR* renforce la communication des informations fiscales à l'Administration et offre même la possibilité pour les groupes de sociétés de s'interroger sur leur stratégie fiscale, le *CbCR* public promeut une transparence comme vertu. Selon cette idée, l'action des entreprises serait encadrée par d'autres principes que ceux du marché. D'ailleurs, dans un premier temps, anticipant une proposition de la Commission européenne, l'attribution d'un rôle sociétal aux grands groupes de sociétés par le biais de cette transparence avait été proposée en France en 2016, mais le Conseil constitutionnel avait défendu la liberté d'entreprendre<sup>123</sup>. L'innovation du projet européen est de proposer la publicité des données

114. LPF, art. L. 111, I.

115. V. Commission des finances, du Contrôle budgétaire et des Comptes économiques de la Nation, Sénat, *Rapport général sur le projet de loi de finances pour 1984, adopté par l'Assemblée nationale*, n° 62, t. III, 1983, p. 125.

116. M. Khayat et S. Pannetier, « Censure du registre public des trusts : vie et mort d'un OVNI juridique », *Dr. fisc.* 2016, n° 48, comm. 620, § 12.

117. L. Peyen, « Le registre public des trusts et la vie privée des contribuables », *Dr. fisc.* 2016, n° 48, act. 662, § 5.

118. V. Commission des finances, *Rapport général sur le projet de loi de finances pour 1984, adopté par l'Assemblée nationale, op. cit.*, p. 126.

119. Cons. const., 21 oct. 2016, n° 2016-591 QPC, *Mme Helen S.*, *RJF* 1/17, n° 56.

120. CMF, art. L. 561-45-1 et s. Ces articles sont issus de différents textes : Dir. (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règ. (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la dir. 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la dir. 2006/70/CE de la Commission ; Dir. (UE) 2018/843 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 modifiant la dir. (UE) 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment des capitaux ou du financement du terrorisme ainsi que les dir. 2009/138/CE et 2013/36/UE. L'accès au registre est ouvert à toute personne justifiant d'un intérêt légitime : CMF, art. L. 561-46, al. 3, 4°. Depuis 2020, ce registre est ouvert à tout public, mais les informations disponibles sont réduites : CMF, art. L. 56146, al. 2.

121. CJUE, 22 nov. 2022, nos C-37/20 et C-601/20, *WM et Sovim SA c/ Luxembourg Business Registers*, *JCP E* 2022, n° 48, act. 1005 ; *FI* 2023, n° 1, p. 223, § 7. En France, ce registre demeure applicable jusqu'à nouvel ordre : v. ministère de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique, « Registre des bénéficiaires effectifs : Maintien de l'accès au grand public », communiqué de presse, 19 janv. 2023.

122. Dir. 2021/2101 du Parlement européen et du Conseil du 24 nov. 2021 modifiant la dir. 2013/34/UE en ce qui concerne la communication, par certaines entreprises et succursales, d'informations relatives à l'impôt sur les revenus des sociétés. Elle a été transposée récemment : ord. n° 2023-483 du 21 juin 2023 relative à la communication, par certaines entreprises et succursales, d'informations relatives à l'impôt sur les bénéfices.

123. Cons. const., 8 déc. 2016, n° 2016-741 DC, *Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, *RJF* 3/17, n° 255.

obtenues par le *CbCR*. Cette publicité concerne donc les activités, le nombre de salariés, le chiffre d'affaires et le montant de l'impôt sur les bénéfices. Ces informations sont ventilées entre les États membres et les pays ne respectant pas les normes de bonne gouvernance dans le domaine de la fiscalité. Aussi les objectifs de la directive dépassent la transparence comptable, car « on n'attend pas seulement des entreprises qu'elles ouvrent leurs comptes au grand public ; on attend aussi d'elles qu'elles rendent des comptes, c'est-à-dire qu'elles expliquent, justifient, commentent, etc., bref, fassent œuvre de pédagogie »<sup>124</sup>. Sans cette pédagogie, les informations disponibles seront d'interprétation ardue, relativisant la création d'un nouveau lien de confiance entre le citoyen et les grands groupes. De plus, cette complexité risque d'entraîner des analyses erronées.

**34.** En tout état de cause, cette nouvelle obligation déclarative agit comme un « *catalyseur* »<sup>125</sup> poussant les groupes économiques à communiquer plus largement sur la question fiscale, au nom du « risque réputationnel ». Ce risque a d'ailleurs bien été pris en compte par le législateur qui oblige les contribuables et plus particulièrement les grands groupes à ménager leur responsabilité sociale.

## 2. L'emploi du « risque réputationnel » par le législateur

**35.** Le constat de l'importance de l'image dans notre société est aisé à formuler et ne souffre d'aucune contestation. L'image « semble se confondre avec la vérité »<sup>126</sup>. Or, une mauvaise image peut entraîner des conséquences néfastes sur le plan économique pour une entreprise du fait d'une réaction sociale. L'exemple britannique de la société *Starbucks* a été souvent cité, même s'il semble un peu trop singulier<sup>127</sup>. Par conséquent, le « risque réputationnel » serait ce trait d'union entre le risque fiscal, c'est-à-dire la rectification de la base imposable, et le risque économique ou commercial, c'est-à-dire une baisse du

chiffre d'affaires. Ce trait d'union reposerait sur un « civisme fiscal », qui empêcherait une société d'agir de manière frauduleuse ou abusive. En somme, étonnamment, la morale intervient au sein du droit fiscal. Cette morale dans la pratique de la fiscalité est reprise par le législateur et même amplifiée, dans certains cas, par les entreprises. En droit fiscal, la transparence ne consiste plus seulement dans la transmission des informations fiscales à l'Administration. Elle offre également aux citoyens la possibilité de juger le comportement du contribuable. Ce jugement imprime alors l'image du contribuable et sa place dans la société.

**36.** En plus du mécanisme du *CbCR* public, qui contient cette éventualité de jugement, différents dispositifs ont été mis en place pour donner une base juridique à ce « risque réputationnel ». En effet, le législateur a compris ce dernier et a instauré des dispositifs reposant sur le risque de perdre une image positive ou vertueuse. L'idée est que la perception d'une image négative aurait de telles conséquences délétères socialement et économiquement que le contribuable ne pourra que modifier son comportement<sup>128</sup>. Ce contrôle réputationnel est mis en avant dans deux dispositifs ou projets de dispositifs. À l'inverse du *CbCR* public, ces dispositifs reposent sur une intermédiation louable de l'Administration pour apprécier le comportement vertueux ou non du contribuable.

**37.** Parmi ces dispositifs, le mécanisme du « *name and shame* » souligne la pensée du législateur sur les effets attendus de cette publicité. En 2018, la loi contre la fraude fiscale instaure une sanction administrative qui consiste en la publication sur le site de l'administration fiscale pour une durée d'un an maximum, des rappels d'impôt et des sanctions administratives appliqués aux personnes morales<sup>129</sup>. Cette sanction concerne les cas les plus graves et son application est décidée par l'Administration après avis conforme de la Commission des infractions fis-

124. D. Gutmann, « Les entreprises à l'heure de la communication fiscale », *FI* 2023, n° 1, p. 77, § 7.

125. *Ibid.*, p. 77, § 11.

126. J.-D. Bredin, « Secret, transparence et démocratie », dossier « Transparence et secret », *Pouvoirs*, n° 97, 2001, p. 10.

127. V. P.-A. Muet, Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, Assemblée nationale, *Rapport d'information sur l'optimisation fiscale des entreprises dans un contexte international*, n° 1243, 2013, p. 125.

128. V. D. Gutmann, « Transparence des relations entre l'Administration et contribuables : quel équilibre ? », préc.

129. CGI, art. 1729 A bis, I.

cales (CIF)<sup>130</sup>. Le juge constitutionnel n'ayant pas été saisi de la constitutionnalité de cette loi, il reste à savoir si ce dispositif respecte le droit à la vie privée ou la liberté d'entreprendre<sup>131</sup>. Une autre sanction par publication dans des conditions similaires existe également pour les opérateurs de plateforme<sup>132</sup>. Le but de ce texte est de les inciter à coopérer avec les services fiscaux au nom de la sauvegarde de leur réputation et d'informer les consommateurs sur l'attitude fiscale des plateformes avec lesquelles ils contractent.

**38.** En outre, le législateur propose, en opposition au mécanisme précédent, de valoriser les comportements vertueux des contribuables, dans la continuité de la « relation de confiance »<sup>133</sup>. À partir d'une transparence entre le contribuable et les services fiscaux, cette labellisation par un certificat de civisme fiscal permettrait de valoriser l'image du contribuable dans la société, face aux citoyens, voire, plus prosaïquement, face aux consommateurs et, ainsi, d'inciter les entreprises à changer de comportement. Toutefois, cette initiative législative n'a pas été relayée par le pouvoir réglementaire.

**39.** Par conséquent, les mécanismes de transparence ne servent plus seulement à appliquer des dispositifs de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, ils deviennent des moyens à part entière. Cette publicité devient une « arme » de régula-

tion. Cette dernière emploie les caractéristiques de l'économie, notamment l'économie numérique, pour influencer sur les comportements de leurs acteurs. De plus, cette action du législateur concrétise juridiquement la théorie de la responsabilité sociale des entreprises (RSE ou *CSR* pour *corporate social responsibility*). Cette théorie dépasse la matière fiscale et propose aux sociétés de prendre en compte les conséquences de leurs comportements en matière sociale ou environnementale. L'entreprise doit alors rendre des comptes au sujet de son activité et du respect de ses objectifs auprès des acteurs internes comme les employés, les syndicats ou les actionnaires et auprès des acteurs externes comme les clients, le grand public, les ONG ou les autorités publiques. Par conséquent, elle doit aller plus loin que la simple satisfaction des obligations juridiques<sup>134</sup>. Logiquement, cette théorie prend de plus en plus en compte la question fiscale<sup>135</sup>. Ainsi, transposant une directive européenne<sup>136</sup>, l'article L. 225-102-1 du Code de commerce fait référence aux « conséquences sociales et environnementales » de l'activité de l'entreprise<sup>137</sup> et oblige la publication de ces informations dans une déclaration de performance extrafinancière ou « *reporting RSE* »<sup>138</sup>. Depuis 2018, cette déclaration doit également contenir une analyse de leur activité quant « à la lutte contre la corruption et l'évasion fiscale »<sup>139</sup>. Toutefois, l'expression « *évasion fis-*

130. La CIF a été saisie à cinq reprises en 2022 : v. CIF, *Rapport d'activité à l'attention du Gouvernement et du Parlement 2022*, 2023, p. 4.

131. En 2021, une chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme avait déclaré conforme à l'article 8 de la CESDH, un dispositif hongrois assez similaire, mais automatique et divulguant plus d'informations sur l'auteur de la fraude : CEDH, 12 janv. 2021, n° 36345/16, *L. B. c/ Hongrie*. En 2023, la Grande Chambre a jugé au contraire la non-conformité de ce dispositif en raison de l'absence de réflexion sur la proportionnalité du dispositif : CEDH, 9 mars 2023, n° 36345/16, *L. B. c/ Hongrie*.

132. CGI, art. 242 bis, al. 1<sup>er</sup>; CGI, art. 1740 D, I.

133. Loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance, art. 17. Cette habilitation est issue d'un amendement parlementaire : *Amendement*, n° 110, ss. art. 7, 2018, p. 1. Aucune application pour l'heure : v. CIF, *Rapport d'activité à l'attention du Gouvernement et du Parlement 2022*, *op. cit.*, p. 5.

134. V. Commission des communautés européennes, *Livre vert, Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, COM (2001) 366 final, p. 7, § 21 ; Commission des communautés européennes, « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au comité économique et social européen, Mise en œuvre du partenariat pour la croissance et l'emploi : Faire de l'Europe un pôle d'excellence en matière de responsabilité sociale des entreprises », COM (2006) 136 final. V. D. Gutmann, *Droit fiscal des affaires*, 13<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2022-2023, p. 845, § 1025.

135. V. OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, éd. OCDE, 2011, p. 71 ; v. M. Chade-faux, « Les instruments fiscaux de la RSE », *RLDA* 2013/84, n° 4693 ; v. K. Jestin, « De la perception du concept de responsabilité sociétale de l'entreprise (RSE) à sa transposition dans le domaine fiscal, Réflexion sur les frontières de la "responsabilité fiscale" de l'entreprise », *REIDF* 2020, n° 1, p. 131.

136. Dir. 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 oct. 2014 modifiant la dir. 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes.

137. C. com., art. L. 225-102-1, III.

138. C. com., art. L. 225-102-1, II.

139. C. com., art. L. 22-10-36, al. 2.

cale » n'a pas reçu de définition précise. Si cette obligation de communication demeure équivoque, elle souligne l'importance de la communication fiscale pour les grands groupes<sup>140</sup>. Ces derniers le rappellent au sein de leurs documentations, refusant notamment de pratiquer des montages fiscaux artificiels, comme le déclare Total<sup>141</sup>, BNP Paribas<sup>142</sup> ou Vinci<sup>143</sup>, évoquant leur strict respect de la réglementation fiscale comme le jure le groupe BPCE<sup>144</sup> ou la Société Générale<sup>145</sup> ou notant les risques financier, commercial et réputationnel de l'évasion fiscale qu'ils éviteraient, à l'instar d'Alstom<sup>146</sup>.

**40.** Cette transparence permet à ces entreprises de réfléchir à leur gouvernance fiscale, c'est-à-dire à leur stratégie fiscale, leur organisation, leur

gestion des risques ou leurs *reportings* internes<sup>147</sup>. De plus, elles peuvent tenter de devancer les éventuelles critiques des acteurs sociétaux. Elles émettent alors des codes de conduites fiscaux. Une éthique des affaires en droit fiscal se dévoile alors. Elle souligne l'efficacité des dispositifs de transparence. Cependant, cette éthique ne doit pas demeurer qu'une façade. En outre, l'« arme » de la transparence n'est alors possible que pour un nombre limité de contribuables. Pour les autres, les mécanismes de transparence permettant la collecte des informations demeurent indispensables pour nourrir le contrôle fiscal. Toutefois, dans les deux cas, ces mécanismes ne doivent pas remettre en cause les libertés économiques des contribuables et leur droit de choisir la voie la moins imposée.

140. D. Gutmann, « Les entreprises à l'heure de la communication fiscale », préc., p. 77, § 11.

141. V. TotalEnergies, « Notre politique fiscale », mars 2022 ; v. TotalEnergies, « Document d'enregistrement universel 2022 incluant le rapport financier annuel », 2023.

142. V. BNP Paribas, « Document d'enregistrement universel et rapport financier annuel 2022 », 2023, p. 636 ; v. BNP Paribas, « Code de conduite fiscale du Groupe BNP Paribas », 2023, p. 5.

143. V. Vinci, « Transparence fiscale, Rapport 2022 », 2023, p. 7.

144. V. Groupe BPCE, « Document d'enregistrement universel 2022 », 2023, p. 133.

145. V. Société Générale, « Document d'enregistrement universel, rapport financier annuel 2022 », 2023, p. 267.

146. V. Alstom, « Document d'enregistrement universel 2022/23 comprenant le rapport financier annuel », 2023, p. 331.

147. V. D. Gutmann, *Droit fiscal des affaires*, op. cit., p. 850 et s., § 1027 et s. ; V. N. Cordier-Deltour, F. Warcollier et C. Delsol, « La gouvernance fiscale, un enjeu stratégique pour les entreprises », *Dr. fisc.* 2017, n° 28, étude 391 ; v. D. Gutmann, « Les entreprises à l'heure de la communication fiscale », préc., p. 79, § 19.

# Dossier

## La transparence et le droit

### La transparence en droit européen du numérique<sup>1</sup>

**Emmanuel Netter**

Professeur de droit privé à l'université de Strasbourg,  
CDPF (UR 1351)

**N**umérique et secret. Le paradoxe a été largement commenté ces derniers mois : la société OpenAI est devenue un modèle d'opacité absolue<sup>2</sup>. Sa dénomination renvoie pourtant aux logiciels *open source*, ceux dont le code informatique est public, ainsi qu'à l'*open science*, la recherche dont les résultats sont accessibles à tous. Le désir de protéger ses avancées industrielles a finalement poussé la « société à but lucratif limité » à se refermer comme une huître. Le fonctionnement de son produit phare, l'agent conversationnel ChatGPT, est ainsi nimbé d'un épais brouillard. Il est vrai que les « traitements algorithmiques basés sur l'apprentissage machine » sont naturellement rétifs, dans une certaine mesure, à la transparence. Cette dénomination désigne des logiciels qui ne se contentent pas d'appliquer un nombre fini de règles écrites par l'humain, mais que l'on « entraîne » – à traduire un texte d'une langue dans une autre, à générer des images, à prédire si une image qu'on leur présente représente un

chien ou une bicyclette – à partir d'un corpus composé de millions ou de milliards d'exemples. Il en résultera un modèle statistique, dont le fonctionnement intime deviendra alors partiellement inconnaissable pour celui-là même qui l'aura produit<sup>3</sup>.

Certes, mais il est possible, en amont, de dévoiler la composition du jeu de données qui a servi à l'entraînement. OpenAI s'y refuse<sup>4</sup>. Utiliser de mauvais matériaux pour l'apprentissage crée pourtant des risques de génération de contenus trompeurs, dangereux, discriminatoires, biaisés. Il est par ailleurs certain que les données d'entraînement comprennent des informations à caractère personnel, ainsi que des créations protégées par la propriété littéraire et artistique : conserver le secret sur le corpus, c'est empêcher la mise en œuvre de ces droits.

Le secret excessif dont OpenAI s'entoure ne se limite toutefois pas aux techniques de fabrication de son modèle. En aval de l'entraînement, lorsque les utilisateurs interagissent avec

1. L'auteur remercie vivement le comité de rédaction en chef et la directrice scientifique de la *Revue de droit d'Assas* de lui avoir permis de prolonger des réflexions esquissées dans « À quoi sert le principe de transparence en droit des données personnelles ? », *Dalloz IP/IT* 2020, p. 611.
2. V. par ex. J. Lausson, « "Nous avons tort" : en dévoilant GPT-4, OpenAI dit rejeter l'open source désormais », *Numerama.com*, 17 mars 2023.
3. Le lecteur désireux de prendre la mesure de cette difficulté pourra regarder le documentaire AlphaGo (dir. Greg Kohs, 2017) et découvrira comment le logiciel, destiné à battre le champion du monde de jeu de Go, se retrouve à jouer des coups totalement inattendus – mais victorieux. Les ingénieurs qui l'ont conçu s'avouent incapables d'en expliquer les ressorts.
4. Pour une démarche bien différente v. le projet BLOOM, dont le corpus est décrit dans H. Laurençon *et al.*, « The BigScience ROOTS Corpus : A 1.6TB Composite Multilingual Dataset », *36<sup>th</sup> Conference on Neural Information Processing Systems (NeurIPS 2022)*, *Track on Datasets and Benchmarks*, consultable sur [openreview.net](https://openreview.net).

ChatGPT, ils n'étaient par exemple aucunement informés de la façon dont leurs sessions de discussion étaient exploitées pour affiner encore le fonctionnement du produit<sup>5</sup>. D'un point de vue formel, la politique de confidentialité était inexistante, et les utilisateurs n'étaient pas informés de leurs droits. D'un point de vue substantiel, il n'était pas prévu qu'ils puissent s'opposer à ces traitements de leurs données personnelles. L'intervention de l'autorité italienne de protection des données, sur le fondement du RGPD, a d'ores et déjà permis quelques progrès sur ces derniers points<sup>6</sup>.

**Exigences européennes de transparence.** Le droit des technologies n'a pas attendu « l'intelligence artificielle » ni même l'informatique pour se heurter à des phénomènes de boîtes noires, de portes closes et de mutisme, sous couvert de complexité technique et de secret des affaires. Mais ces arguments trouvent rapidement leurs limites dans des domaines tels que l'avionique, l'automobile ou le médicament, qui mettent en jeu le corps humain. Par effet de contagion, il n'est pas douteux que le numérique sera serré d'aussi près quand il servira à animer ou à concevoir des produits intervenant dans le monde physique. Toutefois, même le monde informationnel « pur », celui de ChatGPT ou des réseaux sociaux, est lourd de menaces. Les risques de désinformation, d'atteinte à la vie privée, à la liberté d'expression, de discours de haine, de discriminations prohibées, de distorsion de concurrence sont partout. Face à ces dangers, le droit européen du numérique place manifestement de grands espoirs dans des exigences de « transparence ». Dans les principaux textes et projets de textes récents, le mot se rencontre fréquemment, et la chose qu'il désigne, elle, est

partout. On en relèvera quelques exemples, sans exhaustivité.

**Dans le RGPD.** En droit des données, la transparence est élevée dès le début du RGPD au rang des grands principes qui doivent irriguer tout traitement de données à caractère personnel<sup>7</sup>. C'est également l'exigence de transparence qui ouvre le chapitre sur les droits des personnes dont les données sont maniées<sup>8</sup>. Cela se traduit notamment par l'obligation, faite aux responsables du traitement, de remettre aux individus une politique de confidentialité contenant des informations aussi diverses que la finalité du traitement, le « fondement de licéité » sur lequel il est fondé – par exemple le consentement, la nécessité du traitement pour l'exécution d'un contrat ou une mission d'intérêt public –, la durée de conservation des données, l'existence ou non d'un mécanisme de prise de décision automatisée et, au cas où il y en aurait un, les grandes lignes de son fonctionnement<sup>9</sup>...

Plus loin, le « droit d'accès » n'utilise pas le mot de transparence, mais il en véhicule l'idée à l'évidence : tout individu peut interroger le responsable d'un fichier pour savoir s'il se trouve dans sa base de données et, en cas de réponse positive, obtenir une copie intégrale de ce que l'on sait sur lui. Jean Foyer expliquait qu'il s'agissait « de faire des fichiers des maisons de verre »<sup>10</sup>.

Par ailleurs, un faisceau entier d'obligations des responsables du traitement nous semble bâti sur l'idée de transparence, même si là encore le mot n'est pas employé. Ce sont les obligations de « documentation » : si, depuis l'entrée en application du RGPD, il n'est pour l'essentiel plus nécessaire de déclarer son fichier à la CNIL, et encore moins de requérir son autorisation, le corollaire est l'obligation de tenir toutes sortes

5. Pour un point de vue doutant cependant que ChatGPT soit soumis au RGPD, du point de vue du champ d'application territorial : F. Mattiata, « Peut-on interdire ChatGPT pour non-conformité au RGPD ? », *JCP A* 2023, 269.

6. L'acronyme RGPD désigne le règlement 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. V. les décisions du 30 mars 2023 et du 11 avril 2023 du *Garante per la protezione dei dati personali*, sur [garanteprivacy.it](http://garanteprivacy.it).

7. Rég. 2016/679 préc., art. 5, § 1, a. V. not. R. Perray, « La transparence en matière de données personnelles : plus qu'une explication, la consécration d'un principe désormais cardinal », *CCE* 2022, n° 10, p. 5.

8. Chapitre III, section 1 du même règlement : « Transparence et modalités ». Il contient un article 12, intitulé « Transparence des informations et des communications et modalités de l'exercice des droits de la personne concernée ».

9. Rég. 2016/679 préc., art. 13 et 14.

10. Compte-rendu de la séance de l'Assemblée nationale du 4 octobre 1977, p. 5783.



de cahiers et de registres qui montreront, en cas d'inspection, qu'on a agi de façon responsable et appropriée<sup>11</sup>. Il s'agit bien de faire la lumière sur les processus décisionnels de la structure.

Relevons encore, de façon plus anecdotique que l'exigence de transparence est occasionnellement brandie face à l'autorité de protection des données elle-même : « chacun de ses membres [...] est nommé selon une procédure transparente [...] »<sup>12</sup>.

**Dans le DSA.** Au sein du règlement sur les services numériques (*Digital Services Act*, ou DSA), il est tout aussi aisé de trouver de multiples références au concept de transparence<sup>13</sup>. Ce texte s'applique aux « fournisseurs de services intermédiaires », ces acteurs qui participent à la circulation de l'information en ligne : fournisseurs d'accès à internet, réseaux sociaux et autres services d'hébergement de vidéos. Les principales évolutions du DSA par rapport au droit antérieur, qui résultait d'une directive de 2000 sur le commerce électronique<sup>14</sup>, sont à rechercher dans un chapitre intitulé « obligations de diligence pour un environnement en ligne sûr et *transparent* »<sup>15</sup>. La transparence constitue donc un objectif transversal, qui balaie l'essentiel du texte. Mais on la retrouve explicitement dans plusieurs articles précis. C'est le cas des divers « rapports de transparence » qui doivent être publiés, au moins une fois par an, par les professionnels visés, et qui contiennent des batteries d'indicateurs très divers sur la façon dont ils exercent leur pouvoir sur l'information<sup>16</sup>. Citons encore l'exigence de

« transparence du système de recommandation »<sup>17</sup>. Certaines plateformes suggèrent à l'utilisateur qui a regardé une vidéo d'en voir une autre, supposée l'intéresser également, ou à celui qui s'est abonné à un compte de réseau social, d'en suivre un autre, prétendument du même type. Il faudra désormais expliquer quels critères concourent à la production de ces conseils personnalisés. La question est sensible : les recommandations ont tôt fait d'enfermer l'internaute dans une bulle cognitive ressasant perpétuellement les mêmes discours, les mêmes idées politiques, les mêmes représentations du monde – y compris les plus extrêmes<sup>18</sup>.

Dans le DSA comme dans le RGPD, par ailleurs, de multiples dispositions concourent à la transparence sans employer ce mot. Parmi les nombreux exemples disponibles, citons l'article qui contraint les intermédiaires censurant des contenus d'utilisateurs à fournir un « exposé des motifs » de leur décision<sup>19</sup>. Auparavant, des textes ou images étaient couramment retirés de réseaux sociaux au prétexte d'une violation des « règles de la communauté », sans davantage de précisions. Il semble ainsi évident que l'objectif visé est celui d'une transparence des pratiques de modération.

**Dans le DMA.** Le règlement sur les marchés numériques nous emmène quant à lui dans l'univers des pratiques anticoncurrentielles<sup>20</sup>. Mais il s'agit toujours d'expliquer la façon dont l'information est exploitée. Un acteur comme Amazon exerce simultanément deux activités distinctes. Il

11. Le passage à cette logique de redevabilité (*accountability*) est symbolisé par l'article 24 du règlement 2016/679 précité : « Compte tenu de la nature, de la portée, du contexte et des finalités du traitement ainsi que des risques, dont le degré de probabilité et de gravité varie, pour les droits et libertés des personnes physiques, le responsable du traitement met en œuvre des mesures techniques et organisationnelles appropriées pour s'assurer et être en mesure de démontrer que le traitement est effectué conformément au présent règlement [...] ». Le corollaire de ce régime de semi-liberté, c'est la nécessité de conserver des traces de ses démarches, par exemple dans le « registre des activités de traitement » (art. 30).

12. Règ. 2016/679 préc., art. 53.

13. Règ. 2022/2065 du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques.

14. Dir. 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.

15. Règ. 2022/2065 préc., chap. III. Souligné par nous.

16. Selon une logique de poupées gigognes, tous les fournisseurs de services intermédiaires doivent produire un premier niveau de rapport (règ. préc., art. 15), ceux qui sont de surcroît des « plateformes en ligne » doivent y ajouter des informations supplémentaires (art. 24), ceux enfin qui sont de « très grandes plateformes » (ou de très grands moteurs) ajoutent encore une série d'informations (art. 42).

17. *Ibid.*, art. 27.

18. Parmi les premiers à avoir écrit sur ce sujet : E. Pariser, *The filter bubble : how the new personalized web is changing what we read and how we think*, Penguin books, 2012.

19. Règ. 2022/2065 préc., art. 17.

20. Règ. 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique.

est d'abord commerçant électronique en son propre nom : lorsque vous achetez un article, la compagnie de Jeff Bezos est votre contrepartie. Mais Amazon est également une « place de marché », qui offre toute la visibilité que procurent son courant de visiteurs et son moteur de recherche à des professionnels tiers. Or, on s'est aperçus récemment qu'Amazon tirait profit des informations sur les tendances de consommation issues de son activité de *marketplace* pour promouvoir ensuite ses produits vendus en nom propre, sur lesquels la marge est supérieure<sup>21</sup>. Dans le DMA, quelle réponse ? D'abord, « Le contrôleur d'accès n'accorde pas, en matière de classement ainsi que pour l'indexation et l'exploration qui y sont liées, un traitement plus favorable aux services et produits proposés par le contrôleur d'accès lui-même qu'aux services ou produits similaires d'un tiers ». Mais ensuite, « Le contrôleur d'accès applique des conditions *transparentes*, équitables et non discriminatoires à ce classement »<sup>22</sup>. La transparence, remède supposé à bien des maux.

**Dans le projet de règlement sur l'IA.** Le même exercice peut enfin être conduit s'agissant du projet de texte européen encadrant l'intelligence artificielle<sup>23</sup>. La transparence surgit à nouveau dès les toutes premières lignes. Le premier article décide ainsi que « le présent règlement établit : [...] des règles harmonisées en matière de *transparence* applicables aux systèmes d'IA destinés à interagir avec des personnes physiques, aux systèmes de reconnaissance des émotions et de catégorisation biométrique, et aux systèmes d'IA utilisés pour générer ou manipuler des images ou des contenus audio ou vidéo »<sup>24</sup>. Celui qui échange par écrit avec un service d'assistance en ligne doit être informé, le cas échéant, de ce qu'il est en train d'interagir avec un logiciel imitant de

façon convaincante un interlocuteur humain, à l'instar de ChatGPT. Celui qui découvre une photo du président de la République « mangeant de la boue » doit savoir qu'elle a été générée par Midjourney<sup>25</sup>. Plus loin, le projet pose une exigence à portée plus générale : « La conception et le développement des systèmes d'IA à haut risque sont tels que le fonctionnement de ces systèmes est *suffisamment transparent* pour permettre aux utilisateurs d'interpréter les résultats du système et de l'utiliser de manière appropriée »<sup>26</sup>.

**Définition de la transparence.** Au fil de ces exemples, on aura découvert l'extrême variété des manifestations concrètes de l'exigence de transparence. Pour autant, un substrat commun se révèle. La transparence pourrait être définie comme un processus visant à révéler le fonctionnement d'une organisation qui, sans cela, resterait inconnaisable. En matière numérique, il s'agira très souvent de faire révéler à l'organisation des choix relatifs à un traitement de l'information.

Ce processus part nécessairement d'un indicateur. Il peut préexister à l'obligation de transparence, notamment parce qu'il était utilisé dans la gouvernance de la structure ou pour son activité principale, et il s'agira alors simplement de le faire apparaître. Ou bien, à l'inverse, cet indicateur peut devoir être généré pour satisfaire à une obligation de transparence. Lorsqu'au terme d'un de ces deux scénarios, l'indicateur existe, il peut encore être nécessaire de le raffiner, de le contextualiser, de le simplifier, de le mettre en forme afin d'en assurer l'utilité : une information excessivement brute pourrait être inexploitable. Enfin, un acte de révélation est envisagé, qui pourra être systématique – comme dans le cas d'un rapport annuel – ou simplement potentiel

21. Commission européenne, communiqué de presse, 10 nov. 2020, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_2077](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077) : « *The Commission's preliminary findings show that very large quantities of non-public seller data are available to employees of Amazon's retail business and flow directly into the automated systems of that business, which aggregate these data and use them to calibrate Amazon's retail offers and strategic business decisions to the detriment of the other marketplace sellers* ».

22. Règ. 2022/1925 préc., art. 6, § 5. Souligné par nous.

23. Proposition de règlement établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle. Même si elle a été amendée depuis, nous nous baserons sur la version publique du 21 avril 2021, les versions plus récentes étant des documents de travail, qui évoluent à un rythme rapide au moment où nous écrivons.

24. Proposition de règlement IA préc., art. 1, d. Souligné par nous. Cette exigence est ensuite développée à l'article 52.

25. V. cet exemple chez W. Audureau, « Comment reconnaître une image générée par le logiciel Midjourney ? », *Lemonde.fr*, 30 mars 2023.

26. Proposition de règlement IA préc., art. 13, intitulé : « Transparence et fourniture d'informations aux utilisateurs ».

– en cas d'exercice d'un droit par un individu ou d'inspection par une autorité.

**Utilité de la transparence.** Mais l'histoire ne peut s'arrêter là. La publication ou la mise à disposition d'une information n'a guère d'intérêt par elle-même. C'est sans doute le principal écueil à éviter, dans l'édictation de ce type d'obligations : la transparence pour la transparence, sans finalité véritable, sans lendemain. L'objectif véritable devrait être que l'apparition de l'information permette une action subséquente. Qu'elle soit un jalon sur le chemin d'un contrôle, d'un conseil, d'une contestation de décision, d'une action en responsabilité, d'un choix.

Pour savoir si la transparence est utile, il nous faut nous intéresser aux conditions de sa production (I) puis à ses modalités d'exploitation (II).

## I. La production de la transparence

Nous verrons ici ce que les obligations de transparence sont supposées révéler (A) et de quelle manière (B).

### A. Les objets de la transparence

**Enjeux.** Quel est le type d'information que l'on cherche à faire apparaître, au fil des obligations de transparence ? La réponse à cette question permet à la fois de mieux cerner les parties du réel qui sont mises en lumière, et de mieux cerner quelles seront les compétences nécessaires aux destinataires de la transparence, envisagés plus loin, pour en tirer un quelconque profit.

**Objets juridiques.** Bien souvent, la transparence portera sur des questions exclusivement ou très majoritairement juridiques. Le DSA attache une grande importance à la clarté des conditions générales d'utilisation (CGU) et le RGPD à celle de la politique de confidentialité<sup>27</sup>. Les CGU constituent le contrat qui fixe les droits et obliga-

tions respectives des parties. La politique de confidentialité est un document plus composite, mais qui rappelle à la personne concernée quels sont les droits que lui reconnaît le RGPD, l'informe qu'elle peut déposer une plainte auprès de l'autorité de protection des données, lui indique la base de licéité du traitement<sup>28</sup>. L'article 26 du RGPD relève de la même idée, sur un point plus précis : lorsqu'il existe deux ou plusieurs responsables conjoints d'un traitement de données, ils doivent définir leurs obligations respectives « de manière transparente », afin que l'individu sache sans doute possible à qui il doit s'adresser pour faire valoir ses droits. Il s'agit donc ici encore de clarifier le réseau des droits et obligations mis en place.

Une fois ce cadre juridique installé, certaines obligations de transparence relèvent plutôt de son exécution. « L'exposé des motifs », déjà présenté, qui doit accompagner chaque décision de modération de contenu en vertu du DSA, ne fait surgir aucune règle de fond nouvelle, mais précise comment l'environnement légal et contractuel a été interprété par la plateforme, ce qui est tout aussi crucial lorsqu'il s'agit de permettre à l'internaute de protéger ses droits<sup>29</sup>.

**Objets techniques.** D'autres obligations de transparence tendent vers un objectif assez différent : celui d'expliquer et de surveiller le fonctionnement des systèmes informatiques. Il n'est pas surprenant de trouver des dispositions de ce type dans le projet de règlement IA, s'agissant des systèmes « à haut risque ». Il peut s'agir, en amont, d'établir une documentation technique complète<sup>30</sup>, au bénéfice des services spécialisés des clients ainsi que des autorités, mais aussi une « notice d'utilisation », destinée aux simples utilisateurs<sup>31</sup>. Un journal des événements permettra quant à lui de retracer, en aval, les mises en route et le comportement de l'IA<sup>32</sup>.

27. V. not. règ. 2022/2065 préc., art. 14 pour les CGU ; règ. 2016/679 préc., art. 12 et s. pour la politique de confidentialité. Certains estimeront peut-être que les CGU ne relèvent pas de la question de la transparence, puisque leur existence est inévitable dans le cadre de relations contractuelles. Nous en traitons néanmoins en raison des exigences du droit européen du numérique en termes de clarté, de simplicité, de concision. Elles révèlent un effort pour toucher de manière plus effective la conscience des lecteurs, qui s'inscrit dans notre définition du processus de transparence.

28. La politique de confidentialité, contrairement aux CGU, n'a pas toujours une nature contractuelle. Si le traitement est fondé sur une mission d'intérêt public, par exemple, elle constitue un simple document d'information qui ne fait pas l'objet d'une acceptation.

29. Règ. 2022/2065 préc., art. 17.

30. Proposition de règlement préc. du 21 avril 2021, art. 11.

31. *Ibid.*, art. 13, § 2.

32. *Ibid.*, art. 12.

**Objets hybrides.** Mais les obligations de transparence de l'univers numérique se situent bien souvent à la croisée du juridique et du technique. Le très important article 40 du DSA l'illustre bien : il permettra notamment à la Commission européenne ou à l'ARCOM d'accéder « aux données nécessaires pour contrôler et évaluer le respect du présent règlement ». La cible matérielle du texte est technique : il s'agit d'ouvrir des *datacenters*, d'y contempler des bases de données, d'étudier les algorithmes employés<sup>33</sup>. Mais l'objectif peut être de constater sur cette base, par exemple, que les contenus publiés par les utilisateurs font l'objet d'une censure excessive, qui méconnaît leur droit fondamental à la libre expression. Dans le RGPD, de même, de nombreuses obligations de transparence ont un objet mixte. Un droit d'accès va révéler à la personne concernée ce que contient le fichier à son endroit<sup>34</sup>. Le contenu de l'information peut avoir un impact sur ses droits – songeons tout simplement à une donnée inexacte, qui entraînerait la prise d'une décision injuste. Mais l'accès dévoilera également les formes techniques que revêt l'information, sa structure, la façon dont ses éléments sont organisés et pondérés. Une durée de conservation qui aurait été dépassée en raison du bug d'un logiciel, c'est du droit et de l'informatique mêlés. De même, en cas de notification à la CNIL ou à la personne concernée d'une violation de confidentialité, par exemple à la suite d'un accès à distance par un attaquant du système d'information, la transparence est faite de technique et de droit mélangés<sup>35</sup>.

**Objets économiques et sociaux.** Les catégories précédentes n'épuisent pas les objets auxquels s'attachent les obligations de transparence. Lors que le DSA oblige les plateformes à signaler

qu'un contenu revêt un caractère publicitaire, cela ne fait naître en soi aucun droit particulier dans le chef de l'internaute spectateur, mais lui permet de donner un sens différent à l'information qui lui est adressée<sup>36</sup>. Plus fondamentalement encore, le DSA commande aux « très grandes plateformes » (et « très grands moteurs de recherche ») de s'intéresser à l'ensemble des « risques systémiques » que le fonctionnement de leurs services fait courir à la société, bien au-delà de ce qui est illégal<sup>37</sup>. Lorsque le coordinateur des services numériques national (en France, l'ARCOM) et la Commission remarquent que certains de ces risques sont récurrents, ils publient un rapport les décrivant. Ainsi, la transparence porte parfois très largement sur l'environnement social dans lequel se situent les services numériques, et leur impact sur cet environnement<sup>38</sup>.

À cette grande variété des objets de la transparence répond de surcroît la grande diversité des formes qu'elle revêt.

## B. Les formes de la transparence

**Les produits bruts et massifs.** Les obligations de transparence peuvent conduire à la rédaction de documents longs et exhaustifs, auxquels le professionnel du droit est accoutumé, mais qui peuvent repousser le profane. Les conditions générales d'utilisation, alors même qu'elles sont supposément adressées aux utilisateurs ordinaires, relèvent sans nul doute de cette catégorie. Facteur aggravant, la tradition américaine de rédaction des contrats, plus prolixe que la nôtre, aboutit couramment à des CGU d'une longueur spectaculaire. Les politiques de confidentialité des géants du numérique sont tout aussi denses : la complexité de leurs traitements de données est telle qu'il est difficile de les décrire en peu de

33. Rég. 2022/2065 préc., art. 40. Son libellé ne fait référence qu'aux données, pas aux algorithmes, mais il convient de le combiner avec le considérant 96, qui précise : « [...] la Commission peut exiger l'accès à des données spécifiques ou la communication de celles-ci, y compris les données relatives aux algorithmes [...] ».

34. Rég. 2016/679 préc., art. 15.

35. *Ibid.*, art. 33 pour la notification à l'autorité et art. 34 pour la notification à la personne concernée.

36. Rég. 2022/2065 préc., art. 26. On se prémunit ici à la fois contre des contenus que les plateformes elles-mêmes essaieraient de faire passer pour « naturel » alors qu'elles ont été payées pour l'afficher (un résultat de recherche, un *post* sur un réseau social) et contre les utilisateurs qui sont eux-mêmes au service d'intérêts commerciaux sans le dire (notamment les « influenceurs », sur lesquels v. aussi, en droit interne, la loi « Lutte contre les arnaques et dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux », non encore publiée au moment où nous écrivons).

37. Rég. 2022/2065 préc., art. 34, § 1.

38. On pourrait toutefois opposer à cette présentation que l'article 35 du DSA fait obligation aux très grandes plateformes « d'atténuer » les risques systémiques ainsi définis, sous peine de sanction, ce qui les ferait basculer dans l'univers juridique et leur ferait perdre leur nature initiale d'éléments contextuels.

mots<sup>39</sup>. Relèvent également d'une démarche classique et quelque peu brutale de documentation exhaustive les rapports annuels et comptes-rendus d'audit prévus par le DSA, déjà mentionnés. La « documentation » de l'ensemble de la démarche de mise en conformité au RGPD produit elle aussi des kilomètres de littérature, de même que la « documentation technique » des systèmes d'IA.

**Les produits bruts, mais concis.** On évoquera ici des documents qui sont « nativement concis », par opposition à la catégorie qui suivra, celle des synthèses d'une information préexistante, mais foisonnante. Dire à un être humain qu'il est en train d'interagir avec une IA, ou de contempler une image produite par un tel système, constitue un bon exemple d'une information par nature simple, efficace, facilement intelligible<sup>40</sup>. Dire à un internaute qu'un résultat de recherche est sponsorisé, ou qu'une vidéo d'influenceur relève du placement de produit, de même<sup>41</sup>.

Ces informations sont si schématiques qu'elles peuvent aisément être résumées par l'apposition d'un mot ou d'un pictogramme. Elles relèvent tout autant de la « transparence » qu'un rapport d'audit de plusieurs centaines de pages, mais chacun comprendra qu'il ne s'agit pas tout à fait de la même transparence.

**Les produits synthétisés.** Le RGPD prévoit que les (trop) volumineuses politiques de confidentialité « [...] peuvent être fournies accompagnées d'icônes normalisées afin d'offrir une bonne vue d'ensemble, facilement visible, compréhensible et clairement lisible, du traitement prévu [...] »<sup>42</sup>. Il s'agit donc cette fois-ci de ramener la complexité de dizaines de pages à quelques éléments-clés susceptibles d'une traduction visuelle. La démarche a les défauts de ses qualités : elle est susceptible de toucher bien davantage de destinataires que l'information exhaustive, mais elle comporte le risque de trahir les subtilités du document d'origine.

Le DSA a repris une idée similaire s'agissant des conditions générales. Un considérant précise ainsi que « [...] Les fournisseurs de services intermédiaires peuvent utiliser des éléments graphiques dans leurs conditions générales, tels que des icônes ou des images, pour illustrer les principaux éléments des exigences en matière d'information énoncées dans le présent règlement »<sup>43</sup>. Par ailleurs, le texte comporte une exigence spécifique aux très grandes plateformes et très grands moteurs de recherche : ces acteurs fournissent « [...] un **résumé** des conditions générales, y compris des mécanismes de recours et de réparation disponibles, concis, facilement accessible [...] dans un langage clair et dépourvu d'ambiguïté »<sup>44</sup>.

**Les produits complets remis en forme.** Parmi les informations qui doivent figurer dans une politique de confidentialité en vertu du RGPD, figure « [...] l'existence d'une prise de décision automatisée, [...] et, au moins en pareils cas, des informations utiles concernant la logique sous-jacente »<sup>45</sup>. Pour ses calculs automatisés des tarifs individuels de l'eau et des transports, qui constituent de telles décisions, la ville de Nantes fait apparaître sur son site internet l'intégralité des critères utilisés sous forme de « logigrammes »<sup>46</sup>. Il s'agit d'une représentation visuelle des différentes étapes permettant d'aboutir au calcul final. L'information est complète, mais elle est bien plus digeste sous cette forme que si elle était relatée dans un texte.

On peut également citer certaines modalités originales du droit d'accès consacré par le même RGPD. L'utilisateur qui veut savoir ce qui figure à son propos dans la base de données de Google Maps pourrait se voir communiquer un très austère tableau mettant en relation, pour chaque ligne, une trace issue du fonctionnement du GPS, sous la forme : horaire exact, latitude, longitude. À la place, un outil permet de voir sur une carte du monde une représentation exhaus-

39. Le lecteur se reportera par exemple à celle de Facebook (<https://fr-fr.facebook.com/privacy/policy>), en gardant à l'esprit que la politique qu'il a sous les yeux constitue un immense progrès par rapport à des versions antérieures.

40. Proposition de règlement IA préc., art. 52.

41. Règ. 2022/2065 préc., art. 26.

42. Règ. 2016/679 préc., art. 12, § 7.

43. Règ. 2022/2065 préc., considérant 45.

44. *Ibid.*, art. 14.

45. Règ. 2016/679 préc., art. 13, § 2, f et 14, § 2, g.

46. [https://data.nantesmetropole.fr/pages/algorithmes\\_nantes\\_metropole/](https://data.nantesmetropole.fr/pages/algorithmes_nantes_metropole/)

tive, mais intuitive de l'ensemble des déplacements réalisés sur une période donnée, sous la forme d'un tracé<sup>47</sup>. La transparence montre ici encore un autre visage.

### Les produits manipulables par machine.

Dans les exemples qui viennent d'être pris, l'information, sans perdre en quantité ni en qualité, était transposée dans une forme plus agréable à l'œil humain. Il sera ici question d'une information à laquelle le destinataire pourra appliquer lui-même des transformations (tri, recherche à partir de critères, visualisation de données générée cette fois-ci par l'utilisateur et non par le professionnel). Cela est rendu possible par l'emploi de formats spécifiquement destinés à être interprétables par une machine.

La disposition du RGPD que nous citons plus haut, et qui prévoit que les politiques de confidentialité peuvent comporter des « icônes normalisées », précisait : « Lorsque les icônes sont présentées par voie électronique, elles sont lisibles par machine »<sup>48</sup>. Cela permettrait par exemple « d'aspirer » de manière automatisée des dizaines de politiques de confidentialité pour en proposer un tableau comparatif en quelques instants. Pour les mêmes raisons, le DSA prévoit que le résumé de leurs conditions générales que doivent proposer les très grandes plateformes est « lisible par une machine »<sup>49</sup>. Le même DSA oblige les très grandes plateformes à tenir un registre public exhaustif de leurs annonces publicitaires, dans un article intitulé « transparence renforcée de la publicité en ligne ». Or, ce registre doit être mis à disposition « [...] dans une section spécifique de leur interface en ligne, à l'aide d'un outil de recherche fiable permettant d'effectuer des recherches multicritères et par l'intermédiaire d'interfaces de programme d'application [...] »<sup>50</sup>. Ces « interfaces de programme d'application », mieux connues sous l'acronyme anglais d'API (*Application Programming Interface*) permettront d'interroger ces registres à l'aide de toutes sortes de logiciels tiers. Une information qui aurait été inutile si elle avait été livrée dans un format destiné à l'œil humain, car bien trop pléthorique, devient alors un gisement dont on

pourra extraire de précieux échantillons. Une autre transparence encore.

Nous savons désormais quels sont les objets privilégiés des obligations de transparence, et quelle physionomie adoptent ses produits. L'information est là, à portée de main. Qui est supposé s'en saisir, et pour quoi faire ?

## II. L'exploitation de la transparence

À qui s'adresse l'information générée par les obligations de transparence ? Dans une première approche, il s'agit d'améliorer les comportements individuels (A). Dans une seconde approche, les produits de la transparence sont exploités collectivement (B).

### A. L'approche individuelle

**Deux conditions d'utilité.** Pourquoi des obligations de transparence ? Afin, nous l'avons vu, de générer des informations. Mais la question rebondit : pourquoi faire apparaître tous ces signaux au bénéfice de partenaires contractuels, d'utilisateurs, de spectateurs ? Parce que cela améliorera la qualité des décisions qu'ils prendront. Sans cela, la transparence qui leur est destinée sera stérile. Ces décisions améliorées peuvent les amener à persévérer dans leurs choix antérieurs, mais en meilleure connaissance de cause : ils s'engageront bien dans ces liens contractuels, ils confieront effectivement leurs données à caractère personnel, ils continueront à utiliser un service, mais en ayant une vision plus claire des conséquences de leur comportement, voire en étant rassurés. Mais il peut arriver, au contraire, qu'ils décident finalement de ne pas signer ce contrat, d'exercer un droit à la rectification d'une donnée inexacte, de former un recours contre une décision de modération dont la motivation est visiblement peu convaincante.

Si l'on accepte cette idée que la transparence génère des informations destinées à améliorer les décisions des individus, alors elle ne peut être efficace qu'à deux conditions cumulatives : d'abord, que l'information soit suffisamment simple ou efficace pour être effectivement comprise, saisie dans sa réalité et dans ses implica-

47. <https://www.google.com/maps/timeline>

48. Rég. 2016/679 préc., art. 12, § 7.

49. Rég. 2022/2065 préc., art. 14, § 5.

50. *Ibid.*, art. 39.

tions ; ensuite, que la prise de conscience provoquée puisse conduire à un arbitrage utile.

**L'efficacité de l'information.** Parmi les différentes formes de transparence que nous avons énumérées précédemment, il semble évident que toutes n'ont pas la même aptitude à atteindre effectivement la conscience d'individus ordinaires : les informations synthétisées, retravaillées, simplifiées, ou converties en indicateurs visuels ont une propension bien supérieure à l'efficacité. Cette difficulté peut être à son tour déclinée en deux facteurs, qui sont le temps dont disposent les personnes – ou qu'elles sont disposées à investir – pour la prise d'informations, et la compétence dont elles jouissent s'agissant de son interprétation.

L'efficacité maximale est donc atteinte lorsque l'information est à la fois très rapide à consommer, et que ses implications se saisissent en un instant. Tel est le cas d'une mention, ou d'un pictogramme signifiant « vous n'êtes pas en train de discuter avec un humain, mais avec une IA » ; « cette séquence est une opération sponsorisée de placement de produit ». Tout aussi efficace – s'il est bien construit – pourrait être le « cyberscore », conçu sur le modèle des « nutriscores », destiné à renseigner le grand public sur la qualité de la cybersécurité de plateformes destinées au grand public<sup>51</sup>. L'extrême complexité de la question aura été totalement prise en charge par le pouvoir réglementaire et les auditeurs externes agréés par l'ANSSI, et le consommateur n'aura plus qu'à jeter un œil sur un agréable « système d'information coloriel »<sup>52</sup>.

En revanche, si une information est rapide à consulter, mais que sa compréhension exige une compétence élevée, l'effort de transparence sera probablement vain. Si un pictogramme signale à des utilisateurs ordinaires « ce service réalise des

transferts de données vers les USA », ils seront bien en peine d'en saisir les implications concrètes, faute d'avoir passé quelques dizaines d'heures à étudier les arrêts *Schrems 1* et *2* de la Cour de justice de l'Union européenne, ainsi que la partie du RGPD consacrée à ces transferts<sup>53</sup>.

Le corollaire de ce qui précède, c'est qu'une information très chronophage n'a pas d'utilité véritable. C'est encore pire si elle est à la fois abondante et difficile à comprendre. Or, tel est bien le cas de la plupart des conditions générales d'utilisation et des politiques de confidentialité. Le législateur européen en est conscient, et tente d'abaisser au maximum le coût d'entrée dans ces documents : de là viennent les exigences d'une information « concise, transparente, compréhensible et aisément accessible, en des termes clairs et simples » dans le RGPD<sup>54</sup>, ou l'idée d'un résumé des CGU des plus grands acteurs dans le DSA<sup>55</sup>. Adoptant une approche, nous semble-t-il, jamais vue en droit de la consommation, la CNIL était allée jusqu'à « compter les clics » nécessaires pour dérouler correctement certains aspects de la politique de confidentialité de Google, afin de considérer que la lecture requerrait trop de manipulations, et d'infliger une sanction pour ce motif<sup>56</sup>. Mais ces efforts, louables en théorie, sont malheureusement quasiment inutiles en pratique. Hors de la sphère professionnelle, ce type de transparence n'intéresse tout simplement pas les individus. On aura beau ramener la longueur du document de 30 pages à 4 et déployer, à chaque phrase, des trésors de pédagogie, il ne sera pas lu davantage. La question dépasse évidemment de loin le numérique : notre façon d'informer les profanes repose sur une plaisante, mais dérisoire fiction.

**La possibilité d'un arbitrage.** Admettons que les obstacles d'ordre cognitif aient été surmon-

51. C. conso., art. L. 111-7-3.

52. *Ibid.*, *in fine*.

53. Le lecteur aura saisi que ce passage est volontairement abscons, mais, puisqu'il dispose quant à lui de la compétence nécessaire – ne disons rien du temps –, fournissons les références : CJUE, g<sup>de</sup> ch., 6 oct. 2015, n° C-362/14 ; CJUE, g<sup>de</sup> ch., 16 juill. 2020, n° C-311/18 ; rég. 2016/679 préc., art. 44 et s.

54. Rég. 2016/679 préc., art. 12, § 1.

55. Rég. 2022/2065 préc., art. 14.

56. Délibération de la formation restreinte n° SAN – 2019-001 du 21 janvier 2019 : « La formation restreinte relève encore que si l'utilisateur souhaite disposer d'information sur les durées de conservation de ses données personnelles, il doit tout d'abord consulter les Règles de confidentialité qui se trouvent dans le document principal, puis se rendre dans la rubrique intitulée Exporter et supprimer vos informations et enfin cliquer sur le lien hypertexte cliquer ici contenu dans un paragraphe général sur les durées de conservations. **Ce n'est donc qu'au bout de quatre clics que l'utilisateur accède à cette information** » (souligné par nous).

tés, et que la transparence ait augmenté le niveau d'information de l'individu. Encore faut-il qu'il puisse en tirer des conséquences. Ce ne sera notamment pas le cas dans les situations, fréquentes dans le domaine du numérique, où l'acteur dont on découvre les mauvaises pratiques est en situation de monopole de fait. Les utilisateurs de TikTok ou d'Instagram seraient-ils efficacement informés de l'existence de transferts de données inquiétants, d'une tolérance excessive face à des contenus problématiques, ou du recours à des mécanismes d'addiction destinés à retenir les utilisateurs en ligne, ils ne quitteraient pas leur réseau de contacts pour autant : s'ils partent, ils ont trop à perdre, du moins le croient-ils.

Le domaine des cookies constitue une autre illustration du phénomène d'impuissance des utilisateurs, même bien informés<sup>57</sup>. Chacun sait aujourd'hui que l'utilisation de traceurs, dans les terminaux, recèle des dangers pour la vie privée et les données personnelles. Reconnaissons toutefois que, pour surmonter le caractère abstrait et lointain de ces dangers, une certaine familiarité avec ces questions est requise : nous retrouvons ici le problème de l'efficacité de l'information. Mais quand bien même il serait surmonté, il suffit de présenter une alternative entre « accepter les cookies » et payer un abonnement mensuel, même d'un montant totalement dérisoire, pour que l'utilisateur estime ne pas avoir de choix – il est habitué depuis trop longtemps aux services « gratuits ». Ainsi tous les efforts de la CNIL pour obtenir des bandeaux cookies clairs et efficaces peuvent-ils, pour l'heure, être facilement désamorçés par cette alternative dite « *pay or ok* »<sup>58</sup>.

Admettons donc que les conditions requises pour que la transparence ait un effet bénéfique, dans une approche individuelle, sont très rarement réunies. Il reste la possibilité que l'information ait une utilité collective.

## B. L'approche collective

**Transparence et *compliance*.** La figure classique du juge n'est pas conçue pour tirer un grand bénéfice des batteries de documents et d'indicateurs sécrétés par les professionnels en vertu des obligations de transparence – le ministère public, s'il bénéficiait de davantage de moyens, pourrait éventuellement s'en saisir. Les administrations nationales – comme la répression des fraudes – ou européennes – les services de la Commission – peuvent en revanche en tirer un grand profit. Mais les destinataires idéaux sont les autorités administratives indépendantes, dont l'un des avantages souvent proclamé par rapport au juge est précisément une capacité à « piloter » des pans entiers de la vie économique et sociale, sans attendre d'être saisies de cas individuels. Les rapports, audits, mais aussi les modèles de contrats et les politiques de confidentialité sont autant d'éléments d'un tableau de bord qui leur permettra de produire de la doctrine administrative, de délivrer des conseils individuels et, s'il le faut, de s'auto-saisir aux fins de sanctionner. Le lien est donc étroit entre les obligations de transparence et les logiques de *compliance*<sup>59</sup>.

Mais même ici, encore faut-il que l'information parvienne effectivement à son destinataire. Depuis la fin des formalités préalable, la documentation que les responsables du traitement de données doivent constituer dort dans leurs placards, où il faut aller la chercher. Cette transparence est quérable, et non portable. Or, c'est un euphémisme que de dire que la CNIL n'a pas les moyens d'aller regarder partout.

Une partie de la transparence est bien portée aux AAI : une analyse d'impact qui « indique que le traitement présenterait un risque élevé si le responsable du traitement ne prenait pas de mesures pour atténuer le risque » doit être envoyée à la CNIL pour examen<sup>60</sup>; les rapports annuels des très grandes plateformes, parfois

57. Par ailleurs nous soutenons depuis longtemps que les cookies constituaient un parfait exemple de problème politique qui aurait dû être traité collectivement – acceptons-nous l'écosystème de la publicité ciblée, et si oui à quelles conditions ? – mais qui a été renvoyé, à tort, aux arbitrages individuels des pauvres internautes.

58. Pour une vision critique de cette alternative : NOYB, « *Pay or ok*, le début de la fin ? », <https://noyb.eu/fr/le-pay-or-okay-le-debut-de-la-fin>.

59. Pour un lien entre ces concepts en matière d'IA, v. aussi B. Bertrand, « La gouvernance des données dans la régulation européenne de l'intelligence artificielle », *RTD. eur.* 2022, p. 315.

60. Règ. 2016/679 préc., art. 36.



expurgés pour le grand public, sont envoyés dans une version exhaustive à la Commission et à l'ARCOM<sup>61</sup>... Mais il ne servirait à rien de recevoir des dizaines de milliers de pages si, faute d'effectifs suffisants, elles étaient lues de manière cursive.

De manière plus inattendue peut-être, la question de la compétence technique des pouvoirs publics est susceptible de se poser. Pas dans les mêmes termes que pour les individus, bien évidemment : cela revient ici, à nouveau, à discuter des moyens, et donc du budget. Ainsi, lorsque le DSA prévoit le droit déjà mentionné, pour l'ARCOM ou la Commission, d'accéder aux données des très grandes plateformes et très grands moteurs, encore faut-il disposer des moyens scientifiques de valoriser cet accès<sup>62</sup>. Comprendre les algorithmes sophistiqués utilisés par ces acteurs requiert le recrutement d'excellents *data scientists*, une profession dont le secteur privé se dispute les meilleurs représentants à prix d'or. Une fois ces algorithmes déchiffrés, en apprécier les conséquences sur toute la palette des « risques systémiques » embrassée par le DSA fait appel à une incroyable étendue de compétences en sciences dures et en sciences humaines. Les autorités ont-elles (encore) accès à de telles ressources ?

Les pouvoirs publics, contrairement aux individus, devraient être théoriquement épargnés par la dernière difficulté : celle qui consiste, une fois l'information recueillie et correctement interprétée, à être capable d'en tirer des conséquences. On les imagine bien armés et soucieux d'agir. Mais même ici, il convient d'être prudent, quand on constate à quel point l'Irlande, attachée à la manne fiscale que lui offrent les fleurons de la *Silicon Valley*, a démontré sa capacité à empêcher une mise en œuvre efficace du RGPD. Chacun pouvait dès lors consulter la politique de

confidentialité de Méta et y constater des manquements, sans pour autant que l'action publique soit au rendez-vous<sup>63</sup>.

**La société civile.** S'il y a bien un acteur, en revanche, qui a démontré son volontarisme face aux grandes sociétés du numérique, c'est l'association None of Your Business fondée par l'Autrichien Max Schrems<sup>64</sup>. Cette organisation a sans conteste été l'un des acteurs les plus efficaces lorsqu'il s'est agi de contester les transferts de données de l'Europe vers les USA<sup>65</sup>, ou de remettre en cause le financement des services dits « gratuits » par la publicité ciblée<sup>66</sup>. À l'échelle française, La Quadrature du Net se penche également sur ces dossiers, mais ne limite pas son intervention au droit des données personnelles : les questions « DSA » ou « DMA » l'intéressent également<sup>67</sup>.

Or, pour ces foyers de compétences de la société civile, la transparence est à l'évidence une arme. À chaque fois qu'une politique de confidentialité, un rapport annuel, un registre, un audit est rendu public, ces groupements sont capables d'en tirer bien davantage que les individus isolés – et parfois même davantage que les pouvoirs publics. Or, il est finalement assez rare que les obligations de transparence s'adressent explicitement à ces acteurs. Les documents « manipulables par machine », évoqués plus tôt, constituent implicitement un terrain de jeux idéal pour ces organisations. Elles savent quoi chercher, où le chercher et comment le chercher. Elles peuvent générer des scripts ou logiciels capables d'outiller leurs recherches, et sont capables de communiquer sur les résultats auprès de leurs adhérents ou du public, puis de déposer des plaintes ou d'initier des actions judiciaires.

Il est parfois préconisé de formaliser des représentations d'utilisateurs des grands services numériques, de constituer des « syndicats d'usa-

61. Règ. 2022/2065 préc., art. 42, § 5.

62. *Ibid.*, art. 40.

63. Sur cette question, v. par ex. F. Jault-Seseke, « Protection des données : la mise en œuvre du guichet unique ou les limites de l'intégration européenne », *RTD. eur.* 2022, p. 81.

64. <https://noyb.eu>.

65. CJUE, g<sup>de</sup> ch., 6 oct. 2015, n° C-362/14 ; CJUE, g<sup>de</sup> ch., 16 juill. 2020, n° C-311/18, préc.

66. V. not. European Data Protection Board, « Binding Decision 3/2022 on the dispute submitted by the Irish SA on Meta Platforms Ireland Limited and its Facebook service (art. 65 GDPR) », 5 déc. 2022.

67. <http://laquadrature.net>.

gers »<sup>68</sup>. Cela permettrait de repenser leurs modalités de financement, d'améliorer leur représentativité, de mieux les accueillir dans les actions collectives en responsabilité civile. Penser explicitement certaines obligations de transparence comme étant dirigées vers elles constitue également, pensons-nous, un axe d'évolution possible.

Car la leçon de cette étude, qui vaut sans doute bien au-delà du numérique – cette revue

le dira – répétons-la : la transparence pour la transparence n'a pas grand intérêt. Pour qui génère-t-on des indicateurs ? En quoi cela améliorera-t-il une capacité d'action ? La réponse à ces questions permet d'envisager ensuite quelles sont les informations pertinentes, et quelle forme concrète il faut leur donner. À ces conditions seulement, la transparence fournira de puissants outils.

---

68. V. par ex. L. Maurel, « Pour une protection sociale des données personnelles », *Scinfolex.com*, 5 févr. 2018. Il rappelle que, par le passé, Facebook a pu faire voter ses utilisateurs sur des modifications de CGU : L. Checola, « Facebook soumet ses conditions d'utilisation au vote des usagers », *Le Monde.fr*, 27 févr. 2009.

# Dossier

## La transparence et le droit

---

### La transparence de la motivation des décisions de justice : retour critique sur une présentation antagoniste des cas français et américain

**Claire Saunier**

Maître de conférences en droit public  
à l'Université Paris-Est Créteil

L'évolution du droit positif français témoigne d'un intérêt croissant pour la transparence de l'action publique. Gage de sincérité et condition *sine qua non* du contrôle de l'action des élus et de l'administration, elle peut désormais apparaître comme un indice d'une gouvernance démocratique<sup>1</sup>. À la différence des milieux politiques et économiques, la justice est longtemps restée en retrait de cette tendance<sup>2</sup>. Certes, la recherche de la vérité dans l'établissement des faits à l'origine des litiges a, de longue date, engendré l'instauration de règles procédurales qui traduisent dans une certaine mesure une exigence de transparence. Ces éléments sont toutefois très éloignés des problématiques soulevées par les réformes visant à rendre moins opaques les opérations menées par les gouvernants ou les acteurs économiques. En effet, la transpa-

rence insufflée par l'évolution des règles en matière de charge de la preuve ou de divulgation de certains documents au cours du procès constitue tout à la fois une contrainte et une garantie mais ce, uniquement à l'égard des parties au litige.

En comparaison, l'exigence de transparence que fait désormais peser le droit positif sur certains acteurs de la vie publique ou sur certaines institutions procède d'enjeux plus vastes. Les réflexions qu'elle sous-tend sont d'ordre constitutionnel : il s'agit de permettre au public d'être informé de la manière dont sont élaborées les décisions pour, en fin de compte, permettre leur évaluation et donc le contrôle de leurs auteurs. Ces réflexions ont accompagné l'avènement du régime démocratique en substituant au secret caractéristique du pouvoir arbitraire, la publicité

- 
1. E. Zoller, « Transparence et démocratie : Généalogie d'un succès », in G. Gugliemi et E. Zoller (dir.), *Transparence, démocratie et gouvernance citoyenne*, Éd. Panthéon Assas, coll. « Colloques », 2014, p. 13.
  2. M. Almeida Kato, « Histoire et philosophie de la transparence », in M. Fartunova-Michel, M.-O. Peyroux-Sissoko et M. Rota (dir.), *Transparence et fonction juridictionnelle*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, coll. « Colloques & Essais », 2023, p. 22.

des processus décisionnels, seule à même de permettre aux citoyens de s'assurer du fondement rationnel des décisions élaborées<sup>3</sup>. Les mécanismes mis en place pour contraindre les décideurs publics à la transparence sont désormais envisagés comme un remède à la défiance<sup>4</sup> des citoyens à leur égard. Le travail des juges n'échappant pas à cette « crise de la confiance »<sup>5</sup>, le principe de transparence s'est également déployé au sein des juridictions. De telles considérations sont à l'origine, par exemple, de l'affirmation déjà ancienne du caractère public du procès<sup>6</sup> ou plus récemment, du développement de l'accès aux documents de procédure ainsi qu'aux décisions rendues<sup>7</sup>. Vont dans un même sens l'intérêt croissant porté à la question de l'impartialité et de l'indépendance des juges et les modifications apportées au fonctionnement des juridictions dans cette perspective<sup>8</sup>.

La question délicate qui nous occupera dans ce papier sera de savoir si, de façon plus subtile, l'exigence de transparence atteint les motivations, c'est-à-dire l'« expression formelle des motifs »<sup>9</sup> de la décision et, le cas échéant, de quelle manière. Les juges sont-ils, à l'instar des gouvernants et de l'administration, sommés non plus seulement de montrer ce qu'ils font mais également de dire *comment* ils le font<sup>10</sup> ? À cette question, le juriste peut être tenté de répondre en partant d'une perspective comparatiste. Il est classique, en effet, de procéder à une comparaison des décisions des juridictions suprêmes pour souligner la singularité de la « manière française de rendre la justice »<sup>11</sup>. La mobilisation de la jurisprudence américaine démontrerait ainsi un rap-

port différent à la transparence dans l'exposition des motivations des décisions. Selon cette présentation antagoniste, la jurisprudence française se distinguerait par la brièveté et l'opacité des raisons invoquées au soutien de la décision rendue et par l'impression d'unanimité qui ressort d'une telle rédaction. À l'opposé, l'attitude des juges américains apparaîtrait plus transparente puisqu'elle se singularise par la publication d'explications très poussées au soutien de la solution retenue mais également des controverses suscitées par son élaboration et dont les opinions dissidentes témoignent. Aussi répandue qu'elle soit, cette présentation antagoniste mérite d'être nuancée (I) afin de pouvoir en analyser les implications concrètes sur l'appréhension de la fonction juridictionnelle dans chacun des systèmes (II).

## I. Deux nuances de transparence

Une lecture rapide des décisions de la Cour suprême des États-Unis et de celles du Conseil constitutionnel ou du Conseil d'État suffit à prendre conscience des grandes différences formelles qui caractérisent leur rédaction. De nombreux aspects peuvent en effet conduire à voir dans les modalités de justification des solutions adoptées un critère de distinction des deux systèmes. Là où la limpidité des motivations américaines est souvent opposée à l'opacité des motivations françaises, une analyse de la jurisprudence et d'autres documents extrinsèques à la décision conduit à remettre en cause cette présentation « caricaturale »<sup>12</sup>. Si la structure des décisions et la nature des arguments avancés dans les moti-

3. *Ibid.*, p. 18.

4. E. Zoller, « Transparence et démocratie... », *op. cit.*, p. 21 ; J. Sirinelli, « Justice et soupçons : la transparence en droit français », in M. Fartunova-Michel, M.-O. Peyroux-Sissoko et M. Rota (dir.), *Transparence et fonction juridictionnelle*, *op. cit.*, p. 44.

5. *Ibid.*, p. 45.

6. Le Conseil constitutionnel considère qu'il découle des articles 6 et 16 de la DDHC un principe de publicité des audiences, tant devant les juridictions pénales (Cons. const., 21 juill. 2017, n° 2017-645 QPC, M. Gérard B.) que civiles et administratives (Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*). Le 6<sup>e</sup> Amendement de la Constitution des États-Unis affirme le droit à un « procès public » en matière criminelle.

7. CJA, art. L. 10 et art. R. 741-13 créés par le décret n° 2020-797 du 29 juin 2020 relatif à la mise à disposition du public des décisions des juridictions judiciaires et administratives.

8. Par ex. : CJA, art. R. 122-21-1.

9. S. Caudal, « Rapport introductif », in S. Caudal (dir.), *La motivation en droit public*, Dalloz, 2013, p. 3.

10. E. Zoller, « Principe de transparence et justice constitutionnelle : La cour suprême des États-Unis », Conférence-débat du CDPC « Principe de transparence et justice constitutionnelle », Cycle « Les valeurs du droit public », 21 novembre 2013, p. 1 : [https://centre-droit-public-compare.u-paris2.fr/sites/default/files/cdpc/fichiers/e.zoller\\_transparence\\_justice-etats-unis.pdf](https://centre-droit-public-compare.u-paris2.fr/sites/default/files/cdpc/fichiers/e.zoller_transparence_justice-etats-unis.pdf)

11. D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel. », *Jus Politicum* 2012, n° 7.

12. M. Lasser, « Le style judiciaire français en question : une analyse réaliste des effets de la jurisprudence européenne sur "le procès équitable" », *Droit et Société* 2015/3, n° 91, p. 473.

vations suggèrent qu'il faille procéder à un rapprochement des deux systèmes (A), leur rapport différent à la transparence tient plutôt au lieu où celle-ci se donne à voir (B).

### A. Le clair-obscur des motivations

Si l'intérêt doctrinal pour la question de la motivation est ancien et ne semble pas se démentir, le sujet occupe une place privilégiée dans les travaux des comparatistes. En effet, la manière dont les juges expliquent et justifient leurs décisions constitue un élément de comparaison récurrent, voire un critère de classification des systèmes juridiques<sup>13</sup>. Plus précisément, là où le style rédactionnel des décisions françaises témoignerait d'une « subordination du juge » dont l'argumentation serait « centrée sur le texte écrit et enfermée dans le syllogisme », celui des juges américains révélerait un attachement particulier aux faits d'espèce qui constituent le point de départ d'un raisonnement « inductif »<sup>14</sup>.

La rédaction des motivations françaises dresse, il est vrai, un portrait mécanique du processus juridictionnel dont chaque étape semble marquée par le sceau de l'opacité. Aucune des prémisses du syllogisme ne fait l'objet de véritables discussions : le droit applicable comme les faits ou le texte auxquels il sera appliqué sont présentés sous forme de « propositions incontestables »<sup>15</sup>. La plupart du temps, confortées par une culture juridique réticente à admettre le pouvoir créateur des juridictions, ces dernières peuvent s'abstenir de fournir des explications sur les différents éléments à l'origine de leur décision sans grand risque de critique. En effet, la croyance en l'existence d'un « sens clair » de certaines dispositions législatives ou réglementaires conduit à penser que l'interprétation serait

rendue « inutile »<sup>16</sup> et, par conséquent, les explications du juge, superflues. Cette position est en revanche plus difficilement tenable lorsque le juge est amené à appliquer des dispositions constitutionnelles qui bien souvent posent des principes vagues et généraux, dont l'application nécessite des « nuances, exceptions et limites que par hypothèse ils ne contiennent pas »<sup>17</sup>. Les suspicions qui entourent l'absence de discussion sur les fondements de la décision atteignent leur paroxysme lorsque les normes qui serviront de référence au contrôle de la loi ou du règlement sont dégagées par le juge sans fondement textuel explicite. Alors que la brièveté participe, en général, à renforcer l'idée d'une application contrainte des textes, le recours à des principes dénués de rattachement textuel peut avoir tendance, à l'inverse, à fragiliser l'autorité de la décision rendue, notamment lorsque celle-ci ne s'accompagne que de justifications très laconiques<sup>18</sup>. Pour l'heure, toutefois, le traitement doctrinal des principes non-écrits<sup>19</sup> est révélateur d'une réticence à admettre que le juge est parfois amené, comme le reconnaissait un commissaire du gouvernement, à « se forger ses propres instruments » et, par là même, à « se procurer jusqu'aux prémisses de son raisonnement »<sup>20</sup>.

En apparence, la motivation française serait donc relativement opaque en raison de son formalisme, par opposition à une motivation américaine dont la transparence découlerait de la publication, au sein même de la décision, des débats suscités par le litige en question. Pour autant, le rapport de chacun des deux systèmes à la notion de transparence semble, à y regarder de plus près, plus ambivalent. Cette ambivalence est d'abord perceptible à la lecture de la jurisprudence elle-même. En premier lieu, contrairement

13. P. Brunet, J.-L. Halpérin et R. Nollez-Goldbach, « “Les styles judiciaires” : diversité des approches, nécessité des évolutions », *Droit et Société* 2015/3, n° 91, p. 467.

14. M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) Constitutionnel(s) Comparé(s)*, Economica, 2010, p. 132 et 133.

15. J. Petit, « La motivation des décisions du juge administratif français », in S. Caudal (dir.), *La motivation en droit public*, op. cit., p. 225.

16. D. Baranger, *La Constitution, Sources, Interprétations, Raisonnements*, Dalloz, 2022, p. 412.

17. J.-M. Denquin, « La jurisprudence du conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? », *Jus Politicum* 2012, n° 7, p. 6.

18. F. Malhière, *La brièveté des décisions de justice, Contribution à l'étude des représentations de la justice*, Dalloz, coll. « NBT », 2013, p. 129.

19. V. V. Champeil-Desplats, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, Economica, 2001, p. 111 et s. ; B. Genevois et M. Guyomar, *Rép. cont. admin.*, Dalloz, 2017, v. « Principes généraux du droit : panorama d'ensemble – Origines et théorie », n°s 31 et s.

20. R. Latournerie, « Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'État », in *Le Conseil d'État, Livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire*, Sirey, 1952, p. 232.

à une présentation parfois caricaturale du discours des juges américains, il serait faux d'y voir un rejet pur et simple du formalisme. Au contraire, la référence aux sources écrites demeure centrale dans l'exposition des motivations de la décision. Certes, les juges de la Cour suprême sont plus enclins que leurs confrères français à discuter ouvertement de la signification à attribuer aux dispositions constitutionnelles. Pour ce faire, ils n'hésitent pas à mobiliser des « *policy arguments* », c'est-à-dire des « justifications substantielles »<sup>21</sup>, des « arguments politiques issus du débat public »<sup>22</sup>, lorsque les règles juridiques ne permettent pas à elles seules d'identifier clairement l'issue à donner au litige. Cette discussion est cependant articulée autour du texte qui demeure le point de départ de chacune des opinions. Alors qu'elle pourrait être perçue par l'observateur français comme un discrédit jeté sur la source constitutionnelle, cette exposition des controverses interprétatives semble être envisagée par les juges américains, tout au contraire, comme une démonstration de leur devoir de fidélité à la Constitution<sup>23</sup>. L'idée que le texte constitue une contrainte pour le juge n'est donc pas étrangère à la culture juridique américaine. Pour preuve, les deux grandes théories interprétatives qui structurent les débats doctrinaux aux États-Unis – l'originalisme et le constitutionnalisme vivant – reposent, en dernière analyse, sur une même idée de fidélité à la source constitutionnelle<sup>24</sup> – les deux s'opposant uniquement sur la définition même de cette source. Ainsi, bien qu'elle revête des formes tout à fait distinctes en France et aux États-Unis, la mobilisation des textes de droit applicables pro-

duit un effet similaire, à savoir témoigner de l'état d'allégeance dans lequel se trouve le juge à l'égard de la loi ou de la Constitution.

La structure des décisions de la Cour suprême démontre, en second lieu, un certain attachement au cadre classique du syllogisme. Si les ressources mobilisées sont à l'évidence de natures plus diverses, elles demeurent bien souvent intégrées au sein d'un raisonnement déductif. Un tel assemblage peut s'observer à travers un recours très fréquent, au sein de la jurisprudence, à des tests. Par leur biais, les juges formalisent des arguments extra-juridiques en les incluant dans un raisonnement qui laisse à penser qu'une identification « mécanique des solutions juridictionnelles requises »<sup>25</sup> est possible<sup>26</sup>.

En outre, le discours porté par les juges sur leur propre travail tend encore à rapprocher le cas américain du cas français. En effet, bien que les juges américains recourent fréquemment à des arguments d'ordre sociologique, économique ou historique, ils restent déterminés à décrire leur raisonnement comme « entièrement fondé sur des principes légaux »<sup>27</sup>. Les innombrables essais, biographies et commentaires de jurisprudence rédigés par les juges de la Cour suprême ont pour point commun de « souligner le caractère contraint du processus »<sup>28</sup> juridictionnel. D'ailleurs, un auteur relève en ce sens que si l'emploi du terme « formaliste » revêt toujours une connotation péjorative dans les opinions des juges, il en va de même lorsque ces derniers identifient un « *policy argument* »<sup>29</sup>. En somme, la jurisprudence de la Cour suprême serait fondée sur un mode de justification « hybride »<sup>30</sup>, caractérisé tantôt par un discours

21. J. Bell, *Policy Arguments in Judicial Decisions*, Oxford University Press, 1983, p. 23.

22. D. Baranger, *La Constitution*, op. cit., p. 376.

23. *Ibid.*, p. 67-68.

24. *Ibid.*, p. 69.

25. M. Lasser, *Judicial Deliberations, A comparative analysis of judicial transparency and legitimacy*, Oxford University Press, coll. « Studies in European Law », 2004, p. 79.

26. Par ex. : *Massachusetts v. Mellon*, 262 U.S. 447 (1923) (détermination d'un intérêt à agir); *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919) puis *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969) (identification d'une violation, par la loi, de la liberté d'expression); *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971) (identification d'une violation, par la loi, de la Clause d'établissement).

27. H. Schweber et J.-L. Brookhart, « The Supreme Court of the United States », in A. Jakab, A. Dyeve et G. Itzcovich (dir.), *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge University Press, 2017, p. 746 : « *When asked, judges invariably insist that their decisions are drawn entirely from legal principles.* »

28. D. O'Brien, « Introduction », in D. O'Brien (dir.), *Judges on Judging : Views from the Bench*, CQ Press, 2017, 5<sup>e</sup> éd., p. 18 : « *Judges' descriptions of the deliberative process, for example, tend to be rather inhibited and formal in emphasizing the rule-bound nature of the process.* »

29. M. Lasser, *Judicial Deliberations...*, op. cit, p. 64-78.

30. *Ibid.*, p. 78.

anti-formaliste, tantôt par une rhétorique hostile aux arguments extra-juridiques. Ainsi, alors qu'ils apparaissent bien plus loquaces que leurs confrères français quand il s'agit de donner les raisons de leurs décisions, les juges américains ont eux aussi à cœur de faire la démonstration des limites qui encadrent leur raisonnement.

### **B. La dispersion de la transparence au-delà des décisions**

Pour comprendre comment l'exigence de transparence se déploie dans l'effort de motivation des juges, il est nécessaire de regarder au-delà des décisions elles-mêmes. En adoptant une perspective plus large, il apparaît finalement que si cette exigence n'est étrangère à aucun des deux systèmes, elle se donne à voir de façon différente en France et aux États-Unis. En effet, les motivations des juridictions françaises ne reproduisent pas les discussions auxquelles a pu donner lieu la résolution de l'affaire et paraissent donc, de prime abord, moins transparentes. Pourtant, il est possible d'avoir un aperçu des controverses interprétatives suscitées par le litige dans d'autres lieux : au sein des procès-verbaux des délibérations en ce qui concerne le Conseil constitutionnel et dans les conclusions du rapporteur public pour la juridiction administrative. Ces documents constituent un « exercice de conviction »<sup>31</sup> fondé sur une explication plus rigoureuse du contexte factuel et juridique de l'affaire et de l'interprétation des sources mobilisables. Ainsi, les mesures prises pour permettre la diffusion de ces documents<sup>32</sup> manifestent une volonté de concilier le principe du secret des délibérés<sup>33</sup> avec l'exigence de transparence qui plane désormais sur le travail des juges. Pour autant, les avancées en matière d'accès à ces sources soulignent encore toute la difficulté de satisfaire aux différents objectifs et aux attentes des diffé-

rents destinataires de la transparence. Si ces « instruments irremplaçables pour l'explication »<sup>34</sup> ont de quoi donner matière à réfléchir aux chercheurs et aux professionnels du droit, il est moins certain qu'ils permettent aux parties et au public en général de mieux comprendre la décision. Au-delà du fait que leur transmission nécessite parfois d'en faire la demande auprès des services administratifs des juridictions, les conclusions du rapporteur public ne constituent que des indications sur les débats qui ont pu avoir lieu entre les juges amenés à trancher le litige. Toutefois, puisqu'elles ne reflètent pas toujours l'opinion de la majorité des membres de la formation de jugement, les conclusions consistent avant tout en une présentation des réflexions suscitées par l'affaire<sup>35</sup> plutôt que d'une exposition transparente des arguments ayant emporté la conviction des juges. En ce sens, l'objectif de transparence est mieux servi par le dévoilement des délibérations dès lors qu'il permet de connaître les arguments échangés. Les concernant toutefois, le délai préalable à leur publication (25 ans pour celles du Conseil constitutionnel) ne semble pas à même de renforcer la compréhension et l'acceptation des décisions rendues, ambitions sous-tendues par l'exigence de transparence.

De telles réserves sont d'ailleurs transposables aux « discours para-juridictionnels »<sup>36</sup> que forment les multiples commentaires officiels des décisions. S'ils peuvent fournir certains indices sur le cheminement intellectuel du juge, ils ont également pour conséquence de souligner les lacunes des décisions en fournissant des précisions qui auraient dû se trouver dans les motivations. Puisqu'ils sont devenus les *addenda* habituels des décisions, les commentaires autorisés participent sans doute à leur « appauvrissement » dès lors qu'ils constituent un « alibi com-

31. D. Mongoin, « Présentation générale », in D. Mongoin et H. de Gaudemar (dir.), *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, vol. 2 : 1940-2000, LGDJ, 2020, p. 12.

32. L.O. n° 2008-695 du 15 juill. 2008 relative aux archives du Conseil constitutionnel.

33. CJA, art. L. 8 ; ord. n° 58-1067 du 7 nov. 1978, art. 3.

34. B. Mathieu, « Présentation générale », in B. Mathieu, J.-P. Machelon, F. Melin-Soucramanien, D. Rousseau et X. Philippe, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, 1958-1986, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2014, p. 4.

35. Elles ont, de ce fait, parfois été rapprochées des opinions séparées. Cf. W. Mastor, *L'art de la motivation substance du droit, Mieux motiver pour mieux juger*, Dalloz, 2020, p. 162.

36. F. Malhière, « Faut-il améliorer l'écriture des décisions du Conseil constitutionnel ? », in E. Lemaire et T. Perroud (dir.), *Le Conseil constitutionnel à l'épreuve de la déontologie et de la transparence*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2022, p. 255.

mode pour maintenir un faible niveau d'argumentation »<sup>37</sup>.

Toutefois, si ces discours ne participent pas au renforcement de la transparence des décisions à proprement parler, leur multiplication et le renforcement de leur diffusion témoignent malgré tout d'un effort d'explicitation et de justification de la part des juridictions. Ils révèlent ainsi que la culture de la transparence affecte désormais les raisons au soutien des décisions, bien qu'elle se déploie différemment dans les systèmes français et américain. Là où la transparence des motivations s'affiche aux États-Unis au sein même de la jurisprudence, elle se concrétise en France par l'émergence de deux « sphères argumentatives distinctes »<sup>38</sup> : la première, celle de la décision, reste indiscutablement marquée par le formalisme ; tandis que la seconde, celle des discours extrinsèques à la décision, reflète une ouverture (timide) aux considérations extra-juridiques. Cette manière distincte d'aborder la transparence des motivations semble fermement ancrée dans chacun des systèmes, comme en témoigne le peu d'évolutions en la matière. Certes, un nombre croissant de juristes français déplore l'opacité des décisions et milite désormais pour que les juges fassent preuve de plus de pédagogie dans la rédaction des motivations. Cet appel a trouvé un écho dans le rapport du groupe de travail sur l'avenir des institutions de 2015 qui est allé jusqu'à proposer la publication des opinions dissidentes par les membres du Conseil constitutionnel<sup>39</sup>. Les premiers intéressés, les juges, sont également conscients de l'enjeu que représente la qualité des motivations. Au-delà du fait que d'anciens membres du Conseil constitutionnel<sup>40</sup> ou du Conseil d'État<sup>41</sup> ont pu se prononcer en

faveur d'un approfondissement des motivations, d'autres ont concrètement fait preuve de transparence en commentant *a posteriori* la jurisprudence qu'ils ont participé à élaborer. En rédigeant ces « forme[s] d'opinion[s] séparée[s] »<sup>42</sup>, les juges français reconnaissent, en creux, que le laconisme traditionnel des motivations n'est plus adapté face à la demande croissante de transparence. Les institutions concernées ont, dans le même sens, multiplié les annonces de réforme en la matière. Là où, dans un rapport consacré à la rédaction des décisions de la juridiction administrative en 2012 le Conseil d'État a reconnu que l'« enrichissement de la motivation »<sup>43</sup> devait permettre de répondre à ce qu'il qualifie d'« exigence démocratique »<sup>44</sup>, le Président du Conseil constitutionnel annonçait, en 2016, la décision de l'institution de « moderniser le mode de rédaction »<sup>45</sup> de ses décisions. Pour l'heure, cette volonté affichée de réforme a toutefois produit des effets homéopathiques, la modification de certains éléments formels ne s'étant pas véritablement accompagnée d'une substantialisation de la motivation<sup>46</sup>.

En somme, jurisprudence et doctrine traduisent, dans les deux systèmes étudiés, un rapport ambigu à la notion de transparence. Les évolutions effectives ou annoncées dans la rédaction des décisions ou la multiplication des commentaires en France et le maintien du « Grand Style »<sup>47</sup> américain démontrent qu'il n'est plus possible, pour les juges, de se dérober à leur mission de justification lorsqu'ils tranchent un litige. Les motivations françaises et américaines constituent ainsi deux réponses nuancées à une problématique commune : faire coexister la demande croissante de transparence avec la

37. P.-Y. Gahdoun, « Pour la suppression des “commentaires” », in *Mélanges Dominique Rousseau*, LGDJ, 2020, p. 102.

38. M. Lasser, *Judicial Deliberations...*, *op. cit.*, p. 61.

39. Rapport n° 3100, *Refaire la démocratie*, présenté par MM. C. Bartolone et M. Winock, 2015, p. 131.

40. N. Belloubet, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel : justifier et réformer », *Nouv. Cah. C. Constit.* juin 2017, n° 55-56, p. 7-21 ; M. Guillaume, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel », *Annuaire International de justice constitutionnelle*, 28-2012, 2013, p. 49-51.

41. J.-M. Sauvé, « L'étendue et les limites du pouvoir du juge », Discours du 31 octobre 2014 : <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/l-etendue-et-les-limites-du-pouvoir-du-juge>.

42. C. Testard, « Secret du délibéré et opinions séparées : un divorce annoncé », in M. Nicolas-Greciano (dir.), *Secret du délibéré et opinions dissidentes*, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2020, p. 83.

43. Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, avril 2012, p. 10.

44. *Ibid.*, p. 11.

45. L. Fabius, *Communiqué du Président du 10 mai 2016* : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiquedecommunique-du-president-du-10-mai-2016>.

46. W. Mastor, *L'art de la motivation substance du droit, Mieux motiver pour mieux juger*, Dalloz, 2020, p. 24 et s.

47. K.-N. Llewellyn, *The Common Law Tradition, Deciding Appeals*, Little, Brown and Company, 1960, p. 5.



préservation d'une certaine conception de la fonction juridictionnelle.

## II. Un reflet de l'appréhension de la fonction juridictionnelle

La manière dont les juges américains et français motivent leurs décisions est à l'évidence révélatrice d'une concrétisation différente de l'exigence de transparence à l'égard de la fonction juridictionnelle. Toutefois, puisque la transparence n'est pas une notion autonome, appliquée « pour et par elle-même » mais bien pour « permettre une protection plus efficace des principes et règles supérieurs »<sup>48</sup>, la description des méthodes de justification des juges doit s'accompagner d'une réflexion sur ce qu'implique l'emploi de ces méthodes distinctes. Précisions ici que l'effort d'exposition des raisons au soutien de la décision ou, au contraire, leur passage sous silence, ne disent en réalité que peu de choses sur le cheminement intellectuel du juge. Reconstitutions *a posteriori* de ce cheminement, les motivations peuvent être sincères ou instrumentalisées<sup>49</sup>. La transparence affichée ne garantit aucunement de connaître ce qui a véritablement inspiré la solution retenue<sup>50</sup>. Elle mérite toutefois d'être analysée afin de voir ce qu'elle dit de la manière dont les juges présentent leur travail et appréhendent leur rôle au sein du système juridique. Les différences formelles qui ont été rappelées témoignent, en premier lieu, de tactiques de légitimation tout à fait distinctes (A). Elles expliquent, en second lieu, les tendances doctrinales perceptibles dans chacun des deux systèmes (B).

### A. Transparence des motivations et légitimation du juge

Si une analyse approfondie des motivations tend à amenuiser le fossé réputé exister entre les déci-

sions françaises et américaines, elle ne peut conduire à nier l'existence d'une présentation à l'évidence différente des raisons ayant conduit à la solution. Ainsi, bien que la comparaison des jurisprudences témoigne d'un objectif commun – convaincre de la légitimité des décisions rendues – elle révèle que les fondements de cette légitimité ne sont pas les mêmes des deux côtés de l'Atlantique. Pour comprendre cette différence, encore faut-il formuler le dilemme commun aux juges américains et français : ils doivent tout à la fois préserver leur image d'interprète fidèle aux sources du droit, tout en sachant que ces sources ne dictent pas nécessairement l'issue des litiges qui leur sont soumis<sup>51</sup>. En d'autres termes, le juge en tant qu'interprète est en « toujours en mauvaise posture »<sup>52</sup>, tout à la fois désireux de faire la démonstration de sa soumission au droit et conscient de la liberté interprétative dont il dispose. Pour répondre à ce dilemme, les juges français et américains semblent avoir adopté deux stratégies opposées. Là où les premiers ont décidé de masquer les controverses en les relayant hors des motivations, les seconds ont choisi d'assumer les doutes qui peuvent entourer l'application des règles de droit en échangeant leurs arguments directement au sein des motivations. Ces attitudes sont symptomatiques d'une conception différente de la fonction juridictionnelle.

Tirailé entre ses rôles de gardien de la légalité et de garant de la justice, le juge américain cherche à jouer sur les deux tableaux : la manière dont il motive ses décisions traduit tout à la fois une volonté de mettre en application les sources juridiques qui s'imposent à lui mais également de mener une réflexion approfondie sur le sens et sur les conséquences du texte qu'il applique. Bien qu'il soit lié par le texte, le juge américain est encore chargé d'endosser un « rôle social »<sup>53</sup> et, notamment, de « maintenir [le] droit en phase

48. J. Sirinelli, « Justice et soupçons : la transparence en droit français », *op. cit.*, p. 44.

49. Cette problématique est fréquemment discutée au sein de la doctrine américaine sous l'angle de la « *judicial candor* » (« franchise judiciaire ») dont ils cherchent essentiellement à savoir si elle constitue une obligation juridique et, le cas échéant, dire en quoi elle consiste ou si elle ne peut être qu'une valeur morale. Cf. par ex. : R. H. Jr. Fallon, « A Theory of Judicial Candor », *Columbia L. Rev.*, 2017, vol. 117, n° 8, p. 2265 ; D. L. Shapiro, « In Defense of Judicial Candor », *Harvard L. Rev.*, 1987, vol. 100, n° 4, p. 731.

50. V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2022, 3<sup>e</sup> éd., p. 35.

51. D. Kennedy, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Harvard University Press, 1998, p. 203.

52. D. Baranger, *La Constitution*, *op. cit.*, p. 75.

53. F. Hourquebie, « L'emploi de l'argument conséquentialiste par les juges de *Common law* », in F. Hourquebie et M.-C. Ponthoreau (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, 2012, p. 27.

avec les conditions et les attentes sociales actuelles »<sup>54</sup>. L'octroi d'une telle fonction va de pair avec la reconnaissance du pouvoir normatif du juge. La transparence apparaît alors comme la contrepartie logique de cette responsabilité de « dire ce qu'est le droit »<sup>55</sup>. En ce sens, la jurisprudence américaine s'inscrit dans la continuité de la *common law* britannique<sup>56</sup>, au sein de laquelle la transparence juridictionnelle (« *open justice* ») constitue un « aspect particulièrement sacré de la Constitution »<sup>57</sup>. Il est logique que les *common lawyers* aient perçu de façon précoce l'importance de la transparence, seule à même de garantir le bon fonctionnement d'un système juridictionnel fondé sur la règle du précédent<sup>58</sup>. En effet, en développant soigneusement les arguments au soutien de sa décision, le juge fournit des clés de lecture à ses collègues amenés, dans le futur, à trancher des litiges similaires.

La reconnaissance de cette fonction sociale fait peser sur les juges américains une grande responsabilité, comparable à celle des élus chargés d'édicter les règles de droit. Dans cette perspective, chaque juge assume individuellement ses arguments en associant son nom à son opinion. L'indépendance des juges de la Cour suprême, garantie par leur inamovibilité<sup>59</sup>, ne signifie aucunement que ceux-ci soient exclus du débat public. Tout au contraire, c'est parce qu'ils participent ouvertement à l'élaboration du droit, dans le sillon des gouvernants et du législateur, qu'ils doivent rendre compte, par le biais de leurs opinions, de leurs positionnements. La transparence participe en ce sens à compenser l'absence de légitimité électorale des juges fédéraux. Si elle se donne à voir, en fin de compte, à travers les opinions individuelles des juges, elle apparaît d'ores et déjà lors du processus de nomination des juges devant le Sénat, pendant lequel les candidats sont interrogés de façon extensive sur

leur interprétation des dispositions constitutionnelles et parfois plus frontalement sur leur point de vue sur des sujets politiquement clivants. En somme, la transparence des motivations constitue tout à la fois une contrainte et un atout pour les juges américains : si elle a pour but de les rendre comptables de leurs décisions, sa mise en œuvre est également l'occasion de consolider l'autorité de leurs décisions.

La conception française de la fonction juridictionnelle s'avère diamétralement opposée à celle qui vient d'être décrite. En effet, bien que la doctrine et les juridictions soulignent de concert la nécessité de moderniser le mode de rédaction des décisions, les solutions envisagées pour ce faire ignorent ou fustigent l'idée d'une personnalisation des motivations. La crainte pour la sécurité des magistrats et la pression qui pourrait en découler constituent les principaux arguments en faveur du maintien de la collégialité et de l'unanimité des décisions. En outre, la personnalisation des opinions est suspectée de porter préjudice à l'autorité même des décisions. En assimilant la solution retenue à la personne du juge, les observateurs – et, en premier lieu, les justiciables déçus – pourraient voir dans les inclinaisons idéologiques (supposées) du juge une « clé d'interprétation »<sup>60</sup>, pour ne pas dire la cause unique de la décision prise. Ces craintes sont révélatrices d'une « conception limitative »<sup>61</sup> du rôle du juge. Dans le dilemme auquel celui-ci a à faire face, l'impératif de fidélité aux textes demeure primordial, dans un contexte encore largement marqué par le légicentrisme. En dépit de l'extension du champ de compétence des juridictions administratives et de la création d'un organe chargé du contrôle de constitutionnalité de la loi, les motivations sont l'occasion pour le juge de rappeler qu'il demeure un simple exécutant des règles posées en amont de son interven-

54. *In re Spectrum Plus Ltd* [2005] 2 AC 680, § 32 (Lord Nicholls) : « *For centuries judges have been charged with the responsibility of keeping this law abreast of current social conditions and expectations.* »

55. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 177 (Chief Justice Marshall) : « [...] *what the law is.* »

56. A. Antoine, « Aspects de la transparence de la justice au Royaume-Uni », in M. Fartunova-Michel, M.-O. Peyroux-Sisoko et M. Rota (dir.), *Transparence et fonction juridictionnelle*, op. cit., p. 33.

57. *Scott v. Scott* [1913] AC 417, 473 (Lord Shaw of Dumferline) : « *a sacred part of the constitution.* »

58. J. Bosland et J. Gill, « The principle of open justice and the judicial duty to give public reasons », *Melbourne University L. Rev.*, 2014, vol. 38, p. 491.

59. Const. des États-Unis, art. III, § 3.

60. P. Gonod, « Contre la personnalisation des décisions juridictionnelles », *AJDA* 2002, p. 773.

61. F. Malhière, *La brièveté des décisions de justice*, ..., op. cit., p. 80.

tion. Prenant les apparences d'un exercice de « ventriloquie »<sup>62</sup>, la motivation participe ainsi à masquer le travail d'interprétation du juge derrière la volonté du législateur ou du constituant.

Le rapport des motivations françaises et américaines à la transparence est donc le produit d'une conception de la fonction juridictionnelle propre à chacun des systèmes. Nécessaire pour permettre au public de prendre connaissance et d'évaluer le travail d'interprétation effectué par le juge, la transparence constitue, en toute logique, un trait caractéristique ou, tout du moins, un idéal à atteindre, pour la jurisprudence américaine. Le fondement de la légitimité des décisions françaises se situe ailleurs : à l'exigence de transparence plébiscitée outre-Atlantique, les juges français préfèrent l'impératif de neutralité, mieux à même d'asseoir l'image contrainte de leur office.

### **B. Transparence des motivations et trajectoire de la doctrine**

Les motivations des juges français et américains sont tributaires d'une conception de la fonction juridictionnelle propre à chacun des systèmes. Les différences constatées tiennent essentiellement à la façon dont le juge se situe vis-à-vis des autres organes constitutionnels. Désireux de distinguer strictement son office de celui des gouvernants, le juge français élabore une motivation elliptique, de sorte à « faire passer son pouvoir discrétionnaire pour une compétence liée »<sup>63</sup>. La spécificité formelle des décisions de justice a encore pour conséquence de dissocier le rôle joué par les juges lorsqu'ils disent le droit, de celui endossé par la doctrine lorsqu'elle l'explique<sup>64</sup>. En l'absence d'analyse précise des faits et d'explication véritable sur la signification de la règle applicable, la jurisprudence française semble mettre au second plan la question de l'interprétation de la règle de droit, au profit de la seule résolution du litige. La doctrine française

a, pendant longtemps, entretenu ce récit et ainsi contribué à préserver le fondement de la légitimité des décisions juridictionnelles. En effet, s'il semble difficile de croire que l'unanimité et la brièveté des décisions françaises parviennent à duper la doctrine, force est de constater que celle-ci ne s'appesantit que peu sur la question de la légitimité du pouvoir créateur du juge. Elle demeure plus réticente encore à suggérer que des biais idéologiques aient pu influencer la décision<sup>65</sup>. Ce faisant, la doctrine participe ainsi allègrement au maintien du mythe d'un processus juridictionnel contraint<sup>66</sup>.

Une telle démarcation est bien étrangère à la culture juridique américaine. Les réflexions livrées par les juges dans leurs opinions pourraient aisément se confondre avec celles issues d'un commentaire de jurisprudence. Les citations de travaux universitaires sont, par ailleurs, fréquentes dans les opinions des juges. Cet amalgame entre le travail des juridictions et celui de la doctrine est sans doute favorisé par la formation et la carrière des juristes américains : tandis que les grands professeurs de droit ont tous été assistants de juges fédéraux et connaissent donc, de l'intérieur, les rouages du processus juridictionnel, les juges fédéraux ont dans leur immense majorité d'abord pratiqué le droit, de longues années durant, en dehors de la magistrature.

Cette proximité de la doctrine scientifique et de la doctrine jurisprudentielle constitue certainement l'une des explications à l'émergence précoce, aux États-Unis, d'une approche réaliste du droit. Un panorama historique de la doctrine américaine tend en effet à laisser penser que la reconnaissance de la marge de manœuvre du juge, pour ne pas dire de son pouvoir créateur, l'en distingue fondamentalement du système français. Il est vrai que le mythe de l'interprétation comme acte de connaissance a été dénoncé de façon précoce aux États-Unis, en premier lieu par l'École de la *sociological jurisprudence* puis

62. J. Dawson, *The Oracles of the Law*, Greenwood Press, 1978, p. 411.

63. M. Troper, « La motivation des décisions constitutionnelles », in C. Perelman et P. Foiriers (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, 1978, p. 296.

64. F. Malhière, *La brièveté des décisions de justice, ...*, op. cit., p. 86.

65. J. Caillosse, « Le traitement doctrinal de la jurisprudence administrative : l'euphémisation du politique », in T. Perroud, J. Caillosse, J. Chevallier et D. Lochak (dir.), *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, LGDJ, 2019, p. 20 ; M. Troper, « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », in P. Amssek (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant et PUAM, 1995, p. 244.

66. Cf. notre étude, *La doctrine des « questions politiques ». Étude comparée : Angleterre, États-Unis, France*, LGDJ, coll. « BCSP », 2023, n<sup>os</sup> 112 et s.

par celle du réalisme juridique. Loin de dénier aux règles écrites leur portée, les tenants de ces deux courants de pensée vont avant tout remettre en cause « l'occultation de choix »<sup>67</sup> du juge, traditionnellement portée par une doctrine empreinte de formalisme. L'influence de ces doctrines aux États-Unis a été telle que de nombreux auteurs affirment qu'il n'existerait plus à l'heure actuelle de juriste américain qui ne serait pas réaliste<sup>68</sup>. Cette formule radicale a le mérite de mettre en lumière une distinction certainement fondamentale entre la doctrine française et la doctrine américaine. Au sein de la première, le carcan du formalisme semble demeurer dominant et ce, malgré la renommée de nombreux auteurs soucieux de s'en libérer<sup>69</sup>. Au sein de la seconde, l'influence de la critique réaliste, influence d'autant plus forte que nombre de ses tenants les plus célèbres ont siégé dans les juridictions, semble avoir définitivement mis à mal les réflexes formalistes. Ces derniers apparaissent plutôt, aux États-Unis, comme une « forme de réaction »<sup>70</sup>, afin de contester certaines décisions, tandis qu'ils demeurent le paradigme classique pour analyser les décisions en France.

L'analyse des motivations au travers du prisme de la transparence a ainsi permis de porter un regard nouveau sur la manière dont les juges

français et américains motivent leurs décisions. Après avoir nuancé la présentation antagoniste généralement relayée par les comparatistes, il a été possible de voir que la véritable différence résidait dans les lieux où s'exprimaient les justifications du jugement. Finalement, en exposant leurs raisons au cœur de la décision ou, au contraire, en les dissociant de la parole du juge, les jurisprudences décrivent en creux la façon dont est appréhendée la fonction juridictionnelle. C'est sur ce point que deux cultures juridiques se distinguent manifestement : l'une, attachée à l'apparence de soumission du juge à l'égard de la volonté du souverain, réputée inscrite dans les textes et immédiatement accessible à celui chargé de la mettre en œuvre ; l'autre, déterminée à faire coexister le pouvoir normatif du juge avec une opinion publique insaisissable. Le poids de ces conceptions explique sans doute pourquoi il est si délicat de traiter de la question de la transparence dans le cadre du travail du juge. Alors même que les vertus d'une motivation plus transparente sont désormais largement admises en France, les évolutions concrètes dans la rédaction des décisions demeurent suspendues à la reconnaissance du pouvoir détenu par le juge et de l'importance du rôle qu'il joue au sein notre système constitutionnel.

67. F. Michaut, « Le rôle créateur du juge selon l'école de la « *sociological jurisprudence* » et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit. », *RID comp.* 1987, vol. 39, n° 2, p. 351.

68. La célèbre formule de William Twining « *Realism is dead, we are all realists now* » est récurrente dans la doctrine actuelle, que ce soit pour la soutenir ou la questionner. Cf. W. Twining, *Karl Llewellyn and the realist movement*, Weinfeld and Nicholson, 1973, p. 382.

69. V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit...*, op. cit., p. 144.

70. D. Kennedy, *A Critique of adjudication...*, op. cit., p. 94 : « *The formal doesn't exist in the US except as a form of reaction, because legal realism killed it off and promoted a hybrid in which policy argument is included as a supplement to deductive reasoning [...]* » (« Le formalisme n'existe pas aux États-Unis hormis comme une forme de réaction, car le réalisme juridique l'a tué et a promu un mode hybride où l'argument de politique publique est inclus pour compléter le raisonnement déductif [...] »).

# Dossier

## La transparence et le droit

---

### De quoi la transparence est-elle juridiquement le nom ? Pour une définition d'un concept de norme de transparence en vue de rationaliser le discours juridique

**Jean-François Kerléo**

Professeur à Aix-Marseille Université

Membre junior de l'Institut Universitaire de France

**P**uisqu'il m'a été proposé de porter un regard transversal sur la transparence, et pour ne pas répéter ce qui a déjà été écrit sur le sujet<sup>1</sup>, je souhaiterais ici présenter, expliquer et illustrer une définition juridique de la notion. Les exemples seront tirés de différentes branches du droit, sans prétendre en expliquer un régime en particulier, et à condition que le terme soit expressément mentionné.

La démarche n'est pas aisée. Tout d'abord, le terme est aussi bien sollicité par le discours-objet (*i.e.* les règles juridiques) que par le discours sur le droit (*i.e.* la doctrine) sans que coïncident toujours ces deux niveaux de langage. L'exemple le plus manifeste réside dans le régime général

d'accès aux documents administratifs, apparu avec la loi du 17 juillet 1978, à propos duquel la doctrine emploie l'expression de « transparence administrative » en dépit de l'absence du terme dans les textes. On peut d'ailleurs émettre l'hypothèse que la doctrine a inspiré les acteurs juridiques, qui ont utilisé le terme postérieurement à ses premières manifestations doctrinales. Le vocable de transparence est dorénavant utilisé à maintes reprises dans les débats parlementaires, tant comme argument politique que comme facilité de langage, alors que le texte final n'en comporte aucune mention<sup>2</sup>.

Le terme sert alors à réunir sous une même bannière un ensemble de règles juridiques et/ou,

- 
1. J.-F. Kerléo, *La transparence en droit. Recherche sur la formation d'une culture juridique*, Mare et Martin, coll. « Bibl. des thèses », 2013.
  2. On en a un exemple tout à fait éloquent avec la récente loi n° 2023-451 du 9 juin 2023 visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux dont l'adoption a donné lieu à des débats autour de la question de la transparence.

le cas échéant, traduit leurs effets ou leur finalité. Cette ambiguïté est illustrée par l'emploi alternatif de l'expression « administration transparente », qui est d'abord utilisée par la doctrine dans les années 1970<sup>3</sup>, et « transparence administrative » qui intervient dans les années 1980<sup>4</sup>. L'emploi de la première expression coïncide avec un état de fait correspondant à la recherche de nouveaux rapports entre l'administration et les usagers fondés sur l'ouverture et l'échange d'informations. La seconde expression sert d'une manière plus technique à regrouper les lois de la fin des années 1970 – principalement la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs, la loi du 6 janvier 1978 sur la protection des données personnelles, la loi du 11 juillet 1979 sur la motivation des actes individuels défavorables – autour d'une même logique, celle de l'administration transparente.

Cette double dimension est tout aussi manifeste en droit privé. Ainsi peut-on lire, dans un tout autre registre, que « La publicité comparative contribue à assurer la transparence d'un marché [...], les consommateurs, de leur côté, peuvent bénéficier d'une information plus complète sur les produits et disposer d'un choix plus large »<sup>5</sup> ou bien encore qu'« elle assure la transparence du marché et donc tend à la protection des consommateurs »<sup>6</sup>. La notion vise clairement un état de fait, la transparence du marché, correspondant au maximum d'informations disponibles pour les consommateurs sur les prix et les produits. Sa signification correspond alors implicitement à l'ensemble des règles juridiques organisant la publicité comparative (art. L. 122-1 à 122-7 du code de la consommation), sans pré-

sence du terme dans les textes. Pouvoirs publics et doctrines évoquent-ils alors les mêmes choses dans leur usage de la transparence ?

Cette ambiguïté se retrouve en droit positif lorsque le juge, sans la qualifier, utilise la transparence pour expliquer ou justifier la finalité d'un texte. Dans sa décision du 27 juillet 2000, le Conseil constitutionnel énonce par exemple : « Considérant que la motivation des décisions de nomination des présidents des conseils d'administration des sociétés nationales de programme par le Conseil supérieur de l'audiovisuel participe d'un souci de transparence »<sup>7</sup>. Celle-ci relève ici d'une part de l'intention du législateur et, d'autre part, de la raison d'être de la norme contrôlée. Elle forme un objectif louable, l'expression employée par le Conseil postulant un jugement de valeur sur le sens de la norme soumise à son contrôle, dont on peut apprécier la constitutionnalité mais qui ne constitue pas en elle-même une règle juridiquement qualifiable.

Si la transparence intervient, ensuite, dans la plupart des branches du droit, cet usage non maîtrisé du vocabulaire provoque des incertitudes quant à sa valeur. Il n'existe aucun principe de transparence reconnu en droit français, à l'exception du droit de la commande publique au sein duquel il constitue un des trois piliers avec la liberté d'accès et l'égalité de traitement. C'est la seule hypothèse où la transparence possède une valeur juridique expresse, tant nationale que supranationale. La CJUE a ainsi reconnu une obligation de transparence, exigeant un « degré de publicité adéquat », qui découle du principe de non-discrimination en fonction de la nationalité tel qu'issu des traités des Communautés euro-

- 
3. Pour un des premiers usages de l'expression, v. P.-F. Divier *et al.*, « Pour une administration transparente », *Gaz. Pal.* 5-6 janv. 1977, p. 3; P.-F. Divier, « L'administration transparente : l'accès des citoyens américains aux documents officiels », *RDJ* 1975, p. 52; D. Linotte, « La motivation obligatoire de certaines décisions administratives », *RDJ* 1980, p. 1703. Cette expression s'attache surtout à symboliser la multiplication des textes ouvrant l'administration au regard du public. Elle va perdurer quelque temps après l'adoption des régimes prévus par les lois de 1978 et 1979.
  4. B. Lasserre, N. Lenoir et B. Stirn, *La transparence administrative*, PUF, 1987; F. Rangeon (dir.), *Information et transparence administratives*, Actes du colloque d'Amiens du 11 mars 1988, PUF, 1988. L'emploi de l'expression est aujourd'hui constant : v. R. Letteron, « Le modèle français de transparence administrative à l'épreuve du droit communautaire », *RFDA* 1995, p. 183; J.-P. Costa, « La transparence administrative », *Regards sur l'actualité* sept.-oct. 1998, n° 244, p. 37; Conseil d'État, *La transparence et le secret*, La Documentation française, EDCE, 1995, p. 138.
  5. M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 221, 1992, préf. J. Ghestin, p. 105.
  6. A. Dekeuwer, note sous Com. 18 mai 1993, *JCP G* 1994, II, 22243.
  7. Cons. const., 27 juill. 2000, n° 2000-433 DC. Déjà dans la décision du 21 janv. 1994, n° 93-333 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication*, le Conseil employait le terme transparence sans le qualifier d'objectif pour rappeler les règles de publicité prévues dans la loi du 30 septembre 1986 précitée.

péennes dans le célèbre arrêt de principe du 7 décembre 2000 *Telaustria Verlags GmbH*<sup>8</sup>. En droit interne, après avoir été qualifiée d'objectif constitutionnel (décision du 20 janvier 1993, *Rec.*, p. 14.), la transparence est devenue une exigence inhérente au droit de la commande publique (décision du 26 juin 2003, *Rec.*, p. 382), le Conseil constitutionnel la faisant découler à la fois des articles 6 et 14 de la DDHC de 1789 ainsi que, depuis sa décision du 24 juillet 2008 sur les contrats de partenariat, de son article 15. Auparavant, la jurisprudence du Conseil avait énoncé un « objectif de transparence financière »<sup>9</sup> dans sa décision du 11 octobre 1984, puis dans une décision n° 86-210 du 29 juillet 1986<sup>10</sup> qui la rattache à l'article 11 de la DDHC. Qualifiée de « consécration inachevée »<sup>11</sup>, cette expression sera abandonnée dans la jurisprudence ultérieure<sup>12</sup>.

Les autres qualifications sont plus indirectes et résultent d'un imbroglio entre les niveaux de discours. Ainsi peut-on lire que le Conseil constitutionnel aurait constitutionnalisé la transparence administrative par sa décision n° 2020-834 QPC en date du 3 avril 2020 qui rattache le droit d'accès aux documents administratifs à l'article 15 de la DDHC. Or, en ce domaine, l'usage du terme résulte de la doctrine et non du juge, ce qui suppose que la constitutionnalité est attachée à la notion doctrinale et non juridique de transparence. On retrouve ce même désordre sémantique à propos de l'article 7 de la Charte de l'environnement – « Toute personne a le droit,

dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement » – qui aurait reconnu un principe de transparence dont la portée constitutionnelle serait désormais admise par le Conseil, alors que le terme n'apparaît ni dans la Constitution ni dans la jurisprudence<sup>13</sup>.

S'il n'a pas explicitement consacré de principe de transparence, le Conseil l'a même expressément refusé dans sa décision du 21 janvier 1994 où il considère que « la transparence des activités publiques ou exercées pour le compte de personnes publiques ne constitue pas en elle-même un principe général à valeur constitutionnelle »<sup>14</sup>. Il faut donc prendre garde à ce que l'usage doctrinal de la transparence ne laisse pas sous-entendre l'existence d'un tel principe constitutionnel dans l'ordre juridique. Au contraire, pour la transparence de la vie publique comme économique, les nombreuses occasions jurisprudentielles qui ont été manquées démontrent combien le Conseil se refuse à reconnaître un tel principe général. Pourtant, aucun principe n'étant absolu, la reconnaissance de celui de transparence exigerait qu'il se concilie avec d'autres principes et qu'il soit limité par des impératifs d'intérêt général tels que le secret de la défense nationale, des délibérations, des affaires, etc.

8. CJCE, 7 déc. 2000, n° C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH Telefonadress GmbH et Telekom Austria AG*, *BJCP* 2001, p. 132; *CMP* 2001, comm. n° 50, p. 24, note F. Llorens; *AJDA* 2001, p. 106, note L. Richer. La CJUE qualifie de principes généraux les principes de la commande publique (non-discrimination, égalité, transparence) : v. CJCE, 18 oct. 2007, n° C-220/06, *Asociación Profesional des Empersas de Reparto y Manipulado de Correspondancia*. Pour une confirmation du principe selon lequel un marché public non soumis aux directives doit néanmoins respecter les règles fondamentales du traité CE : v. CJCE, 3 déc. 2001, n° C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard*, *BJCP* n° 24, 2002, p. 345.

9. Cons. const., 11 oct. 1984, n° 84-181 DC, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*.

10. Cons. const., 29 juill. 1986, n° 86-210 DC, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*.

11. P. (de) Montalivet in M. Verpeaux (dir.), *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2006.

12. La transparence n'a jamais été évoquée depuis en la matière, alors que le Conseil constitutionnel a réutilisé à plusieurs reprises la notion de pluralisme (v. Cons. const., 27 juill. 2000, n° 2000-433 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*).

13. L'application de l'article 7 de la Charte a donné lieu à plusieurs décisions de censure du Conseil constitutionnel fondées sur l'incompétence négative du législateur (Cons. const., 23 mai 2014, n° 2014-396 QPC, *France Hydro-électricité*). L'article 7 de la Charte jouit donc d'une portée constitutionnelle établie et fonde la censure de l'action du législateur (Cons. const., 26 avr. 2013, n° 2013-308 QPC).

14. Cons. const., 21 janv. 1994, n° 93-335 DC, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, *RFDA* 1995, p. 7.

Dans les autres cas, la transparence intervient dans le titre des textes juridiques. Que l'on songe aux lois dites SAPIN 1 et 2<sup>15</sup>, à celle du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique ou bien encore à la loi n° 2020-699 du 10 juin 2020 relative à la transparence de l'information sur les produits agricoles et alimentaires. On pourrait égrener longtemps les occurrences en droit positif : les articles L. 1451-1 à L. 1541-5 ou R. 3512-1-1 à R. 3512-1-6 du code de la santé publique, les articles L. 441-1 à L. 441-19 du code de commerce, les articles L. 125-12 à L. 125-40 du code de l'environnement (sur le nucléaire), la loi sur les OGM énonçant elle aussi l'exigence de transparence<sup>16</sup>, les articles L. 213-24 à L. 213-37 du code du cinéma et de l'image animée, l'article R. 4126-3 du code de la défense, etc. Il convient de retenir de cet usage que le terme dénote les règles et les articles réunis dans le titre auquel il donne son nom. C'est dès lors en confrontant les objets dénotés par le terme que l'on doit parvenir à une définition qui englobe l'ensemble du droit. Il convient d'établir les points communs, les convergences et redondances, pour proposer une signification transversale de la notion.

La définition ici proposée devra prendre en compte une double distinction, celle d'abord entre l'usage du terme pour dénoter des règles de droit et l'expression d'un état de fait constitué des effets de ces règles et celle, ensuite, entre l'usage objectif du terme pour désigner un segment normatif et les jugements moraux qui lui sont attachés afin d'argumenter en faveur ou non de tel ou tel régime. La définition reste indifférente aux raisons qui ont motivé l'adoption des règles de droit, la transparence dépassant souvent les fins ou objectifs recherchés à travers son développement (I). Pour autant, la définition proposée se doit d'éclairer le sens des connotations en permettant de saisir les « théories d'arrière-plan » (selon l'expression de Quine) cachées derrière les usages de la transparence (II).

## I. Le concept de norme de transparence

La transparence vise les règles de droit ayant pour objet les modalités de communication d'une information, quelle que soit sa formalisation, de la part d'une personne qui en est dépositaire vers d'autres, qui sont des destinataires, ne relevant pas de la première.

Une norme répondant à cette définition est alors qualifiable de norme de transparence. De son côté, on y reviendra, la norme transparente est la règle de droit qui a été adoptée conformément à la norme de transparence<sup>17</sup>. Il est possible que correspondent à cette définition des normes qui n'ont jamais été qualifiées de transparentes, ni en droit positif ni dans la doctrine. À l'inverse, même si l'objectif était d'englober le plus grand nombre d'occurrences, certains usages peuvent se trouver exclus de la définition, cette hypothèse restant normalement marginale. En d'autres termes, la définition comporte une part stipulative inévitable contrebalancée par la confrontation préalable de la plupart des régimes visés par le terme. Cette définition générique se décline dans l'ensemble des branches du droit qui en précisent parfois certains termes (transparence constitutionnelle, juridictionnelle, administrative, environnementale...). Avant d'aborder ces déclinaisons, il convient d'explicitier chacun des mots de la définition.

**Communication.** La communication postule l'existence d'un rapport entre des personnes distinctes, la règle de droit définissant les termes de cette relation. Le terme retenu est par ailleurs suffisamment étendu pour inclure les différentes formes d'échange (en l'espèce d'information) potentiellement inclus dans la transparence qui peut aussi bien viser les catégories de publicité ou publication, d'accès, de mise à disposition, d'*open data*... La définition intègre également toutes les formes de communication, qu'elles soient officielles ou officieuses, propagandistes

15. Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques; Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique; E. Untermaier-Kerléo, « Les députés protecteurs de la déontologie : à propos de la loi Sapin II », *Droit administratif* 2017, n° 3, p. 15.

16. Selon l'article L. 125-3 du code de l'environnement, « Toute personne a le droit d'être informée sur les effets que la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés au sens du titre III du livre V peut avoir pour la santé publique ou l'environnement, dans le respect de la confidentialité des informations protégées par la loi ».

17. Pour un parallèle avec le secret et la conceptualisation de normes de secret et normes secrètes, O. Pfersmann, « Norme de secret, normes secrètes et État moderne », *Cités* 2006/2, n° 26, p. 115.



ou publicitaires. L'absence de discrimination suppose donc une indifférence envers la nature de la communication, celle-ci pouvant constituer une publicité juridique, commerciale, électorale, etc. En matière électorale, par exemple, la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique impose aux partis et groupements politiques la nomination d'un mandataire financier et la création d'un compte de campagne qui est communiqué pour contrôle à la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP)...

**Modalités.** La communication est associée au terme de modalités afin de préciser que la norme de transparence contient avant tout les moyens de transmettre une information. L'usage du terme permet d'ailleurs de rappeler que la transparence constitue en droit un moyen et non une fin ; ce sont les formes, les procédés et le contenu à respecter pour qu'une information soit communiquée qui composent la norme de transparence. En droit, la transparence se comprend donc comme un mode de transmission d'une information (*i.e.* un document, une donnée, une loi, etc.).

Les modalités peuvent être matérielles, formelles ou procédurales. La modalité matérielle définit le contenu (la matière, la substance ou le *negotium*) de l'information à communiquer. Par exemple, l'article L. 441-3 du code de commerce (contenu dans un chapitre intitulé transparence) prévoit que « la facture doit mentionner le nom des parties ainsi que leur adresse, la date de la vente ou de la prestation de service, la quantité, la dénomination précise, et le prix unitaire hors TVA des produits vendus et des services rendus ainsi que toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de services et directement liée à cette opération de vente ou de prestation de services, à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture »<sup>18</sup>. Le droit de l'environnement est particulièrement friand de transparence matérielle<sup>19</sup>.

La modalité formelle vise aussi bien le contenant de l'information que les particularités de celui-ci. Par forme, il faut donc entendre toutes les caractéristiques de présentation, de configuration ou d'apparence des règles de droit, c'est-à-dire l'*instrumentum* de l'acte. L'information doit-elle être écrite, motivée, signée, contresignée, intelligible, etc. ? À ce titre, la transparence désigne la motivation des actes administratifs unilatéraux défavorables (loi précitée du 11 juillet 1979) ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi (Cons. const., 16 déc. 1999, n° 99-421 DC, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par voie d'ordonnance, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, *JORF* du 22 déc. 1999, p. 19041). Parmi les exigences formelles, on peut aussi mentionner que le régime d'accès aux documents administratifs exclut les documents inachevés ou préparatoires, que la gratuité est devenue un principe (encore assorti d'exceptions), ou qu'il permet selon les cas une communication papier ou numérique.

La modalité procédurale détermine le circuit d'acheminement de l'information, c'est-à-dire le canal par lequel elle parvient à son destinataire. Le régime d'accès aux documents administratifs prévoit que l'administré doit effectuer une demande auprès de l'administration puis, en cas de refus de celle-ci, saisir la CADA préalablement à tout contentieux en annulation. Dans un autre registre, la transparence s'immisce dans la procédure juridictionnelle et impose la publicité, comme l'exige le célèbre arrêt du 8 février 2000, *Stefanelli c/ Saint-Marin* dans lequel la CEDH déclare que « La publicité des débats judiciaires constitue un principe fondamental consacré par l'article 6.1 de la Convention EDH. Elle protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public et constitue ainsi l'un des moyens de contribuer à la confiance dans les tribunaux. Par la *transparence* qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à atteindre

18. F. Delbarre, « La nouvelle facture », *Cah. dr. ent.* 1996, n° 5, p. 2.

19. En matière d'OGM, par exemple, la liste des informations à communiquer par le détenteur d'une autorisation à l'autorité administrative est prévue par le décret n° 2011-841 du 13 juill. 2011 relatif à la déclaration de mise en culture de végétaux génétiquement modifiés, *JORF* du 16 juill. 2011, p. 12302.

le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes de toute société démocratique »<sup>20</sup>. Il faut donc garantir l'accès du public à l'audience, sa visibilité voire sa retransmission, ainsi que la publication des débats.

**Information.** Le terme d'information vise, d'une manière générique, la connaissance qui est transmise par la norme de transparence. Celle-ci consiste à informer autrui sur un élément particulier dont la nature importe peu. La norme de transparence ne définit pas nécessairement l'information qui est contenue dans le document dont elle prévoit les modalités de communication. D'autres fois, l'intervention de la transparence se matérialise par la création de nouvelles informations qui sont justifiées par leur communication à un tiers chargé de les contrôler, et le cas échéant de les rendre publiques. Le droit du financement de la vie politique, dans les années 1980, est tout entier orienté vers cette problématique. Les comptes de chaque parti ou groupement politique doivent être arrêtés chaque année et certifiés par deux commissaires aux comptes (art. 11-7 de la loi du 11 mars 1988), faisant apparaître les recettes récapitulatives selon leur origine et les dépenses selon leur nature. Dorénavant, la CNCCFP contrôle les comptes de campagne des candidats aux différentes élections et assure leur publication au *Journal officiel*. Par ailleurs, la loi n° 90-55 du 15 janvier 1990 a complété ces obligations en permettant aux partis de recourir à un mandataire agréé, dénommé « le mandataire financier » (art. L. 52-4), ou à une association de financement agréée par la CNCCFP pour recueillir les fonds, et tenir une comptabilité retraçant les comptes du parti ainsi que ceux de tous les organismes, sociétés ou entreprises dans lesquels le parti détient la moitié du capital social ou des sièges de l'organe d'administration ou bien exerce un pouvoir prépondérant de décision<sup>21</sup>...

**Quelle que soit sa formalisation.** Cette expression signifie d'abord que l'information doit exister préalablement au fait d'en définir les modalités de communication. Il s'agit alors soit de formaliser dans un document un état de fait (déclaration de patrimoine ou d'intérêts), soit de communiquer un document interne déjà produit (accès aux documents administratifs, *open data*). Ensuite, elle exprime l'idée que les qualifications de l'information sont variées et non discriminantes. Il peut s'agir d'un texte juridique (loi, règlement, circulaire), d'un compte de campagne, d'une facture, d'une donnée publique, de données essentielles ou d'intérêt général telles que prévues par la loi pour une République numérique du 7 octobre 2016. Il est inutile ici d'insister sur cet élément de définition qui a pour seul objectif de ne discriminer aucune forme d'information.

Toutefois, la combinaison de cette expression avec le terme d'information suppose d'associer la transparence à la visibilité, c'est-à-dire au fait de communiquer non des mots mais des images. Il en va ainsi, par exemple, de la diffusion d'une séance publique de l'Assemblée nationale et du Sénat ou d'une audition en commission ainsi que, par exemple, des modalités pour garantir le débat public des audiences juridictionnelles. Il ne s'agit pas de publier un document en particulier, même si la publication des comptes rendus des séances ou commissions peut y être associée, mais de capter les échanges d'une réunion et de les diffuser par Internet ou de les poster en vidéo. Au-delà des échanges verbaux, l'information se lit aussi à travers les comportements, gestes, postures qui sont captés par la vidéo. La transparence montre à voir tout ce qui se déroule en amont de l'adoption d'une norme ou d'un document en rendant publiques les modalités de sa fabrication<sup>22</sup>.

20. V. également CEDH, 22 févr. 1984, n° 8209/78, *Sutter c/ Suisse* (souligné par nos soins). G. Cohen-Jonathan, traitant de l'apport de la CEDH pour les États contractants, considère d'ailleurs que « l'exigence de transparence correspond à un véritable objectif constitutionnel qui impose aux États [...] de garantir le maintien d'une démocratie authentique [...] » (G. Cohen-Jonathan, « La transparence dans la Convention européenne des droits de l'homme », in J. Rideau (dir.), *La transparence dans l'Union européenne. Mythe ou principe juridique ?*, LGDJ, 1999, p. 198).

21. R. Rambaud, *Droit des élections et des référendums politiques*, 1<sup>re</sup> éd., LGDJ, Domat, 2019; B. Maligner, « Financement des campagnes électorales et des partis politiques », *RFDA* 1993, p. 1077.

22. J.-F. Kerléo, « La transparence du travail parlementaire », in J.-F. Kerléo, E. Lemaire et R. Rambaud (dir.), *Transparence et déontologie parlementaire : bilan et perspectives*, Institut Universitaire Varenne, coll. « Colloques et Essais », 2019, p. 39.

**Personne dépositaire.** Le choix de retenir l'expression « personne dépositaire » est justifié par le fait que la communication d'information n'incombe pas obligatoirement à la personne qui en est productrice. En revanche, aucune obligation ne peut peser sur une personne qui ne détient pas elle-même l'information. En vertu du principe de l'échange d'informations entre administrations (art. L. 114-8 à L. 114-10-1 du CRPA), un administré peut être destinataire d'un document qui a été produit par une autre administration que celle qui le lui transmet.

**Personne destinataire.** La personne destinataire est celle qui reçoit l'information, qu'elle ait effectué ou non une démarche en vue de l'obtenir. Sa nature juridique n'a pas davantage d'importance puisqu'il peut s'agir d'une personne morale, de droit public ou privé, ou d'une personne physique. On peut tout à fait admettre que le destinataire soit une autorité sans personnalité morale, et dépendant par exemple de l'État.

**Ne relevant pas de la première.** L'usage de cette expression sert à distinguer la norme de transparence de la norme de secret. Dans la mesure où il est impossible de définir un nombre de personnes à partir duquel on basculerait du secret à la transparence, il convient en revanche de considérer que la personne destinataire est distincte de la personne dépositaire. Ainsi le terme rejette l'hypothèse d'une communication d'informations interne à une autorité ou un service. De la sorte, la définition n'inclut pas les échanges de données entre les personnes physiques ou les services relevant d'une même administration. Il en va de même pour une personne morale de droit privé au sein de laquelle les services s'échangent des données relatives aux salariés, aux fournisseurs ou aux produits, etc. La norme de secret se définit comme celle prévoyant une communication d'informations à l'intérieur d'une même personne morale, le secret des affaires des salariés ou la discrétion professionnelle des agents publics permettant des échanges, en interne, entre un petit groupe de personnes.

On peut ici affiner les formes de transparence en distinguant entre une communication hori-

zontale ou verticale et ascendante ou descendante. La norme de transparence horizontale consiste en une communication d'informations entre des personnes de même nature juridique, soit entre deux ou plusieurs personnes morales de droit public ou de droit privé ou entre personnes physiques. Cette déclinaison est, dans la littérature juridique, moins fréquente que la suivante et peut être sujette à des interprétations divergentes. Un même régime peut parfois faire l'objet d'une double lecture, comme par exemple celui relatif à la communication et la publication des déclarations de situation patrimoniale et d'intérêts des membres du Gouvernement. Il peut s'agir d'une norme de transparence horizontale dans la mesure où la publication des déclarations opère une communication d'information entre plusieurs personnes physiques : le déclarant et les citoyens qui ont accès aux déclarations. Une autre lecture est possible : la norme de transparence opère une communication entre le déclarant et la HATVP, donc entre une personne physique et une autorité publique, ce qui caractérise ce que nous qualifions ici de transparence verticale ascendante (v. ci-dessous).

La norme de transparence verticale est celle qui établit une relation entre des personnes de nature juridique différente, à savoir par exemple entre une autorité publique ou une société de droit privé et une personne physique. Cette relation peut alors être ascendante ou descendante selon le sens de la communication, la transparence étant descendante lorsqu'une personne morale informe une personne physique, et ascendante dans le cas d'un rapport d'information inverse. La norme de transparence verticale descendante renvoie par exemple à l'ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs, qui a modifié l'article 1<sup>er</sup> du code civil qui prévoit que « les lois et, lorsqu'ils sont publiés au *Journal officiel de la République française*, les actes administratifs entrent (normalement) en vigueur le lendemain de leur publication »<sup>23</sup>. C'est incontestablement la déclinaison la plus fréquente de la notion de transparence en droit positif comme dans la doctrine.

---

23. Le Conseil d'État a qualifié de principe général du droit la publicité des actes administratifs (CE, 12 déc. 2003, *Synd. des commissaires et hauts fonctionnaires de la police nationale*, Rec., p. 506 ; AJDA 2004, p. 442).

Généralement associée à la démocratie, la dimension ascendante de la transparence est alors peu représentée dans la doctrine qui y voit plutôt une caractéristique d'un régime autoritaire. En effet, cette communication peut correspondre au contrôle des pouvoirs publics sur les citoyens ou des sociétés sur leurs salariés. Le stockage par certaines grandes firmes des données personnelles constitue une forme de transparence ascendante en organisant une communication d'informations des utilisateurs de sites Internet vers les hébergeurs ou sociétés en vue de l'utilisation de *cookies*. C'est pourquoi, à l'origine, on réunit sous la désignation de transparence administrative la loi du 6 janvier 1978 qui protège les données personnelles, alors qu'il s'agit d'une logique inverse à celle de la loi du 17 juillet 1978 relative à l'accès aux documents administratifs, réunie sous la même formulation. Le régime de protection des données personnelles correspond à un ensemble de normes de transparence qui organise le contrôle de la conservation et de la réutilisation des informations personnelles. Dans un autre registre, en droit de l'environnement, le détenteur d'une autorisation de dissémination ou l'exploitant mettant en culture des OGM ayant fait l'objet d'une autorisation de mise sur le marché doit ensuite déclarer auprès de l'autorité administrative les lieux où sont pratiquées ces cultures (art. L. 663-1 du code rural).

*In fine*, on peut considérer qu'une norme de transparence est parfaite lorsqu'elle mentionne expressément, outre les catégories de personnes dépositaires et destinataires et le type de rapports – horizontal ou vertical, ascendant ou descendant – entre elles, les modalités matérielles, formelles et procédurales de la communication ainsi que la qualification de l'information concernée. Cette norme de transparence peut d'ailleurs être le produit de la réunion de règles de droit formellement distinctes, chacun des éléments évoqués dans la définition traduisant un fragment de norme de transparence. L'objectif de ce concept est double. D'une part, la définition offre une rationalisation du discours doctrinal, car elle garantit une compréhension mutuelle

entre ceux qui utilisent le terme et crée les conditions d'une comparaison objective entre les régimes de transparence, pour peu évidemment que chacun adhère à cette définition générique. D'autre part, elle permet au droit d'apporter son propre éclairage sur la question de la transparence aujourd'hui débattue dans la cité, notamment vis-à-vis d'autres disciplines, mais aussi d'apprécier les valeurs qu'elle propage dans les discours.

## II. Portée du concept de norme de transparence

Ce que propose de décrire le concept, c'est un type de règle au sein de l'ordre juridique que l'on qualifie de norme de transparence. Cette dernière est distincte de la norme transparente qui est ni plus ni moins rendue publique en application d'une norme de transparence. Dès lors, la norme de transparence se scinde en deux catégories : les règles primaires et les règles secondaires. Cette dichotomie est tirée de la philosophie du droit de Hart<sup>24</sup> que l'on détourne ici de son sens pour distinguer deux catégories de norme de transparence en fonction de leur objet, celles qui dictent les modalités de communication d'autres normes dites transparentes (publication au *JO* des lois et règlements par exemple) et celles qui prescrivent à une personne de communiquer à une autre des informations qu'elle détient ou qui la concerne. Plus les premières sont nombreuses et plus l'ordre juridique est intégré, étendu et complexe. Plus les secondes se multiplient et plus l'ordre politique est ouvert, interventionniste et sujet à la critique.

Chacun de ces aspects dépendra aussi de la communication dont la norme de transparence est porteuse : la transparence verticale descendante est en général jugée démocratique tandis que celle ascendante serait plus intrusive et caractériserait parfois un régime autoritaire. La transparence horizontale est sujette à des appréciations moins tranchées, l'échange d'informations pouvant être, selon les branches du droit, une garantie de la délibération démocratique ou une atteinte à la libre concurrence sur le marché.

24. Selon l'auteur anglais, les règles primaires prescrivent à leurs destinataires d'adopter certains comportements ou de s'en abstenir tandis que les règles secondaires procurent à leurs destinataires des directives et des pouvoirs permettant d'identifier les règles primaires obligatoires, de les modifier et/ou de les exécuter (H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 266).

La norme de transparence permet alors d'appréhender, sous un angle particulier, la manière dont le droit régit les relations de pouvoir (transparence verticale) et les rapports économiques et sociaux (transparence horizontale). Elle connaît de nombreuses finalités qui dépassent largement les intentions originelles de son adoption. Selon les domaines, elle vise l'efficacité de l'action publique, la légitimation du pouvoir ou, dans un autre registre, l'ouverture à la concurrence et à la compétition économique. Il s'agit d'autant de connotations qui façonnent les usages du terme et permettent d'identifier les théories d'arrière-plan dans lesquelles s'insère un discours de (l'anti-)transparence.

Règles juridiques, raison d'être, objectif, finalité, le terme comporte surtout l'expression d'un jugement de valeur dont il est difficile de s'affranchir. L'usage du terme comme titre intègre le jugement moral dans l'énoncé juridique en cherchant à le justifier par l'usage des valeurs qui y sont attachées. Chaque branche du droit ou chaque auteur sélectionne les normes à partir de connotations récurrentes. À ce titre, la définition est parfois contre-intuitive vis-à-vis de branches du droit qui circonscrivent drastiquement certains de ses termes. C'est toutefois le prix à payer pour parvenir à une définition générique qui englobe l'ensemble des usages<sup>25</sup>. Or, les restrictions résultent des connotations qui préexistent, pour chacun, l'emploi et les interprétations du terme. Ainsi ce que les uns qualifient de démocratie (administrative, environnementale, économique...), les autres l'abordent sous l'angle autocratique; quand certains y voient un facteur de concurrence économique, d'autres délégitiment l'intervention de l'État sur le marché.

L'approche juridique ici développée se propose donc d'inclure les connotations dans l'analyse en les classant selon deux champs relevant

chacun d'une alternative particulière : démocratie/autocratie; régulation/autorégulation du marché. Cette dichotomie démontre que la transparence appartient à deux grands ensembles et qu'elle participe à leur croisement : politique et économie<sup>26</sup>.

À propos de l'alternative démocratie/autocratie, la norme de transparence joue plusieurs fonctions : entrée en vigueur et opposabilité des actes, connaissance des citoyens et contrôle du pouvoir, intégrité des responsables publics. Ces différents éléments se recoupent parfois autour d'une problématique plus englobante, celle de la confiance des citoyens envers le pouvoir qui justifie la mise en œuvre d'obligations d'intégrité et de formes de contrôle. La publicité des débats parlementaires, l'accès aux documents administratifs, la publication des *amicus curiae* par le Conseil constitutionnel, l'encadrement des lobbies par la loi SAPIN 2 constituent autant de normes de transparence qui accroissent la connaissance des citoyens et, le cas échéant, assient leur contrôle sur les pouvoirs publics<sup>27</sup>.

Sans entrer dans les détails, la transparence rejoint parfois les théories de la démocratie délibérative et de l'agir communicationnel selon lesquelles, pour Habermas, il s'agit, « de partager avec ses pairs les informations pour progresser collectivement et également vers une intelligence collective, tout en respectant des règles de discussion proche de l'idéal communicationnel »<sup>28</sup>. La norme de transparence établit bien les conditions d'un échange d'informations propice à une délibération plus éclairée. Toutefois, elle n'a pour objet ni la délibération collective ni la production d'informations mais détermine les modalités de communication d'une connaissance déjà là qui attend d'être formalisée et diffusée à ses destinataires. Si elle contribue parfois à la création d'un espace public organisé au sens habermassien ou d'un Tribunal de l'opinion

25. En droit administratif, par exemple, l'information devient document administratif ou donnée publique et les personnes destinataires se composent des citoyens, du public ou des administrés. En droit économique, ce sont les actionnaires ou les consommateurs qui sont visés par les normes de transparence...

26. Pour une réflexion plus approfondie sur les connotations ainsi que sur les croisements entre démocratie et économie, J.-F. Kerléo, *La transparence en droit*, op. cit.

27. Sur certains de ces points, v. les développements de la récente thèse M. Almeida Kato, *La transparence de la justice constitutionnelle. Une étude de droit comparé (France, Brésil, États-Unis)*, Dalloz, coll. « Bibl. de thèses », vol. 221, 2023.

28. J. Habermas, *Droit et Démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, Essais, 2006; B. Melkevik, « Habermas et la conception démocratique du droit », *Droit et Société* avr. 2000; v. également B. Melkevik, *Habermas, droit et démocratie délibérative*, Québec, Presses Université Laval, coll. « Dikè », 2011.

publique au sens de Bentham<sup>29</sup>, elle est aussi une source de conflits ou une ressource économique constituant autant d'écueils à la réalisation d'un consensus<sup>30</sup>. La transparence ne participe pas toujours à la constitution d'un accord autour de l'intérêt général mais alimente aussi les dissensions, oppositions et querelles au sein de la société.

Dans le même temps, chacune des fonctions fait l'objet de controverses : selon les approches de la démocratie, du mandat parlementaire, de la vie privée, du rôle du citoyen, la transparence sera un « trouble », un « vice », un « fantasme »<sup>31</sup>, un « mythe »<sup>32</sup> et contribuera à la « défiance », au « soupçon »<sup>33</sup> ou au « totalitarisme »<sup>34</sup>, sachant que les critiques ne coïncident pas entre elles. Ainsi par exemple le Doyen Carbonnier écrit-il que « la transparence est un effet de la contrainte, de la contrainte du droit ; c'est dans la pratique, une transparence forcée, une transparence d'ordre public [...]. Du droit, toujours du droit. Le droit est utile, mais dans une société qui souffre déjà d'en avoir beaucoup, avant d'augmenter encore la pression juridique, ne faut-il pas y regarder de plus près ? »<sup>35</sup>. Ici, la critique renvoie à la multiplication des obligations qui pèsent sur les individus, et donc à leur contrôle par les pouvoirs publics. Dans une autre perspective, Guy Carcassonne a mis en évidence les excès de la transparence dans quelques prédictions virulentes : « Cette manie de la transparence, en se répandant, risque de nuire à tout exercice d'une volonté » [...]. Qu'importe, alors, si une opinion et une décision plus tranchées seraient plus justifiées, nul n'osera prendre le risque de seulement l'esquisser »<sup>36</sup>. La critique concerne cette fois-ci

son incidence sur les pouvoirs publics, et notamment la neutralisation de leur autorité. Qu'elles soient positives ou négatives, les connotations sélectionnent donc ce que chacun met sous la bannière de la transparence, et nous informent sur les conceptions qui s'affrontent quant à la manière d'organiser le pouvoir.

Pour un exemple récent, la loi relative à la transparence de la vie publique du 11 octobre 2013, qui intervient à la suite de l'affaire Cahuzac, cherche à restaurer la confiance des citoyens avec la publicité du patrimoine et des intérêts et le contrôle des conflits d'intérêts<sup>37</sup>. La transparence connote ici l'intégrité et la probité de la classe politique qu'elle cherche à conforter par la mise en place de dispositifs déontologiques. Or, la légitimité de cette transparence est aussi contestée au nom de la protection du secret de la vie privée, voire de son inefficacité à atteindre l'objectif de lutte contre la corruption qui lui est assigné. Dans cette optique, plusieurs auteurs ont qualifié d'excessive ou d'inutile la publicité des déclarations<sup>38</sup>, révélant ainsi une certaine conception du mandat représentatif, de la vie privée et de la légitimité du regard citoyen. La norme de transparence constitue donc un élément de compréhension des grands enjeux du contrôle politique et du rapport entre sphères publique et privée.

À propos de l'alternative régulation/autorégulation économique, plusieurs connotations de la transparence cohabitent : assainir et moraliser le comportement des acteurs, accroître la concurrence, protéger les consommateurs et/ou les actionnaires, contrôler le marché. Suite à la faille des grandes entreprises américaines *Enron* et

29. J. Habermas, *L'espace public, Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Payot, coll. « Critique de la politique », 1993.

30. O. Cayla, « L'angélisme d'une théorie pure (du droit) chez Habermas », *RDP* 2007, p. 1543.

31. D. Soulez-Larivière, *La transparence et la vertu*, Albin Michel, 2014, p. 149 et s.

32. J. Chevallier, « Le mythe de la transparence administrative », in *Information et transparence administrative*, préc., p. 238.

33. B. Nabli, *La République du soupçon*, Cerf, 2018.

34. « La notion de transparence était une notion, une idéologie totalitaire » (A.-G. Slama, Interventions retranscrites prononcées lors de la table ronde du colloque « Transparence et secret : l'accès aux archives contemporaines », *La Gazette des archives* 1997, n° 177-178) ; A.-G. Slama, *La régression démocratique*, Perrin, coll. « Tempus », 2002.

35. J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 319.

36. G. Carcassonne, « Le trouble de la transparence », *Pouvoirs* n° 97, 2001, p. 21.

37. Pour une analyse de ce texte, J.-F. Kerléo, *La déontologie politique*, LGDJ, coll. « Systèmes », 2021.

38. P. Avril, J.-P. Camby et J.-E. Schoettl, « Transparence de la vie publique : séparer le nécessaire de l'excessif », *Actu-Juridique.fr*, 8 févr. 2023.

WorldCom qui a amené à l'adoption de la loi Sarbanes-Oxley aux États-Unis<sup>39</sup>, le législateur français a voulu réguler le capitalisme en adoptant notamment les lois du 15 mai 2001<sup>40</sup> et du 1<sup>er</sup> août 2003 de sécurité financière<sup>41</sup>. En ce sens, l'information légale en droit des sociétés que la doctrine surtout, mais aussi le droit positif dans une moindre mesure<sup>42</sup>, subsument sous le terme de transparence, renvoie aux obligations d'information imposées par l'État aux entreprises privées. Désormais, les entreprises sont également soumises, en vertu de la loi SAPIN 2, à des obligations de *compliance* censées lutter contre la corruption (cartographie des risques, procédure d'alerte, évaluation des tiers...). La transparence est également associée à la concurrence, comme l'atteste le titre IV du livre IV du code de commerce intitulé « de la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées » où la notion est mobilisée pour accroître la compétition sur le marché entre entreprises par le truchement d'une meilleure connaissance de l'offre. Elle est également un biais utilisé dans la lutte contre les pratiques anti-concurrentielles, telles les ententes conclues en secret<sup>43</sup>.

Dans le même temps, la transparence desservirait selon certains le jeu normal de la concurrence. Si l'information représente « le fluide vital du capitalisme »<sup>44</sup>, la transparence est dénoncée au nom de la spontanéité et de l'évolutionnisme hayekien<sup>45</sup>. Elle reposerait sur le mythe suranné de l'égalité, qui suppose une connaissance objec-

tive et indépendante des acteurs économiques dans un cadre concurrentiel où l'information serait potentiellement disponible pour tous et à un coût nul. Or, au contraire, chaque acteur compose dans la réalité avec un « niveau d'ignorance rationnelle » (selon l'expression d'Anthony Downs) et ajuste ses besoins d'informations en fonction de ses intérêts et des défaillances du marché. Alors que les lois précitées de 2001 et 2003 instaurent des obligations de transparence en faveur des actionnaires, Pascal Salin rejette l'illusion de la « transparence imposée » et préconise une autorégulation : « C'est parce qu'il détient un pouvoir juridique sur l'entreprise (un droit de propriété) que l'actionnaire est responsable et que c'est à lui que revient le droit d'exiger un niveau de transparence adéquat »<sup>46</sup>.

*In fine*, le concept ici proposé permet de comprendre ce que chacun veut dire lorsqu'il emploie le terme de transparence. À partir de cette définition devient alors possible une compréhension à la fois plus large et plus précise de ce que sous-tend l'usage du terme en droit positif et dans la doctrine. Si aucun terme n'est neutre dans son emploi, définir au préalable celui de transparence, en confrontant ses pré-usages dans les différents niveaux de langage, permet aussi de comprendre, au-delà de sa signification objective, le sens que chacun attribue à des régimes ou à des règles juridiques, les représentations que l'on veut en donner et les valeurs que l'on y injecte. Les positions s'affrontent alors, dans le

39. P. Descheemaeker, « Nouvelle régulation internationale des sociétés cotées : les principales dispositions de Sarbanes-Oxley Act of 2002 », *Bulletin Joly* 2003, p. 5; J.-L. Barlet, « Comment renforcer la transparence et le contrôle des comptes ? », *Option finance* 2002, n° 711, p. 40.

40. Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JORF* du 16 mai 2001, p. 7776; D. Bureau, « La loi relative aux nouvelles régulations économiques. Aspects de droit des sociétés », *Bulletin Joly Sociétés* juin 2001, p. 553. V. Décret n° 2012-557 du 24 avr. 2012 relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale, *JORF* du 26 avr. 2012.

41. Loi n° 2003-706 du 1<sup>er</sup> août 2003 de sécurité financière, *JORF* du 2 août 2003, p. 13220; O. Dufour, « Le projet de loi sur la sécurité financière est fin prêt », *LPA* 14 janv. 2003, p. 3.

42. À titre d'exemple, l'article R. 823-21 du code de commerce prévoit que les Commissaires aux comptes désignés auprès de personnes ou d'entités dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou auprès d'établissements de crédit publient sur leur site internet un rapport de transparence. Ledit article prévoit justement le contenu précis de ce rapport, la transparence désignant par exemple la communication d'une description concernant la forme juridique et, le cas échéant, du capital de leur structure d'exercice professionnel ou bien le réseau auquel ils appartiennent, indiquant notamment sa forme juridique et son organisation, etc. Pour un autre exemple d'usage du terme, v. C. com., annexe 8-2 créée par l'arrêté du 14 janv. 2009, *JORF* du 20 janv. 2009, p. 1132.

43. B. Delaunay, « La transparence de la vie économique », *NCCC* 2018, n° 59, p. 23.

44. N. Veron, « Après Enron et WorldCom, information financière et capitalisme », *Commentaire* 2002, n° 99, p. 613.

45. F. A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, PUF, coll. « Quadriges, grands textes », 2007.

46. P. Salin, « Démocratie et liberté », *Commentaire* 1986, p. 676; du même auteur, « Le mythe de la transparence imposée », *JCP E* 2003, n° 45-46, p. 1800.

cadre de la démocratie ou du marché, pour savoir jusqu'où, comment et à qui on doit communiquer et quelle information il est légitime de rendre publique. La norme de transparence sert de support et de prisme de réflexion pour aborder le lien de représentation politique, la légitimité de l'administration ainsi que la place de l'État, du consommateur et des actionnaires dans le marché économique, et bien d'autres sujets. La norme de transparence est une déclinaison juridique de la place prise par l'obsession informationnelle de notre époque où la complexité du monde est parfois un peu hâtivement résolue par le mythe de la transparence, véritable maquis d'informations, censé répondre aux tensions et enjeux résultant des rapports de force inhérents à toute société.

La norme de transparence prospère alors comme forme de régulation juridique de la complexité du monde en offrant aux citoyens une plus grande connaissance et visibilité, facteur de savoir et d'intelligibilité. Certains discours présentent d'ailleurs la complexité comme l'inverse de la transparence : « Le thème même de la

complexité [...] implique la non-transparence »<sup>47</sup>, l'auteur ajoutant que « Partout où la complexité triomphe, il y a opacité »<sup>48</sup>. Selon nous, il n'est pas question de simplifier mais de rendre compréhensible les sujets et les enjeux du monde par un accès généralisé à l'information. Chacun peut alors construire son propre récit de vie en le confrontant avec les données disponibles. De manière générale, la multiplication des normes de transparence est significative du fait que « le droit est happé par le maelström moderne de la communication »<sup>49</sup>. Ainsi, de plus en plus, il s'appréhende comme un système complexe de communication, comme l'explique Mark Van Hoecke qui y voit une forme d'organisation basée sur la création de liens informatifs, que ce soit entre le législateur et le citoyen, le juge et les requérants, les parties au contrat, etc.<sup>50</sup> Il en découle le paradoxe selon lequel pour rendre le monde intelligible, il faut accroître la complexité juridique : les normes de transparence organisant la communication d'informations appelant toujours plus de normes de transparence pour en contrôler les réutilisations.

---

47. J.-J. Boutaud, « La Transparence, nouveau régime visible », in *Transparence et communication*, L'Harmattan, MEI 2005, n° 22, p. 14.

48. *Ibid.*, p. 14.

49. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Flammarion, 1996, p. 95.

50. M. Van Hoecke, *Law as communication*, Hart Publishing, 2002, p. 7.



# Perspectives

## Sociologie du droit

---

Dans chaque numéro, la *RDA* donne la possibilité à des auteurs de dessiner les contours, de tracer les évolutions récentes ou à venir d'une matière donnée. À cette fin, la liberté est la plus totale : les contributeurs présentent un libre-propos sur la discipline en général ou sur certains de ses aspects.

---

De la sociologie du droit aux sciences sociales sur le droit. Un changement de régime de savoir sur le droit ?

*Jacques Commaille*

p. 138

La sociologie du droit et de la justice : quelle place en droit de la famille ?

Regards d'une juriste

*Dominique Fenouillet*

p. 146

Libres propos sur la sociologie juridique appliquée au droit des contrats

*Thomas Genicon*

p. 155

La culture de l'enquête, entre droit et sociologie. L'exemple d'une recherche sur l'enseignement du droit

*Liora Israël*

p. 162

Sociologies du droit : une approche iconoclaste et plurielle

*Olivier Corten*

p. 166

# Perspectives

## Sociologie du droit

---

### De la sociologie du droit aux sciences sociales sur le droit. Un changement de régime de savoir sur le droit ?

Jacques Commaille<sup>1</sup>

Professeur émérite à l'École normale supérieure Paris-Saclay, chercheur à l'Institut des sciences sociales du politique

Établir un bilan et tracer les perspectives de la sociologie du droit que la *Revue de droit d'Assas* m'invite à faire ne me semble pas concevable sans que soit fait référence à ce que fut l'influence importante du doyen Jean Carbonnier dans la reconnaissance contemporaine de l'importance de la sociologie du droit en France. Le doyen Jean Carbonnier a développé une sociologie du droit au service du droit et autorisé, plus encore favorisé, le développement d'une sociologie du droit qu'on pourrait qualifier, pour reprendre les termes de Renato Treves, de sociologie *sur* le droit<sup>2</sup>. C'est de cette rencontre avec le doyen Jean Carbonnier, dans le cadre d'une collaboration au service de la réforme du droit de la famille qu'il avait été invité à entreprendre, que je suis moi-même entré dans ce domaine de recherche et c'est grâce à cette expérience exceptionnelle que j'ai enseigné pendant de nombreuses années la sociologie du droit notamment à l'Université de Paris II Panthéon-Assas.

Si j'évoque cette genèse, c'est qu'elle a été décisive pour rompre avec une conception dichotomisée, marquée parfois par des tensions ou des disqualifications réciproques, de ce qui serait une sociologie du droit des juristes et une sociologie du droit des sociologues. C'est bien un dépassement de cette vision du monde de la sociologie du droit qui inspirera ici mon propos. En partant d'un rapide historique de ce que fut presque exclusivement la sociologie du droit des années 1960-1970, je m'attacherai ainsi à montrer que ce domaine de savoir a considérablement évolué au cours des dernières décennies, tant du côté des juristes que du côté des spécialistes de sciences sociales (sociologie, science politique, histoire, anthropologie...), et que c'est peut-être d'un nouveau régime de connaissance dont il convient de parler. Si tel est le cas, il nous restera à rechercher le sens de cette transformation de ce champ de savoir pour finalement s'interroger sur ce que pourraient être ses principes

- 
1. Jacques Commaille est professeur émérite des universités à l'École normale supérieure Paris-Saclay, chercheur à l'Institut des sciences sociales du politique (ENS Paris-Saclay/ Université Paris-Nanterre/CNRS). Ses travaux portent principalement sur le droit comme contribution à une théorie de la régulation politique des sociétés. Parmi ses publications parues ou à paraître : *À quoi nous sert le droit ?*, Gallimard, coll. « Folio essais », 2015 ; *L'esprit politique des savoirs. Le droit, la société, la nature*, Éditions de la FMSH, à paraître (oct. 2023).
  2. R. Treves, *Sociologie du droit*, PUF, coll. « Droit, Éthique, Société », 1999 [Édition originale : *Sociologia del diritto. Origini, ricerca, problemi*, Nuova Biblioteca Scientifica Einaudi, 1987].

de développement du point de vue épistémologique et de celui de la redéfinition de ses finalités.

## I. La genèse contemporaine d'un savoir

Il ne peut s'agir ici de retracer une histoire de la sociologie du droit. L'objectif est de rappeler succinctement ce que furent ses dominantes dans les décennies 1960-1970-1980 dans la suite des façons dont l'avaient définie des auteurs comme Eugen Ehrlich<sup>3</sup> ou Hermann Kantorowicz<sup>4</sup> : « le vrai droit n'était pas à rechercher dans les éditions du législateur, mais à découvrir – grâce aux nouvelles méthodes d'investigation sociologique – dans la réalité sociale, à l'œuvre derrière les phénomènes sociaux observables »<sup>5</sup>. De même, sollicités dans leur œuvre de juristes, des auteurs, « soucieux d'un décalage toujours plus profond entre texte codifié et expérience juridique toujours plus complexe »<sup>6</sup>, vont, dans le cadre de l'avènement au début du xx<sup>e</sup> siècle d'une « modernité juridique », annoncer l'importance de prendre en compte l'influence du contexte. Raymond Saleilles affirme ainsi la nécessité de substituer « aux exercices logiques sur les textes [...] le principe de l'immersion du texte normatif dans l'histoire, dans l'économie, dans la politique, et sa confrontation avec le changement social »<sup>7</sup>. François Gény préconise la révolte contre « le fétichisme de la loi écrite et codifiée » et invite à réduire « le fossé qui sépare le droit des législateurs et des savants du droit vivant », car il s'agit de reconnaître « une historicité effective du droit »<sup>8</sup>. C'est dans cet esprit que s'affirme une aspiration à refonder scientifiquement la production de la loi avec des auteurs comme Léon Duguit quand il déclare que « les lois positives doivent être conformes aux lois sociologiques et à l'état social pour lequel elles sont faites »<sup>9</sup>, ou encore Henri Lévy-Bruhl quand il conçoit une sociologie juridique comme une

« juridique » mise au service du législateur dans la mesure où elle offre à celui-ci la possibilité d'une maîtrise « scientifique » dans la connaissance des faits sociaux susceptibles d'agir sur le droit<sup>10</sup>.

Jean Carbonnier est incontestablement dans cette filiation du point de vue du statut de sa « sociologie juridique ». Il maîtrise admirablement ce que les grandes figures fondatrices de la sociologie font du droit, de la place qu'ils accordent au droit comme révélateur exceptionnel des transformations des sociétés, mais son souci est aussi un souci de légiste<sup>11</sup>. C'est notamment à ce titre qu'il conçoit une « sociologie législative » supposée offrir au « législateur » une connaissance maîtrisée de l'état du domaine dans lequel il est envisagé de légiférer, de l'état des comportements, des opinions, des représentations sociales que portent les citoyens sur l'état du phénomène concerné et sur le degré d'adéquation et d'inadéquation de tous ces paramètres par rapport à la législation existante. Pour Jean Carbonnier, la restauration du statut de la loi passe par une connaissance maîtrisée de ce que sont les rapports des citoyens à la loi existante dans un domaine donné. Il ne s'agit pas, comme ont cru devoir le souligner ses détracteurs, de soumettre la conception de la loi aux exigences des sujets de droit. Il s'agit de préserver une « Raison » du droit, une dogmatique menacée, *en connaissance de cause* des évolutions des mentalités et en composant avec elles en conservant la maîtrise de l'écriture de la loi. Le projet est ambitieux dans la mesure où il ne s'agit pas simplement de restaurer l'autorité de ce « Légiste », y compris en restaurant son pouvoir, ceci face à des politiques qui sont inscrits dans des logiques qui ne peuvent pas, par essence, être toujours en mesure de définir et de promouvoir ce que doit être l'intérêt général, les principes qui « empêchent une société de se détruire »<sup>12</sup>.

3. E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Dunker & Humblot, 1913.

4. H. Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Mohr, 1911.

5. P. Amselek, « Le rôle du droit dans l'édition des normes juridiques selon Hans Kelsen », *Revue juridique Thémis* 1999, p. 189.

6. P. Grossi, *L'Europe du droit*, Seuil, 2011, p. 196.

7. *Ibid.*, p. 198.

8. *Ibid.*, p. 201.

9. L. Duguit, « Le droit constitutionnel et la sociologie », *Revue internationale de l'enseignement* juill.-déc. 1889, t. 18, p. 502.

10. H. Lévy-Bruhl, *Sociologie du droit*, PUF, coll. « Que sais-je », n° 951, 1967.

11. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 3<sup>e</sup> éd., 2016.

12. V. J. Commaille, *L'esprit sociologique des lois. Essai de sociologie politique du droit*, PUF, 1994.

## II. Les nouveaux développements de la sociologie du droit s'inscrivent dans un cycle de transformation de la recherche sur le droit

Si la tradition demeure, particulièrement dans les Facultés de droit, de cette conception de la sociologie du droit au service du droit, de ce qu'on a pu qualifier d'une « ingénierie sociale » au service du droit, c'est-à-dire une conception instrumentale, quelque peu ancillaire de la sociologie au service de la production du droit, de sa mise en œuvre, de sa réception, de son application<sup>13</sup>, il semble bien qu'un nouveau régime de connaissance se soit imposé dans les dernières décennies. Ce régime de connaissance se manifeste : du côté des juristes, des chercheurs juristes ; du côté de la sociologie, celle-ci inscrivant désormais son action dans un cadre plus large qui concerne les sciences sociales (la science politique, l'anthropologie, l'histoire notamment). On observe ainsi un spectaculaire accroissement des recherches sur le droit résultant à la fois d'un accroissement relatif d'une communauté de chercheurs juristes et d'un accroissement important de chercheurs de sciences sociales. Ces nouveaux collectifs se manifestent dans le cadre de nouvelles communautés de recherche (des laboratoires du CNRS, des sociétés savantes<sup>14</sup>) et sont remarquablement à l'écoute de l'évolution des recherches au niveau international avec une particulière attention portée aux courants de recherche américains, lesquels en la matière constituent certainement la communauté de recherche sur le droit la plus importante dans le monde avec des canaux de diffusion extrêmement importants dans lesquels s'insèrent de plus

en plus de jeunes collègues français, acteurs brillants du développement de cette recherche sur le droit<sup>15</sup>.

Avant de nous interroger sur le sens qu'il convient de donner à ces évolutions, sur les facteurs contextuels qui les favorisent, je me propose d'en esquisser les grandes lignes, ceci à partir de quelques exemples tirés, tant du côté de ce qu'on appelle communément la recherche juridique que du côté des sciences sociales.

Compte tenu de l'importance du positionnement de départ de la sociologie du droit dans cette fresque tracée à grands traits – celle d'une mobilisation de la connaissance au service du droit, de la pratique du droit, en contraste – c'est sans doute la recherche juridique, venue et tenue par les juristes qui constitue une illustration hors du commun de ce que j'ai qualifié de changement de régime de connaissance. Un exemple me paraît particulièrement significatif en la matière. En 2016, des collègues chercheurs juristes publiaient un ouvrage qui se donnait à voir comme un manifeste de recherche sur ce que devrait être à l'avenir une recherche impliquant le droit<sup>16</sup>. Il s'agissait là de s'inscrire activement dans la définition de ce que pourrait être explicitement une « révolution paradigmatique » qui se décline dans un nombre de plus en plus important de travaux, sans que cela soit forcément explicite<sup>17</sup>. L'objectif est de situer « le droit parmi les sciences sociales » et de « propulser les catégories d'intelligibilité du droit au-delà du domaine juridique »<sup>18</sup>. Il ne s'agit pas ici, dans ces façons de penser le droit, de le « confondre avec son objet [...], [d']établir une science spécifique à l'objet droit par la séparation, l'écart, avec les autres formes de connaissance du social

13. J. Commaille, « La construction d'une sociologie spécialisée. Le savoir sociologique et la sociologie juridique de Jean Carbonnier », *L'Année sociologique* 2007, 57/2, p. 275.

14. Comme illustration, il est remarquable que le réseau thématique « Sociologie du droit et de la justice » de l'Association française de sociologie soit l'un des plus prospères de cette association, regroupant des chercheurs en sociologie, mais aussi en droit, en science politique ou encore en histoire, ceci donc sous l'égide d'une discipline qui a pendant longtemps ignoré ou disqualifié le droit comme objet de recherche.

15. La publication d'un manuel de sociologie du droit rédigé pour la première fois par des chercheurs venus des sciences sociales et non du droit est illustrative de cette transformation des savoirs en la matière et de son internationalisation. V. C. de Galember, L. Dumoulin et T. Delpeuch, *Manuel de sociologie du droit et de la justice*, Armand Colin, coll. « U », 2014.

16. R. Encinas de Munagorri, S. Henneute-Vauchez, C. Miguel Herrera et O. Leclerc, *L'analyse juridique de (x). Le droit parmi les sciences sociales*, Éditions Kimé, 2016.

17. Comme un témoignage de l'apparition de ces nouveaux courants de recherche, on pourra se reporter à : J. Commaille, « La "French touch" de la recherche sur le droit », *Droit et Société* 2021/107, rubrique « À propos », p. 203.

18. R. Encinas de Munagorri, S. Henneute-Vauchez, C. Miguel Herrera et O. Leclerc, *L'analyse juridique de (x)...*, op. cit., p. 23.

et du politique »<sup>19</sup>. En acceptant de sortir l'analyse juridique « hors de ses territoires habituels »<sup>20</sup>, il s'agit de se saisir des potentialités du droit en tant qu'analyseur non seulement de ce qu'il est en lui-même, de ce que sont ses spécificités, mais de ce qu'il contribue à dévoiler du social et du politique, des normativités qui font système avec la normativité juridique, des logiques qui sont à l'œuvre dans l'univers social et politique et dont le droit n'est que le vecteur.

Cette exceptionnelle effervescence autour du positionnement épistémologique de la recherche juridique n'est également pas mieux illustrée que par une exceptionnelle remise en cause des fondements épistémologiques traditionnels de l'histoire du droit. L'ouvrage *Histoires contemporaines du droit*<sup>21</sup> s'inscrit remarquablement dans une évolution de la recherche française marquée par son *auto-référentialité* : celle d'une pensée juridique nationale dans laquelle la recherche s'arrêtait trop souvent aux frontières d'une « science du droit », très « internalisée » jusqu'à parfois rejeter les sciences sociales ; celle de disciplines, tant du côté du droit<sup>22</sup> que des sciences sociales, dont l'identité se construisait plus sur l'affirmation de la différence que sur la collaboration des uns avec les autres<sup>23</sup>. Dans cet ouvrage, les auteurs procèdent à un véritable repositionnement épistémologique de l'histoire du droit dont les principales étapes sont :

- une *déconstruction* du champ de savoir consistant à revenir sur une grille spatio-temporelle où doit désormais être prise en compte la dimension spatio-temporelle, où il ne s'agit plus de faire prévaloir « une problématique de la succession sur celle de la coexistence », mais d'admettre que nous sommes face à une « période contemporaine où s'affrontent plusieurs temporalités »<sup>24</sup> ;
- une *rupture épistémologique* caractérisée principalement par l'adoption d'une « perspective critique qui cherche moins ce que le

droit est que ce qu'il fait, ainsi que ce que les gens en disent »<sup>25</sup> et par une approche du droit considéré comme *constitutif* du social, rompant ainsi avec un essentialisme consistant notamment à dire que le « législateur a considéré... », ou que « le Droit dit que... », ou que « le Droit énonce... », ou encore en considérant que le droit ne doit plus être seulement envisagé « comme une *référence* », mais comme une *ressource* parce que « le droit n'est plus seulement ce qui s'applique ou s'exécute, c'est aussi ce qui se revendique et s'active en contexte »<sup>26</sup> ;

- un *déplacement* des objets de recherche. Ainsi, le « Social » devient un objet central dans la mesure où il s'agit de « faire droit à la manière dont les juristes pensent et se confrontent au monde social »<sup>27</sup>, d'où il découle que l'histoire du droit « devient, non plus seulement une histoire des pratiques des "clercs" mais aussi celle d'une stratégie des "profanes" » ;
- une *revendication* pour de nouvelles méthodes susceptibles d'être empruntées aux méthodes des sciences sociales.

Ce qui se donne à voir ainsi, à travers ces deux exemples relevant de la recherche telle que des chercheurs juristes en dessinent les nouvelles orientations, témoigne d'aspirations qui ne peuvent que rencontrer l'intérêt sinon le plein assentiment des chercheurs venus des sciences sociales eux-mêmes engagés, dans les dernières décennies, dans un processus historique de transformation du régime de savoir sur le droit. Comme nous l'avons vu *supra*, la sociologie du droit était conçue comme disons une technologie au service de la conception du droit et de sa pratique. En cela d'ailleurs, elle ne faisait pas exception à un processus plus large d'instrumentalisation de la sociologie se manifestant par la multiplication de sociologies spécialisées, supposées apporter leur concours dans la recherche de

19. R. de Munagorri, C. Miguel Herrera et O. Leclerc, « Qu'est-ce que l'analyse juridique de (x) ? Pour une explicitation », *Droit et Société* 2019/103, p. 612.

20. *Ibid.*, p. 615.

21. F. Audren, A.-S. Chambost et J.-L. Halpérin, *Histoires contemporaines du droit*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2020.

22. *Ibid.*, p. 191.

23. J. Commaille, « La "French touch" de la recherche sur le droit », *préc.*, p. 203.

24. F. Audren, A.-S. Chambost et J.-L. Halpérin, *Histoires contemporaines du droit*, *op. cit.*, p. 39.

25. *Ibid.*, p. 191.

26. *Ibid.*, p. 115.

27. *Ibid.*, p. 245.

sens et trouver les solutions éventuelles susceptibles de répondre spécifiquement aux questions sociales posées ou aux problèmes rencontrés par la société contemporaine<sup>28</sup>. Du côté des sciences sociales, la sociologie du droit connaît depuis des développements qui sont inspirés incontestablement par l'esprit des grandes figures fondatrices de la sociologie. La période semble ainsi révolue où était justifié le constat pessimiste de Talcott Parsons qui parlait de « l'espèce de mystère de la négligence dont ont fait preuve les sciences sociales, et particulièrement la sociologie, à l'égard du droit et des systèmes juridiques, après le brillant départ opéré par Durkheim et Weber »<sup>29</sup>. Ces grandes figures concevaient le droit comme un exceptionnel révélateur des transformations et du fonctionnement général des sociétés. L'observation du droit était au fondement de la construction de théories générales de la société et de ses transformations. C'est dans le même esprit que beaucoup de travaux de sociologie du droit se développent actuellement suivant une conception qui est moins celle de la sociologie du droit comme sous-discipline que celle de la sociologie générale et des grandes orientations théoriques de cette dernière. De plus en plus, ce qu'on observe, c'est « une sociologie du droit solidement ancrée dans une sociologie générale qu'elle entend bien féconder en retour »<sup>30</sup>. En opérant ce déplacement, la recherche sur le droit a rompu avec les préjugés d'une sociologie, laquelle sous l'influence du marxisme avait tendance à disqualifier *a priori* le droit comme objet de recherche. Mais ce même mouvement d'émancipation, d'élargissement du savoir et les ambitions qu'il portait a contribué à ce que d'autres disciplines de sciences sociales s'y joignent. C'est ainsi que la science politique, sans doute encore marquée par son acte d'autonomisation par rapport aux Facultés de droit, rompant avec ce préjugé qu'elle avait légitimé en le métamorphosant par un recours au registre savant, celui de l'épistémologie, a progressive-

ment perçu, notamment sous l'impulsion de brillants doctorants, les exceptionnelles potentialités de l'étude de l'objet « droit » pour comprendre le politique. En atteste notamment l'impressionnant développement de thèses et de travaux de recherche sur les rapports droit, justice et politique. Un tel mouvement a certainement favorisé une convergence d'intérêts sur le droit venu également d'autres disciplines de sciences sociales, notamment en histoire et en anthropologie. De ce constat résulte une interrogation : quand on établit un état de la connaissance de la recherche sur le droit, peut-on encore ne parler que de « sociologie du droit » ou ne convient-il pas de considérer plutôt des « sciences sociales du droit » ? C'est bien cette interrogation que suscite l'établissement d'un bilan des recherches sur le droit comme celui que nous avons tenté récemment<sup>31</sup>. De même un exceptionnel double numéro d'une revue consacrée comme *L'Année sociologique*, sous l'intitulé général « Pour une sociologie politique du droit », porte témoignage de l'ambition nouvelle (ou retrouvée si l'on pense aux grandes figures fondatrices) de se pencher sur le droit comme un exceptionnel révélateur des processus généraux, sociaux et politiques, à l'œuvre au sein des sociétés contemporaines en alliant à la fois le travail empirique et un engagement dans la théorie par un recours aux auteurs de référence comme cela est particulièrement le cas dans ces deux numéros avec des analyses approfondies de la pensée de Max Weber<sup>32</sup>.

Il est significatif ici que cette forme de mobilisation sur le droit rend, en l'occurrence, obsolète le fait de savoir s'il s'agit de sociologie ou de science politique. De ce point de vue, ce qu'on pourrait considérer comme une montée en généralité par rapport à ce qu'est une sociologie du droit conçue comme une « science pratique au service du droit », ceci grâce à « l'attention portée par des juristes éclairés aux vertus supposées de la sociologie pour adapter le droit aux changements socio-économiques, culturels et

28. V. mon analyse sur ce développement des sous-disciplines de la sociologie et la place que la sociologie du droit y a occupée : J. Commaille, « La construction d'une sociologie spécialisée... », préc.

29. T. Parsons, « Law as an intellectual stepchild », *Social Inquiry* 1977, 47, 1158, repris dans H. M. Johnson (Ed.), *Social System and Legal Process*, Jossey Bass, 1978.

30. J. Commaille et P. Duran, « Pour une sociologie politique du droit. Présentation », *L'Année sociologique* 2009/1, vol. 59, p. 13.

31. J. Commaille, « La "French touch" de la recherche sur le droit », préc.

32. J. Commaille et P. Duran (dir.), « Pour une sociologie politique du droit », Dossier, *L'Année sociologique* 2009/1 et 2009/2, vol. 59.

politiques »<sup>33</sup>, paradoxalement, va favoriser, comme nous l'avons vu *supra* une évolution des formes de mobilisation de la connaissance sur le droit jusqu'à ce qu'une certaine pluridisciplinarité entre droit et sciences sociales puisse apparaître dans des travaux de plus en plus nombreux de juristes comme une évidence qui ne mérite même pas qu'on s'y attarde. De façon tout à fait parallèle à ce qu'on observe dans plusieurs pays étrangers, comme en Belgique<sup>34</sup> ou au Canada<sup>35</sup>, plusieurs recherches venues du monde juridique donnent à voir cette pluridisciplinarité comme de l'ordre de l'évidence et il est particulièrement réjouissant que cela concerne notamment des thèses de droit<sup>36</sup>.

Une telle évolution est certainement à mettre en rapport avec ce qui s'observe aux États-Unis où la pluridimensionnalité en termes de savoirs sollicités dans le domaine de la recherche sur le droit est fréquente sans qu'il soit nécessaire de fournir de longues justifications. Rien ne l'illustre mieux que le courant du « *new legal realism* »<sup>37</sup> basé sur un refus de l'auto-référentialité : « L'un des graves dangers de toute théorie du droit est l'auto-référentialité ; le risque est que la théorie cherchera simplement à prouver sa propre valeur évitant une approche véritablement impartiale qui conduirait à falsifier ses propres affirmations »<sup>38</sup>. En ce qui concerne le savoir sur le droit, de ce refus d'un repli sur soi disciplinaire découle

logiquement une prise en considération de l'environnement du droit : les contextes politiques, économiques, sociaux, les multiples facettes du social, de ce qui en est constitutif, de ses effervescences, indissociables de la production du droit, de ses usages, indissociables aussi des façons dont on va produire du savoir sur le droit, car la connaissance est toujours une connaissance *située* (« *situated knowledge* »)<sup>39</sup>. La rupture avec le droit comme « un système fermé » est consommée. Il revient désormais aux juristes de « combiner leur compréhension du droit avec leur compréhension du monde réel »<sup>40</sup>.

Il est à souligner ici que ce recours aux sciences sociales par le droit posé comme une évidence se joue très précisément dans un champ de forces qui est celui des institutions académiques américaines consacrées à la formation au droit. Chez « les juristes universitaires » et dans les « facultés de droit »<sup>41</sup> aux États-Unis, ce recours aux sciences sociales s'est effectivement constitué en référence à l'univers juridique et s'est inscrit depuis les années 2000 dans un mouvement d'entrée des sciences humaines et sociales (économie, science politique, histoire, philosophie, psychologie, sociologie, anthropologie...) dans les espaces de formation au droit. Le contexte est bien celui d'institutions d'enseignement supérieur qui « continuent à former les praticiens du droit tout en devenant des centres de recherche

33. J. Commaille et P. Duran, « Pour une sociologie politique du droit. Présentation », *préc.*, p. 11.

34. On retiendra ici, parmi d'autres exemples possibles, une superbe thèse soutenue à l'Université de Louvain : O. Struelens, *Le pari de la confiance. Les juges et les médiateurs face à l'enlèvement parental international*, th. dactyl. Faculté de droit, Université de Montréal, 22 janv. 2021.

35. On retiendra ici, parmi d'autres exemples possibles, une superbe thèse soutenue à l'Université de Montréal : E. Bernheim, *Les décisions d'hospitalisation et de soins psychiatriques sans le consentement des patients dans des contextes cliniques et judiciaires : une étude du pluralisme normatif appliqué*, th. dactyl. Faculté de droit, Université de Montréal, 5 mai 2011.

36. On retiendra ici, parmi d'autres exemples possibles, deux thèses soutenues à l'Université de Paris II Panthéon-Assas et qui ont fait l'objet d'un ouvrage : A.-M. Ho Dinh, *Les frontières de la science du droit : essai sur la dynamique juridique*, LGDJ-Lextenso, coll. « Bibl. dr. privé », 2018 ; D. Villegas, *L'ordre juridique mafieux. Étude à partir du cas de l'organisation criminelle colombienne des années 1980 à 1990*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2018. On pourra se référer également à : L. Malagon Penen, *Les mouvements sociaux, le droit et la justice constitutionnelle. L'exemple du mariage pour tous en France et en Colombie*, th. dactyl. de sociologie juridique, Paris II Panthéon-Assas, 19 juill. 2021 ; G. Navarro-Ugé, *L'idée de droit social de Georges Gurvitch : la société comme source du droit*, th. dactyl. de droit public, Paris I Panthéon-Sorbonne, 22 oct. 2021.

37. Y. Ganne, *L'ouverture du droit aux sciences sociales. Contribution à l'étude du droit savant américain contemporain*, th. dactyl. de droit public, Strasbourg, 5 juill. 2019 (thèse parue en ouvrage avec le même titre, à l'Institut francophone pour la justice et la démocratie, « Collection des thèses », 2021).

38. *Ibid.*, p. 119.

39. B. Garth et E. Mertz, « Introduction: New Legal Realism at Ten Years and Beyond », *UC Irvine Law Review* 2016, vol. 6, n° 2, *The New Legal Realism at Ten Years*, p. 125.

40. H. Erlanger and B. Garth, J. Larson, E. Mertz, V. Nourse et D. Wilkins, « Is It Time for a New Legal Realism ? », *Wisconsin Law Review* 2005, n° 2, p. 359.

41. Y. Ganne, *L'ouverture du droit aux sciences sociales...*, *op. cit.*, p. 376.

pluridisciplinaire »<sup>42</sup> dont il est observé une croissance de leur recrutement<sup>43</sup>. Ces centres sont animés par des juristes, mais ces derniers sont également titulaires de *PhD* en sciences sociales. Dans un tel contexte, les sciences sociales ne sont plus « le diable dans la maison », mais un attribut de statut contribuant à l'excellence et au prestige de la formation au droit et à la recherche en droit, consacrant l'idée que la quête du sens du droit, du point de vue de la pratique comme de la connaissance, est désormais indissociable de la prise en compte des façons de penser le social. L'importance de cette variable institutionnelle au niveau de l'enseignement comme de la recherche est un constat à méditer, en particulier pour de nouvelles façons de penser le droit en France. Celles-ci témoignent en effet, dans la période actuelle, de potentialités exceptionnelles, mais elles restent en attente d'une consécration par les institutions d'enseignement et de recherche concernées<sup>44</sup>.

### III. Un changement de contexte historique comme facteur de changement d'un régime de connaissance

Dans la présentation du numéro de *L'Année sociologique* précitée<sup>45</sup>, nous avançons l'hypothèse que la transformation du régime de connaissance sur le droit découlait du changement de « statut de l'État et d'une relativisation de l'État-nation, de l'extension des échanges transnationaux, ou encore des nouvelles stratégies de mouvements sociaux incluant le juridique et le judiciaire, passant du statut de *référence* à celui de *ressource*, dans leurs moyens d'action ».

En référence à l'idée de l'existence d'un « modèle dual de légalité »<sup>46</sup>, soit une légalité par le haut *versus* une légalité par le bas, le changement du statut de l'État nous paraît concourir, de façon plus générale, à celui d'un renforcement du rejet d'un monopole de la régulation des sociétés par le haut et d'un renforcement de l'aspiration à l'exercice d'une régulation par le bas, notamment en fonction de changements de conceptions que le citoyen se fait de son statut, aspirant, de façon générale, à n'être plus simplement « sujet de droit », mais *acteur* de la régulation sociale, juridique, politique de la société dans laquelle il évolue.

Ce que j'ai pu considérer comme un renforcement du poids du « Social », entendu ici comme ce qui vient de la société – de ses aspirations, de ses exigences, de ses effervescences – concourt fortement à considérer, comme cela a été déjà observé par les promoteurs du courant américain du « *legal consciousness* »<sup>47</sup>, qu'à la conception d'un « Droit » *sur* la société, d'une relation « droit et société » s'est substituée une relation de droit *dans* la société. Le « Social » devient *constitutif* du droit et réciproquement<sup>48</sup>.

Une telle évolution a des effets sur les objets de recherche des sciences sociales ayant à voir avec le droit. Il est ainsi significatif, pour nous en tenir à quelques exemples parmi beaucoup d'autres, que l'intérêt considérable porté aux travaux américains relevant du courant du « *legal consciousness* », c'est-à-dire aux justifications théoriques fondant le choix de concevoir la présence du droit dans les situations les plus ordinaires, s'est enrichi de références de plus en plus fréquentes aux travaux de l'anthropologue James C. Scott sur ce qu'il appelle « l'infrapoliti-

42. *Ibid.*, p. 315.

43. *Ibid.*, p. 337.

44. Voir, par exemple : J. Commaille, « La "French touch" de la recherche sur le droit », préc. Cet article est consacré à une analyse de cette exceptionnelle transformation de la recherche française du droit et sur le droit.

45. J. Commaille et P. Duran (dir.), « Pour une sociologie politique du droit... », préc., p. 13.

46. J. Commaille, *À quoi nous sert le droit ?*, Gallimard, coll. « Folio essais », 2015.

47. P. Ewick and S. Silbey, *The Commonplace of Law. Stories of Everyday Life*, University of Chicago Press, 1998. V. également sur ce courant : J. Commaille et S. Lacour (dir.), « *After Legal Consciousness Studies* : dialogues transatlantiques et transdisciplinaires », *Droit et Société* 2018, n° 100.

48. A. Hunt, *Exploration in Law and Society : Towards a Constitutive Theory of Law*, Routledge, 1993. On notera ici qu'une telle évolution ne semble pas seulement manifester ses effets sur le savoir sur le droit. Comme nous tentons de le montrer dans un ouvrage à paraître, ces bouleversements des régimes de savoir sur le droit sont concomitants de ceux qu'on observe dans les savoirs sur la société et dans ceux sur la nature... jusqu'à poser la question du rapport entre les transformations de ces régimes de savoir et les transformations du régime de régulation politique des sociétés. V. J. Commaille, *L'esprit politique des savoirs. Le droit, la société, la nature*, Éditions de la FMSH, à paraître (oct. 2023).



tique » pour s'opposer à une science politique qu'il considère comme en partie aveugle à cause de l'ignorance manifestée à l'égard des « gens sans pouvoir »<sup>49</sup>. Il en est de même pour les analyses de l'historien Edward P. Thompson quand il se distingue fermement d'une « vision réductrice » de la société, relevant pour lui « d'un marxisme schématique et ultra-déterministe »<sup>50</sup> et d'une conception critique qui fut celle des Lumières en vertu de laquelle au nom de « la droite raison », il convient de constituer « un savoir du social différent – voire contradictoire – de celui des acteurs »<sup>51</sup>.

Mais la recherche française dans ses développements les plus récents s'oriente de plus en plus fréquemment dans le choix de ses orientations de recherche sur des objets susceptibles de mettre en valeur la richesse des regards par le bas, que ce soit pour revenir sur la question des politiques publiques, non plus seulement pour ce qu'elles préconisent, mais pour ce que les citoyens en font<sup>52</sup>, ou sur le fonctionnement de l'institution judiciaire non plus dans ce qu'elle donne à voir d'elle-même, mais dans les façons dont les justiciables la perçoivent ou tentent de la manoeuvrer<sup>53</sup>. Dans le même esprit, loin du « Droit » mythifié comme « Raison » suprême, la recherche ethnographique va s'attacher à montrer comment des populations démunies « font du droit », se servent du droit pour réguler leur

vie personnelle et leur vie sociale<sup>54</sup>. Rien ne confirme mieux cette tendance que le projet en cours d'élaboration sur la place des citoyens dans le processus de fabrication de la loi, comme une des expressions d'une volonté de placer le citoyen, dans le cadre de formes de démocratie participative ou délibérative visant à faire face à ce que certains considèrent comme une crise de la démocratie représentative, non plus seulement comme acteur des politiques publiques, comme c'est le cas dans plusieurs expériences internationales<sup>55</sup> en la matière, mais bien aussi comme acteur de la production du droit<sup>56</sup>.

Quelle que soit la signification que porte l'expression « sociologie du droit », quel que soit ce qu'on met sous cet intitulé, ce qui semble bien être un enjeu : c'est un changement du régime de connaissance dans le domaine du savoir sur le droit confronté à un changement du régime de régulation sociale, juridique, politique des sociétés<sup>57</sup>. Un tel enjeu, son ampleur pose la question de ce que peuvent être et doivent être, respectivement, les recherches sur le droit issues de l'univers juridique et les recherches sur le droit issues de l'univers de sciences sociales. Il implique aussi certainement de rompre définitivement avec les disqualifications réciproques *a priori* et de rechercher les complémentarités en ne se détournant pas de ce que pourraient être, en la matière, les vertus d'une pluridisciplinarité.

49. J. C. Scott, *Zomia ou l'art de ne pas être gouverné*, Seuil, 2013 [trad. de *The Art of not being governed : An anarchist history of upland Southeast Asia*, Yale University Press, 2009].

50. E. P. Thompson, *La guerre des forêts. Lutttes sociales de l'Angleterre du XVIII<sup>e</sup> siècle*, La Découverte, coll. « Futurs antérieurs », 2014, p. 12 [trad. de *Whigs and Hunters. The Origin of the Black Act*, Allen Lane, 1975].

51. J. De Munck, « Les trois dimensions de la sociologie critique », *Sociologies* 6 juill. 2011, p. 5, <http://journals.openedition.org/sociologies/3576>.

52. A. Revillard, *Des droits vulnérables. Handicap, action publique et changement social*, Presses de Sciences Po, coll. « Domaine Gouvernances », 2020.

53. C. Vigour, B. Capellina, L. Dumoulin et V. Gautron, *La Justice en examen*, PUF, 2022.

54. E. Schijman, *À qui appartient le droit ? Ethnographier une économie de la pauvreté*, LGDJ-Lextenso, coll. « Droit et Société. Recherches et Travaux », 2019.

55. V. par exemple B. Reber, « Précautions et innovations démocratiques », *APD* 2020/1, t. 62, p. 399-425.

56. Programme international de recherche « Lexis » sur *La place des citoyens dans la fabrication de la loi*.

57. V. la thèse que je développe dans mon ouvrage *L'esprit politique des savoirs...*, op. cit.

# Perspectives

## Sociologie du droit

---

### La sociologie du droit et de la justice : quelle place en droit de la famille ? Regards d'une juriste

**Dominique Fenouillet**

Professeure de droit privé et sciences criminelles  
à l'Université Paris-Panthéon-Assas  
Directrice du Laboratoire de sociologie juridique

1. Le droit de la famille est un terrain privilégié pour analyser l'importance de la sociologie du droit et de la justice.

Cela tient d'abord au fait que la famille a toujours été un objet d'étude de première importance pour les sciences humaines et sociales. Montesquieu, Le Play, Marx et Engels, Durkheim, Parsons, Lévi-Strauss, Bourdieu, Freud, etc. : tous ont porté leur attention sur elle, pour montrer sa diversité, dégager le modèle de la famille-souche, relier les institutions à l'état de développement de ces deux facteurs de production que sont la famille et le travail, y voir la cellule sociale élémentaire, ou un ensemble de relations et d'interactions, analyser l'interdit de l'inceste comme le fondement du social, faire de la famille un instrument de reproduction des rapports de domination, étudier ce qui s'y joue sur le plan psychique, etc.

Cela tient sans doute aussi, d'une part aux spécificités du droit familial (fonction très politique du droit; rôle du fait; poids du pluralisme normatif; limites de la règle juridique, en termes

d'effectivité; etc.), et d'autre part à l'héritage du doyen Carbonnier. Orfèvre en droit familial et pionnier en sociologie du droit, il a livré des pages essentielles sur ce thème<sup>1</sup>, mais aussi usé de cet outil comme législateur – chacun sait d'ailleurs les critiques que la méthode a attirées et la réponse apportée : « l'enquête n'a pas légiféré ».

2. Le droit de la famille s'offre donc aussitôt à l'analyse lorsqu'il s'agit de déterminer l'état de la sociologie du droit et de la justice dans le monde juridique contemporain. Et c'est bien comme juriste et spécialiste de droit de la famille, que l'on parlera ici. Cette « branche du droit » donne-t-elle à voir un usage serein et utile de l'analyse sociologique ? Une réponse autre que positive semble inenvisageable pour le lecteur assidu du doyen Carbonnier : comment l'influence déterminante qu'a eue ce juriste savant pourrait-elle conduire à une conclusion négative ? Et pourtant, un rapide tour d'horizon nous semble surtout dévoiler les limites de cette science, plus pratiquée par les sociologues que par les juristes,

---

1. On songe évidemment à *L'Essai sur les lois* (Defrénois, 1995), exemplaire du pont jeté entre droit de la famille et sociologie du droit et de la justice, ou à *Flexible droit ? Pour une sociologie du droit sans rigueur* (10<sup>e</sup> édition, LGDJ, 2001), ou encore à *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République* (Flammarion, 1996).

qui la côtoient parfois de loin, souvent en petite quantité, et pas toujours en grande qualité.

**3.** Pareille conclusion pourra rassurer les sociologues du droit, seuls dépositaires d'un savoir précieux. Elle devrait attirer l'attention des juristes, qu'elle risque d'enfermer dans un droit dogmatique, une sorte de « raison écrite » renvoyant à une technique dépourvue d'âme et de prise sur le réel. Triste droit que celui-là ! Entre indifférence et sociologisme, une voie médiane mérite d'être empruntée, pour mieux comprendre le droit de la famille, mieux le pratiquer, mieux le critiquer, mieux le réformer. Élargir la réflexion au-delà de la technique juridique ne signifie évidemment pas abandonner cette technique comme cœur de notre savoir et de notre métier de juriste. Il faut faire plus et mieux, et non pas moins et plus mal.

**4.** L'analyse révèle ainsi, d'une part les remarquables potentialités attachées, en théorie, à l'analyse sociologique (I), et d'autre part les nombreuses faiblesses l'affectant, en pratique (II).

## I. Le bilan théorique : les potentialités de l'analyse sociologique

**5.** L'éclairage sociologique ouvre diverses perspectives (A) et remplit diverses fonctions (B).

### A. Les perspectives ouvertes

**6.** La sociologie du droit et de la justice éclaire tant la pratique (1) que la fabrique (2) du droit de la famille.

#### 1. La pratique du droit

**7.** Divers outils permettent de mesurer la réalisation pratique du droit de la famille. Les statistiques révèlent ainsi l'utilisation des institutions familiales : chiffres et répartition des couples (entre mariage, pacte civil de solidarité et concubinage), des divorces contentieux, des sources de filiation (titre 7 ou 8, modes d'établissement), etc. Les enquêtes de terrain, sondages, interviews, analyses de jurisprudence dessinent le vécu familial : fidélité des couples, exécution des aliments, articulation des mariages civils et religieux, effets des prestations compensatoires sur les niveaux de vie, modalités de l'autorité parentale après séparation, effectivité de la coparenta-

lité, etc. L'analyse des actes (contrats de mariage, pacs, arrangements entre concubins, conventions de divorce déjudiciarisé, pactes parentaux) livre des informations très utiles sur leur contenu et leurs suites : en associant à des données collectées par sondages, interviews et enquêtes de terrain, la sociologie peut indiquer les choix et leur contexte (causes et effets).

**8.** L'analyse des effets du droit se déploie d'ailleurs largement. Elle porte sur l'effectivité des normes de fond et des normes de sanction, qu'elle s'efforce de mesurer et d'analyser (causes et effets). Elle porte sur l'efficacité du droit : elle vérifie les effets attendus (les instruments juridiques de lutte contre les violences familiales permettent-ils de les prévenir et de protéger les victimes ?); elle recherche les effets incidents, qu'ils soient pervers ou positifs (l'analyse portera ainsi sur les conséquences d'un divorce, tant sur la scolarité des enfants – souvent éprouvée – que sur la relation de l'enfant avec tel parent – parfois entamée, parfois renforcée par la séparation). Cette analyse des effets du droit est très variée : elle porte sur les effets pratiques ou symboliques, à court ou long terme, individuels ou collectifs, positifs ou négatifs, des normes et institutions juridiques. Elle intervient *ex post*, pour apprécier les effets du droit positif, ou *ex ante*, pour anticiper les effets d'une réforme projetée. Mêlant les deux temporalités, l'expérimentation analyse les effets d'une norme positive circonscrite dans le temps ou/et dans l'espace, pour éclairer la suite (étendre ou supprimer ou modifier la norme).

**9.** La sociologie du droit et de la justice éclaire aussi le rôle des acteurs. Elle renseigne par exemple sur ce qui se passe au « tribunal des couples »<sup>2</sup>, sur les fonctions réellement assurées par les avocats et notaires dans le divorce déjudiciarisé, sur l'utilisation des outils contre la fraude par les officiers d'état civil et les procureurs de la République, sur le contrôle administratif exercé pour délivrer l'agrément nécessaire à l'adoption, etc. Elle dévoile aussi les interactions familiales : mécanismes à l'œuvre dans les violences, ou en procédure de divorce, ou entre membres d'une famille recomposée, ou à l'occasion de la naissance d'un enfant, etc.

2. Le Collectif Onze, *Au tribunal des couples. Enquête sur des affaires familiales*, O. Jacob, 2013.

## 2. La fabrique de la norme

**10.** La sociologie du droit et de la justice peut aussi éclairer la fabrique de la norme, en analysant la procédure normative et l'action de ceux qui participent à l'élaboration du droit. Elle peut donner à voir le rôle effectif de la société civile<sup>3</sup> et des groupes de pression (religieux, politiques, professionnels, etc.)<sup>4</sup>, dévoiler la part respective des pouvoirs publics, mettre en lumière les phénomènes qui se jouent derrière le « dialogue » des juges<sup>5</sup>, révéler l'influence exercée par telle personnalité (au Parlement, à la Cour de cassation, etc.), etc. Elle peut aussi révéler l'instrumentalisation du droit par le politique<sup>6</sup>, ou donner à voir une législation « à petits pas », en identifier les causes et les effets. Cette approche, généralement adoptée *a posteriori*, n'est pas exclusive d'une analyse *a priori*, destinée à éclairer les acteurs (pouvoirs publics, groupes de pression, etc.) sur la procédure à suivre pour faciliter l'adoption d'une norme, ou assurer sa réception par le corps social.

**11.** La sociologie du droit et de la justice peut également éclairer la fabrique de la norme en analysant le « besoin de droit » suscitant la réforme. Elle peut d'abord l'identifier : s'agit-il de résoudre un fossé axiologique entre ordre juridique et ordre social, de légitimer ou délégitimer une pratique, ou de répondre aux besoins concrets de tel groupe social ? Elle peut aussi rechercher les causes de ce besoin de droit : évolution (technique, économique, axiologique, etc.) du contexte social, ou ineffectivité ou effets pervers des normes juridiques ? Elle permet également de comparer les effets sociaux attachés aux différentes réformes possibles, éclairant ainsi

le choix du politique<sup>7</sup>. Là encore, l'analyse peut intervenir *a priori*, pour éclairer les pouvoirs publics sur les aspirations du corps social et les effets des solutions possibles, ou *a posteriori*, pour comprendre et apprécier telle ou telle réforme réalisée.

### B. Les fonctions assumées

**12.** L'éclairage sociologique est précieux scientifiquement (1) et pratiquement (2).

#### 1. Fonction scientifique

**13.** Comme toutes les « branches de la sociologie », la sociologie du droit et de la justice de la famille est riche de sens pour la sociologie, car elle est un excellent révélateur du social. Mais elle est également très utile au juriste, car elle incarne les normes et institutions, transformant le droit en un droit vivant, en prise avec le social. Or le juriste sait toute l'importance de la fonction sociale du droit : « Le droit est fait pour les hommes et non les hommes pour le droit ».

La sociologie donne ainsi chair au pluralisme contemporain. En informant sur la distribution des institutions, elle concrétise la pluralité des types familiaux (pluralisme juridique), et peut ainsi donner à voir l'obsolescence d'une institution ou montrer que son utilisation sociale diffère de la finalité poursuivie en législation<sup>8</sup>. En dévoilant la part respective du droit et des autres normes, elle renseigne aussi sur le pluralisme normatif, ses forces et ses dangers, et cet éclairage est très précieux en matière familiale, où droit, religion, morale et culture s'entremêlent<sup>9</sup>.

La sociologie du droit et de la justice renseigne aussi sur les effets sociaux du juridique : le respect des devoirs de famille dans l'ordre social ;

3. Les solutions familiales retenues en cas de réforme bioéthique (AMP, fin de vie, etc.) méritent d'être replacées dans cette perspective normative : étude des États généraux, analyse de la Convention citoyenne, etc.

4. Qu'illustrent de nombreux exemples : vote du pacs en 1999, fin de non-recevoir à la recherche de maternité attachée à un accouchement sous X. en 1993, pouvoirs donnés aux notaires et avocats en matière familiale, etc.

5. La gestation pour autrui est un cas topique.

6. Sur la pénalisation du certificat de virginité, v. *infra*, n° 14.

7. L'ouverture du mariage aux couples de même sexe par la loi du 17 mai 2013 a procédé des effets juridiques mais aussi sociaux attachés à cette solution : accès à la filiation adoptive, bénéfice de la vocation successorale, reconnaissance symbolique des couples de même sexe, etc.

8. Ce qu'illustre bien le pacs : les études révèlent que le pacs est surtout conclu par des couples hétérosexuels, souvent comme un « mariage à l'essai », ce qui interroge le vide de parenté sur lequel il ouvre. La présomption de paternité ne pourrait-elle être étendue au pacs conclu entre personnes de sexes différents : il ouvre sur une communauté de vie et le domaine de la présomption dans le mariage atteste qu'elle procède surtout du *plerum que fit* (extension au profit de l'enfant conçu avant le mariage et né en mariage, restriction à l'égard de l'enfant conçu en mariage mais en période de séparation) ?

9. La sociologie pourrait éclairer la pratique des certificats de virginité à fin matrimoniale (nombre de demandes et de délivrances, contexte) et dévoiler les ressorts de la création d'une incrimination (fonction symbolique ou pratique, utilisation judicieuse de l'arme pénale ou stigmatisation et populisme).

le jeu réel des sanctions. En révélant les causes des faits sociaux appréhendés par le droit, elle permet de comprendre l'effectivité limitée de la norme juridique<sup>10</sup> et de critiquer, le cas échéant, les réformes réalisées.

La sociologie participe à la compréhension des questions juridiques, en donnant à voir représentations et aspirations sociales. L'analyse du sentiment de justice et l'apport de la psychologie sociale peuvent éclairer la question du fondement de la filiation<sup>11</sup>, ou de l'avenir du devoir de communauté de vie<sup>12</sup>.

**14.** La sociologie du droit et de la justice donne ainsi au juriste des clefs importantes de compréhension et alimente son approche critique.

La compréhension d'abord. En portant le focus sur la famille, ses mutations, sa composition, ses fonctions<sup>13</sup>, la sociologie éclaire les évolutions passées ou à venir. L'appréhension de la norme, de sa genèse et de ses effets permet aussi d'enrichir la connaissance technique du droit, voire de résoudre des problèmes d'interprétation<sup>14</sup>.

La critique ensuite. Cette fonction épistémologique permet au juriste d'exercer sa fonction critique sur la technique juridique, et au-delà de cette technique. Elle fait apparaître les conséquences préjudiciables, ou les avantages potentiels, de la distance qui sépare le droit et l'ordre social<sup>15</sup>. En révélant les causes et les effets du processus normatif, elle permet de l'apprécier<sup>16</sup>. La question des recompositions familiales est un bon exemple de l'apport de la sociologie à l'appareil critique, tant à l'égard du droit positif<sup>17</sup> qu'à l'égard du droit prospectif<sup>18</sup>.

## 2. Fonction pratique

**20. L'élaboration de la norme.** La sociologie du droit et de la justice est en premier lieu un auxiliaire précieux dans l'élaboration de la norme juridique.

L'importance de la sociologie législative est bien connue. Les lois Carbonnier ont assez remarquablement illustré à quel point la sociologie du droit et de la justice pouvait accompagner les réformes : enquêtes d'opinion, sondages, statistiques ont permis d'informer les pouvoirs

10. Le dévoilement des ressorts (individuels, familiaux, institutionnels, sociaux) des violences familiales éclaire le succès limité des instruments juridiques institués.

11. La liberté / la responsabilité, l'engendrement / l'engagement, l'intérêt de l'enfant / le désir d'un adulte ?

12. Une obligation se conçoit-elle dans une société qui donne toute sa place au consentement à l'acte sexuel, relâche le lien entre couple et procréation et fait se replier l'union des personnes au profit de l'émancipation de chacun ?

13. Disparition et résistance de la famille patriarcale ; passage de la famille groupe à la famille lien et persistance voire résurgence de la première ; triomphe et effacement de la famille nucléaire, à l'heure des familles recomposées ; apparition et développement des familles homoparentales et monoparentales ; construction de l'identité de chacun, socialisation de l'enfant, lutte contre la précarité, mais aussi reproduction des inégalités et facteur de violences ; etc.

14. Les conditions politiques d'élaboration du pacte ont conduit à une législation lacunaire et à la décision constructive du Conseil constitutionnel. La reconnaissance conjointe anticipée de l'enfant issu d'un couple de femmes créée par la loi du 2 août 2021 trouve son explication dans les conditions d'adoption de la norme. La première version de la loi retenait la déclaration anticipée, proposée par le rapport Irène Théry et revisitée par le Conseil d'État (la réforme la réservait aux couples de femmes pour que la filiation ne change pas pour les couples hétérosexuels). La critique de cette déclaration anticipée, qui creusait la distance entre cet enfant et les autres, a conduit à utiliser le mot « reconnaissance » – qui évoque le droit commun de la filiation –, tout en retenant un régime exorbitant (pour ne pas faire entrer trop frontalement l'homoparenté dans le titre VII).

15. Les facteurs de violences familiales donnent à voir les limites du devoir civil de respect au sein de la famille.

16. Dévoiler causes et effets de la « législation à petits pas » permet d'apprécier le processus : acclimatation douce à l'évolution des valeurs et à l'idée que la législation est un processus continu ; pacification d'une grande réforme obtenue par petits pas, grâce à des consensus successifs évitant la guerre civile qu'une loi unique pouvait créer ; impossibilité d'intérioriser la norme et discrédit jeté sur le juridique par ce mouvement ininterrompu ; etc.

17. Les chiffres de l'adoption simple dont les pouvoirs publics disposaient avant la loi de 2022 donnent à penser que la réforme de l'adoption était notamment destinée à permettre au beau-parent de transmettre une partie de sa succession au bel-enfant devenu adulte, sans le consentement des parents de ce bel-enfant et en permettant à ce dernier de ne pas changer de nom. Donc en utilisant l'adoption comme une affiliation purement successorale en pratique, voire comme la consécration symbolique *via* l'état civil d'une réalité affective, et ce dans un contexte généré, puisque ladite adoption procède bien souvent d'un beau-père plus âgé que la mère de l'enfant. Une telle configuration familiale ouvre-t-elle sur une dévolution successorale équitable entre les enfants de la famille recomposée, ou conduit-elle à privilégier les enfants des belles-mères au détriment des enfants des beaux-pères ?

18. Avant de renforcer le rôle du beau-parent à l'égard de l'enfant mineur, ne faut-il pas vérifier que les difficultés pratiques invoquées sont réelles et que ce renforcement ne produira pas de conséquences symboliques et pratiques préjudiciables dans la relation de l'enfant avec le parent tiers ? Si la délégation-partage peut être décidée sans son consentement et qu'il a seulement le pouvoir de saisir le juge s'il estime que la solution est contraire à l'intérêt de l'enfant, que devient la coparentalité ?

publics quant aux pratiques, croyances et attentes de la population en matière de divorce, de régime matrimonial, de succession<sup>19</sup>, leur donnant ainsi les clefs d'une réforme éclairée.

Cette fonction d'auxiliaire dans l'élaboration de la norme, la sociologie du droit et de la justice peut également la remplir à l'égard de la jurisprudence. L'éclairage sociologique est tout particulièrement utile lorsque la Cour de cassation est saisie d'un contentieux récurrent ou emblématique (gestation pour autrui, parenté transgenre, devoir de vie commune, etc.) : le poids des arguments techniques ne saurait occulter l'importance des arguments axiologiques et pratiques, car une solution contraire aux valeurs sociales et besoins concrets risque d'être méconnue. Le recours à une expertise sociologique, suggérée par le doyen en son temps, serait très utile : en identifiant les causes sociales de la question de droit et les conséquences des solutions envisageables, elle pourrait éclairer le juge sur la solution préférable. L'importance des considérations non techniques est d'ailleurs parfois telle que le juge se met en retrait, comme l'attestent la notion européenne de « consensus », le pouvoir d'appréciation que le Conseil Constitutionnel laisse au législateur, ou encore la motivation retenue par la Cour de cassation pour botter en touche<sup>20</sup>.

**21. L'application de la norme.** La sociologie du droit et de la justice est en second lieu très utile à l'application de la norme.

C'est vrai avant tout pour le juge chargé de statuer dans le cas particulier, car la solution particulière suppose parfois de comparer la situation du plaideur à la « normalité sociale ». Le cas des standards, qui délèguent au juge le pouvoir d'identifier ce qu'est, par exemple, l'intérêt de l'enfant, est topique du renvoi à une approche originale, mêlant sociologie et axiologie. Il en va de même du contrôle de conventionnalité, tant ces mêmes considérations comptent lorsqu'il

s'agit de vérifier la légitimité de la finalité poursuivie par le droit, ou la proportionnalité existant *in concreto* entre l'atteinte portée au droit fondamental et les effets de la norme attaquée<sup>21</sup>.

Ce rôle d'auxiliaire dans la mise en œuvre du droit ne concerne d'ailleurs pas seulement le juge : il existe pour tout juriste participant à la réalisation du droit. Isolée de son contexte social, l'application individuelle de la norme court le risque de s'appuyer sur une interprétation inexacte ou qui escamote tel effet pervers. Pour saisir le procureur de la République au motif que le prénom donné à l'enfant lui semble contraire à son intérêt, l'officier d'état civil devra ainsi s'interroger notamment sur la réception sociale d'un tel prénom. Qu'il s'agisse d'interpréter la norme, de conseiller les familles dans le choix des institutions, le praticien ne peut être indifférent à la genèse de la norme et à ses effets dans l'ordre social<sup>22</sup>. Certes, le conseil de l'avocat ou du notaire doit être dispensé au regard de la situation du client. Mais une bonne connaissance de la réalité sociale permet d'anticiper des difficultés juridiques car ce qui se passe habituellement dans l'ordre social illustre souvent ce qui advient dans l'ordre individuel.

## II. Le bilan pratique : les faiblesses de l'éclairage sociologique

**22.** L'éclairage sociologique n'a pas toujours sa juste place (A), non sans rapport avec les difficultés qu'éprouve le juriste à maîtriser les clefs sociologiques (B).

### A. La juste place de l'éclairage sociologique

**23. L'ignorance sociologique.** L'usage de la sociologie reste limité chez les juristes. La juridicisation de la société l'explique en partie : la surabondance des normes complique l'activité scientifique en imposant un effort considérable pour les connaître, les interpréter, les articuler, si bien

19. La réforme du droit des successions intervenue avec la loi du 23 juin 2006 doit beaucoup aux analyses du doyen.

20. V. les formules des décisions rendues à propos du mariage homosexuel, du sexe neutre, de la parenté transgenre : « selon la loi française » ; « la loi française ne permet pas... » ; « en l'état du droit positif ».

21. Sur quoi, v. J. de Dinechin, *L'intérêt général comme limite aux droits fondamentaux, Étude de la mise en œuvre judiciaire*, th. en cours, Paris-Panthéon-Assas.

22. L'avocat doit attirer l'attention du client qui veut prendre le nom du parent qui ne lui a pas donné le sien sur le préjudice que cette démarche peut causer au parent « congédié ». Il doit éclairer les membres de la famille d'un majeur à protéger sur les avantages et les effets d'une habilitation familiale : limites du contrôle judiciaire, risque de conflits selon le contexte familial, problèmes éventuels de compétences au regard du patrimoine, etc.

que le temps disponible pour chercher des éléments de réflexion et de pratique en dehors de la technique juridique est compté. C'est particulièrement vrai pour le droit de la famille, soumis à une réforme incessante. La réticence à l'égard de la sociologie trouve aussi sa source dans l'attachement à la dogmatique juridique<sup>23</sup> et l'adhésion au positivisme normativiste<sup>24</sup>. Tout cela en lien étroit avec l'organisation académique, le rattachement de la sociologie du droit et de la justice à la sociologie et une formation universitaire juridique qui porte sur les droits matériels et la technique juridique, mais aussi la course à la publication, les modalités d'évaluation par les pairs, les procédures de recrutement.

**24. La neutralité sociologique.** Les défauts potentiels de la sociologie n'y sont pas étrangers non plus.

Le caractère « politique » de certains usages de la sociologie suscite la méfiance du juriste, qui pratique (ou veut pratiquer, ou croit pratiquer) la neutralité axiologique : utiliser les conclusions de l'étude sociologique à des fins d'utilité sociale est une chose – le juriste aussi participe à la lutte pour le droit<sup>25</sup> – ; c'en est une autre de politiser les méthodes et la démonstration. Or la sociologie du droit et de la justice s'appuie sur des théories souvent « engagées » : les sociologues eux-mêmes ont ainsi reproché à certains courants de

réduire le droit à n'être qu'un outil de domination, quand il peut aussi être l'arme de la libération.

À cela s'ajoute le normativisme sociologique, qui conduit à l'alignement du droit sur la réalité sociale<sup>26</sup>. Très présent en matière familiale, il conduit à déduire de la fréquence (ou même de l'existence) de formes familiales factuelles leur nécessaire consécration juridique<sup>27</sup>. Ou à prôner l'unification juridique de liens familiaux différents, à partir de leurs caractéristiques factuelles communes, en escamotant les différences qui persistent et sont pourtant signifiantes en termes de valeur<sup>28</sup>. Ou à invoquer l'égalité pour déduire de l'existence factuelle d'une situation « mauvaise », la possibilité d'en consacrer juridiquement une autre, susceptible de produire les mêmes effets problématiques<sup>29</sup>. Ou encore à s'appuyer sur les effets produits par le droit pour en déduire ce que devrait être le droit : ainsi de ce vice du raisonnement consistant à déduire de l'ineffectivité d'une règle son nécessaire abandon – ce que le doyen Carbonnier appelait « l'effectivisme ». Chacun songe ici à la gestation pour autrui<sup>30</sup>. Non sans rapport, sans doute peut-on aussi évoquer ici le conséquentialisme, qui évalue la règle à partir de ses effets, en faisant l'impasse sur sa valeur déontique intrinsèque<sup>31</sup>.

23. Seul objet de la discipline juridique à en croire certains. Cette approche réductrice du savoir juridique pèse notamment sur les doctorants, dissuadés de choisir des sujets de droit de la famille (les enjeux politiques de la matière escamoteraient sa technicité aux dires de certains) et *a fortiori* si l'analyse technique doit s'accompagner d'un éclairage sociologique.

24. La mise à l'écart de la philosophie et de la sociologie par Kelsen a beaucoup œuvré contre la sociologie.

25. R. von Ihering, *La lutte pour le droit*, présentation O. Jouanjan, Dalloz, 2006.

26. Non sans lien, peut-être, avec l'affirmation selon laquelle la sociologie ne doit pas être normative : ne pas juger les faits observés conduit le sociologue à refuser la sélection des familles. La transposition au droit pose évidemment problème.

27. Les recompositions familiales illustrent le phénomène. Inversement, la faible utilisation d'une institution conduira à prôner sa suppression (ex. : la séparation de corps).

28. Ainsi du courant favorable à la création d'un droit du couple, qui met le focus sur la vie commune, oubliant que mariage et pacs sont des engagements, quand le concubinage est vide d'engagement.

29. Par exemple, parce que les parents légaux ne plient pas toujours à l'intérêt de l'enfant, on prétend qu'il ne faut pas s'interroger sur l'aptitude d'autres personnes à veiller à cet intérêt avant de leur donner accès à la parenté.

30. La transcription en France de la filiation, établie à l'étranger, de l'enfant issu d'une gestation pratiquée à l'étranger conduit à présenter l'interdit comme ineffectif – sans prendre le temps de mesurer ladite ineffectivité, notamment en s'intéressant à son effet dissuasif sur la pratique, en France, d'une GPA –, et à en déduire la nécessité d'admettre la validité du processus, tout en l'encadrant – sans vérifier que cette admission n'aurait pas d'éventuels effets pervers, sur la liberté des femmes, la réification de l'enfant, etc., ni s'interroger sur l'ineffectivité probable de l'encadrement promu – d'où la fuite en avant vraisemblablement attachée à une telle solution.

31. Par exemple, pour remédier à la précarité patrimoniale qui résulte pour une femme de la dissolution du couple de son vivant, ou du décès de son partenaire ou concubin au moment de la retraite, il faudrait étendre à tous les couples prestation compensatoire et pension de réversion. L'effet économique positif de cette extension ne suffit pas à la justifier : il faut chercher si l'inégalité de revenus fréquente au sein du couple, généralement au détriment de la femme, procède de la charge du foyer résultant de la vie familiale (du désinvestissement professionnel induit et de la perte de revenus consécutive), mais aussi tenir compte du contenu (matériel et temporel) des engagements pris, etc.

**25. La juste mesure sociologique.** L'indifférence sociologique entame la connaissance du droit, sa fabrique, sa pratique : elle peut conduire à escamoter des questions pratiques importantes ou à adopter des règles trop éloignées des pratiques et aspirations du corps social pour être respectées, suscitant injustice et désordre, ce qui affecte le crédit du droit. Le militantisme politique et le normativisme sociologique privent quant à eux la perspective sociologique de sa pertinence, en retirant à l'analyse son objectivité ou en niant l'essence du droit – le devoir être et non l'être. La famille est un ensemble d'individus, unis par des liens relevant de divers ordres (couple, parenté, alliance) et produisant des effets personnels et patrimoniaux variés et importants. Le droit opère une sélection technique des liens (réception, promotion et exclusion de telle et telle réalité), ce à partir de considérations sociologiques et axiologiques. Qu'il construise le lien de famille sur l'affection, la vie commune, l'engagement, la procréation ou tel autre fait, le droit appréhende cette réalité pour instituer les personnes et distribuer les fonctions, en nommant les statuts et en normant les comportements, ce à des fins de Justice. Ce serait nier cette finalité essentielle – la Justice – que d'abandonner sa fonction normative, pour se contenter d'enregistrer le vécu ou se rallier à l'utilitarisme familial. Ici comme ailleurs, le droit vise à instituer la liberté, l'égalité, la solidarité, etc. ; gouverner par les faits sociaux y est aussi peu convaincant que gouverner par les nombres<sup>32</sup>.

### **B. La possible maîtrise des clefs sociologiques**

**26.** Les difficultés du juriste qui s'aventure sur les terres de la sociologie (1) peuvent trouver des réponses (2).

#### **1. Le recours périlleux à la sociologie du droit et de la justice**

**27. La connaissance des faits sociaux.** Souvent démuné pour identifier lui-même les faits

sociaux, faute de maîtrise des outils sociologiques, le juriste doit se fier à d'autres. Et les informations collectées par les différents acteurs intervenant ne sont pas toujours suffisantes. Des données statistiques sont bien délivrées par plusieurs institutions<sup>33</sup>, mais la diversité de leurs sources et objets, et leur défaut de correspondance avec les catégories juridiques, compliquent leur utilisation par le juriste. Les statistiques manquent en outre sur de nombreuses questions : la divortialité est mal connue depuis la déjudiciarisation, les statistiques judiciaires n'ayant plus de fonction informative générale ; les chiffres du concubinage ou des recompositions familiales sont imprécis et prêtent à confusion. Les sondages peuvent éclairer telle réalité, mais leur objet est limité et la photographie qu'ils offrent ne permet souvent pas de connaître l'évolution sociale. Les enquêtes d'opinion ou de terrain ne sont pas organisées de façon systématique et n'ont souvent qu'un objet limité. La collecte d'informations s'avère d'autant plus délicate en matière familiale qu'elle porte sur des faits parfois dépourvus de toute matérialité, ou renvoyant à des questions intimes, voire correspondant à des pratiques considérées comme immorales ou même illicites.

#### **28. La fiabilité de l'éclairage sociologique.**

L'éclairage sociologique n'est pas toujours fiable. Bien connue pour les sondages (panel non représentatif, questions tendancieuses, etc.), ce défaut peut affecter d'autres méthodes sociologiques. La difficulté de connaître les faits sociaux de façon à la fois précise et générale conduit ainsi souvent à s'en tenir à telle approche particulière, ce qui empêche de saisir la question dans sa complexité. Ici une « loi historique » est invoquée<sup>34</sup> ; là, c'est l'importance numérique de tel type de famille, ou les difficultés pratiques qu'elle rencontre, ou son besoin de légitimation symbolique<sup>35</sup> ; plus loin, c'est l'ancrage de la dépendance des femmes qui fonde la critique d'une institution<sup>36</sup>. L'analyse sociologique procède aussi

32. Sur quoi, v. A. Supiot, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Fayard. Adde A. Desrosières, *Gouverner par les nombres, L'argument statistique*, Presse des mines, 2013.

33. L'INED, l'INSEE, la Cour des comptes, l'IGAS, France stratégie, etc.

34. « Loi » invoquée pour l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe. Alors que le temps long de l'histoire donne plutôt à voir que le mariage a toujours été conçu comme l'union d'un homme et d'une femme.

35. S'agissant, par exemple, des familles recomposées.

36. Ainsi de la prestation compensatoire, qu'on peut pourtant aussi analyser comme assurant le rééquilibrage patrimonial entre des époux ayant fait le choix, libre, de ne pas assumer identiquement les charges familiales.



parfois par extrapolation à partir de groupes sociaux très éloignés de notre société ou d'époques très différentes de la nôtre, ce qui entache la valeur exemplaire du fait considéré<sup>37</sup>. Il faut encore citer l'effet de loupe attaché à des analyses portant systématiquement le focal sur certains faits, ou, inversement, l'effet d'occultation d'analyses qui invisibilisent d'autres faits<sup>38</sup>, ce pour des raisons diverses<sup>39</sup>. Et se méfier aussi des biais d'interprétation. Chacun porte ainsi en lui une expérience familiale, voire des expériences familiales, issues de ce qu'il a vécu dans sa famille d'origine, dans celle(s) qu'il a constituée(s) et dans celles auxquelles il est allié. La mise à distance, règle d'or de la méthode sociologique, est bien difficile à pratiquer dans ce contexte. Il n'est pas rare en outre, on l'a vu, que les analyses sociologiques soient « engagées » dans leurs conclusions ou leur déroulement<sup>40</sup>, à mille lieues de la neutralité souvent présentée comme grammaire fondamentale de la sociologie. Ainsi lorsque seuls les faits sociaux susceptibles de soutenir telle interprétation sont recherchés et utilisés : une sorte de collecte des faits inversée, à la façon du syllogisme inversé des juristes, qui part de la solution voulue pour remonter aux arguments, de droit et de fait, susceptibles de la fonder<sup>41</sup> ; à ceci près que le risque est très présent en sociologie au regard de la méthode scientifique consistant à poser une hypothèse et à la vérifier en analysant les faits

sociaux. Plus radicalement, l'analyse sociologique peut être instrumentalisée, à la façon des études d'impact, plus destinées à convaincre du bien-fondé d'un projet de loi qu'à éclairer le Parlement<sup>42</sup>.

**29.** Au-delà, l'ignorance du juriste s'agissant des méthodes de recherche sociologique peut conduire à des appréciations factuelles dépourvues de toute valeur scientifique : confusion entre corrélation et causalité ; identification de tel fait social comme constituant la cause ou l'effet de tel phénomène social, alors que ledit fait en cache un autre ; recours à « l'intuitionnisme », ce mélange d'idées reçues, de connaissances limitées et d'expériences personnelles, qui porte à tenir pour vrai ce que l'on pense soi-même et/ou ce que l'on a constaté à son échelle personnelle et/ou ce qui est porté par la commune renommée – intuitionnisme pratiqué par les juristes qui présentent la fidélité conjugale comme un devoir juridique évidemment obsolète, sans aucune justification scientifique.

**30.** Le juriste court ainsi plusieurs risques à s'aventurer sur le terrain sociologique, soit qu'il peine à trouver les données nécessaires, soit qu'il s'appuie sur des analyses insuffisamment rigoureuses, soit qu'il pratique cette analyse sans la maîtriser, soit qu'il l'instrumentalise purement et simplement. Faut-il alors renoncer à l'éclairage sociologique ?

- 
37. Des systèmes de parenté très différents du nôtre ont ainsi été invoqués pour justifier une réforme radicale de notre propre institution de la filiation. Il n'est pas rare, ainsi, de citer Israël au titre des pays acceptant la gestation pour autrui. Ce faisant, on oublie le contexte religieux : l'importance de la procréation féminine, puisque c'est la femme qui transmet la religion juive à l'enfant ; l'importance de la natalité pour le peuple élu.
38. Par exemple, défendre la procréation pour autrui avec l'exemple biblique d'Agar, la servante de Sarah, elle-même femme d'Abraham. Pour remédier à la stérilité de Sarah, Agar donne à Abraham un fils, Ismaël. On omet la suite : après que Sarah a réussi à avoir un enfant, elle demande à son époux de chasser Agar et son fils Ismaël. Agar et Ismaël errent dans le désert, et il faut l'intervention de Dieu pour sauver l'enfant.
39. Une enquête liant divorce et échec scolaire des enfants a ainsi suscité la critique, au motif qu'elle culpabilisait les parents. Plus convaincante aurait été la contre-enquête montrant que d'autres phénomènes produisent le même effet. L'héritage est aujourd'hui beaucoup analysé du côté des héritiers, à l'aune du principe d'égalité (hier égalité dans l'ordre des naissances, aujourd'hui égalité de classe et de genre) ou pour dévoiler les ressorts cachés de l'appétit successoral. Étudier la fonction que l'héritage joue du côté du *de cuius* permettrait de rééquilibrer le point de vue : transmission symbolique, facteur de travail et d'épargne, lien avec la propriété, etc.
40. Engagement que la sémantique utilisée révèle parfois. V. ainsi le titre péjoratif donné à l'enquête sociologique sur le traitement judiciaire du divorce citée ci-dessus et mise en avant pour la déjudiciarisation : Le Collectif Onze, *Au tribunal des couples. Enquête sur des affaires familiales*, op. cit.
41. Sur quoi, v. H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Sirey, 1948, préf. P. Roubier, réimp. Dalloz, 1991.
42. Par exemple, l'étude d'impact de l'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe, appuyée sur un sondage réalisé par le magazine *Têtu* et omettant d'envisager les conséquences de la réforme sur le poids des retraites (extension de la pension de réversion).

## 2. Le recours facilité à la sociologie du droit et de la justice

**31.** L'accès aux informations sociologiques ne pourrait-il d'abord être amélioré ?

L'*open data* des décisions de justice est une formidable opportunité : les juristes devraient collaborer avec des informaticiens pour transformer ce fonds extraordinaire d'informations potentielles en source effective de données sociologiques. Plus généralement, ils pourraient œuvrer à des statistiques améliorées, permettant de saisir non seulement les liens institués et leur dissolution<sup>43</sup>, mais aussi les liens factuels (concubinage, famille recomposée, etc.) et les conséquences juridiques (détermination du nom, etc.) et factuelles (fidélité, protection de l'enfant, etc.) des liens familiaux. Il faut s'appuyer sur la numérisation contemporaine. Puisque la privatisation prive de statistiques officielles en soustrayant au juge les questions familiales et/ou en les renvoyant à des contrats, il faut imaginer des mécanismes de collecte, conservation et accès aux informations autres que ceux relatifs aux données contentieuses : on pourrait ainsi mobiliser l'état civil, les notaires, avocats, Caisses d'allocations familiales, etc.

Les documents préparant le travail législatif, réglementaire ou juridictionnel pourraient être renforcés dans leur partie sociologique et mis en accès libre : généralisation des études d'impact et développement de leurs analyses sociologiques ; publication des documents préparatoires, rapports, communiqués de l'institution judiciaire ; etc. L'expertise sociologique envisagée hier par le doyen Carbonnier devrait être généralisée *via* la figure de l'*amicus curiae*.

Cette mission de collecte et de traitement des données pourrait être confiée à des institutions

plus ou moins spécialisées, telles un Observatoire des violences familiales, un autre des solidarités familiales, etc. Ou à des institutions existantes, telles que le Haut Conseil de la famille, de l'enfance et de l'âge<sup>44</sup> : il pourrait être chargé d'améliorer le fonds de données disponibles, de faciliter l'accès aux données collectées par d'autres organismes, etc.

**32.** Il faudrait aussi donner au juriste une maîtrise minimale des clefs sociologiques, en intégrant à sa formation de base<sup>45</sup> un cours donnant un véritable aperçu des grands courants de pensée<sup>46</sup> et familiarisant avec les méthodes. Il serait ainsi mieux armé pour trouver les données utiles et juger la fiabilité des méthodes employées<sup>47</sup>, voire se lancer lui-même dans la collecte et le traitement des données sociologiques. Une formation interdisciplinaire pourrait également être créée au niveau de la licence, associant à égalité juristes et sociologues, à la façon des licences double cursus que l'on trouve dans de nombreux établissements<sup>48</sup>.

**33.** Au-delà, il n'est pas interdit de rêver à la création d'un Institut des sciences du droit en matière familiale<sup>49</sup>, doté de moyens réels, et associant juristes, historiens, comparatistes et sociologues sur des sujets communs, correspondant à de grands thèmes (filiation, mariage, succession, conventions, etc.) ou à des questions ponctuelles. Composé d'universitaires de champs disciplinaires différents, il pourrait faire vivre l'héritage du doyen Carbonnier, et donner aux recherches sur la « famille » l'ampleur et la profondeur qu'un tel objet d'études appelle, eu égard à son importance, dans l'ordre privé comme dans l'ordre politique.

43. L'informatisation de l'état civil permet aisément de connaître le nombre de mariages, pacs, etc.

44. V. CASF, art. D. 141-1 et s. ; *adde* décret n° 2016-1441 du 25 octobre 2016 relatif à la composition et au fonctionnement du Haut Conseil de la famille, de l'enfance et de l'âge. Les trois vice-présidences sont actuellement confiées à une économiste, une psychologue et un membre de l'IGAS.

45. Dans notre université, un cours semestriel optionnel est ouvert actuellement dans le Master 1 Justice, Procès, Procédures, qui permet en outre d'accéder à un Master 2 Sociologie du droit et de la justice.

46. Leur permettant de comprendre les présupposés de leurs lectures.

47. Apprécier l'échantillonnage d'un sondage, la neutralité des questions posées, les modalités de réalisation de l'enquête de terrain, l'élaboration des statistiques, l'interprétation proposée des faits, etc.

48. Par exemple droit-économie et gestion, droit-science, ou droit-histoire, ou droit-histoire de l'art, droit et études interculturelles, droits français et de *common law*, etc.

49. Une sorte d'Institut de juristique ? Sur la pensée de Henri Lévy-Bruhl, v. E. Chevreau, F. Audren et R. Verdier (dir.), *H. Lévy-Bruhl : Juriste sociologue*, Mare Martin, 2018.

# Perspectives

## Sociologie du droit

---

### Libres propos sur la sociologie juridique appliquée au droit des contrats

**Thomas Genicon**

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Il est bien des façons de réfléchir à l'état de la sociologie juridique appliquée spécifiquement au droit des contrats. L'angle d'étude ici adopté conduit, avec une désinvolture fautive, à « sauter » au-dessus du débat lancinant sur le positionnement de la sociologie juridique par rapport au droit dogmatique et à tenir pour acquis, de façon un peu discrétionnaire, que le juriste entend *utiliser* la sociologie juridique pour mieux comprendre les règles de droit – ici celles du droit des contrats – et pour les modifier le cas échéant.

Dans cette perspective, celle (pour reprendre la fameuse opposition de Renato Treves) de la sociologie *dans* le droit et non pas de la sociologie *sur* le droit, la question est la suivante : le droit des contrats a-t-il tiré parti, en France, autant qu'il le pouvait, de la sociologie juridique ?

Le format de la réponse à cette question – celui d'un libre propos ramassé – oblige à formuler un jugement rapide et peu nuancé : les juristes qui s'intéressent particulièrement au droit des contrats n'ont pas, au moins collectivement, suffisamment exploité les perspectives et les instruments qu'offre la sociologie du droit, pour faire mûrir leur discipline.

Mais qu'il soit dit une fois pour toutes qu'à cet égard, comme à l'égard de tout ce qui va suivre, l'auteur de ces lignes plaide autant coupable que les autres. Encore faudrait-il, au surplus, que cette relative désaffection des juristes pour la sociologie en droit des contrats – dont il faudra commencer par faire le constat (I) – soit seulement la conséquence d'une faute, ce que dément pour partie, mais pour partie seulement, l'étude des causes de cette désaffection. L'identification de ces causes s'appuiera pour partie sur une expérience toute personnelle d'enquête sociologique, menée par le passé<sup>1</sup>. Chemin faisant, la compréhension des causes de la désaffection des juristes du droit des contrats pourrait permettre de montrer en creux l'intérêt qu'ils pourraient avoir à investir le champ des recherches sociologiques empiriques (II).

#### I. Le constat de la désaffection

Bien sûr, il serait injuste de considérer que les juristes ont totalement boudé la sociologie juridique en droit des contrats. Il n'est que de songer, notamment, aux grands articles fondateurs

---

1. On se permettra de renvoyer à la lecture du rapport complet, publié sur le site du laboratoire de sociologie juridique de l'Université Paris-Panthéon-Assas, d'une enquête de terrain menée par M. Laithier et le soussigné sur les sanctions de l'inexécution des contrats de fourniture industrielle : T. Genicon et Y.-M. Laithier, « Enquête sur les sanctions de l'inexécution des contrats de fourniture industrielle », consultable sur <https://laboratoirede SociologieJuridique.u-paris2.fr/fr/>; également accessible sur <https://hal.science/hal-04162626>.

en la matière de Carbonnier<sup>2</sup> et de M. Terré<sup>3</sup> dont les réflexions pénétrantes et, à bien des égards, visionnaires ont nourri, même indirectement, la pensée juridique et l'évolution du droit des contrats. Ainsi, pour ne donner qu'un exemple, de l'attention qu'ils portèrent au rapport de forces économiques existant *en fait* (et donc que donne à voir la sociologie) entre les contractants et dont la prise en considération est évidemment à la source d'évolutions décisives du droit des contrats, notamment dans ses ramifications consuméristes ou « concurrentialistes » (on songe à ce pan décisif du droit des contrats qu'est devenu le droit des pratiques restrictives – dont l'émergence doit beaucoup, initialement, au constat empirique de dérives dans le milieu de la grande distribution). Au-delà même, il faut faire état de la consécration législative récente de la figure – au fond toute sociologique au départ – du contrat d'adhésion. Et par là, on est amené à rendre justice à toutes les analyses sociologiques qui ont pénétré les études de droit *spécial* des contrats : contrat de consommation et contrats de distribution donc, contrat de travail, contrat d'assurance, bail rural, bail d'habitation, etc.

Mais il faut s'avouer que, dans l'ensemble (et même si cela serait moins vrai pour les contrats spéciaux tout juste évoqués), peut-être ici comme ailleurs, en fait de sociologie du droit, il s'est agi pour beaucoup de sociologie « en chambre » davantage que de recherches sociologiques « de terrain ». Comme ailleurs et peut-être même plus qu'ailleurs...

Comme ailleurs... car de façon générale la sociologie du droit souffre peut-être d'une trop grande intellectualisation. Travers de l'esprit français, volontiers porté à l'abstraction ? Dans notre pays, on parle beaucoup plus de la sociologie juridique qu'on en fait. Dit autrement, c'est au fond davantage la sociologie juridique *théorique* – osera-t-on dire la sociologie juridique

« dogmatique » ? –, que la sociologie juridique *empirique* (les enquêtes) qui se pratique. Avec le risque, comme disait Carbonnier, de la mettre « en péril de philosophie du droit »<sup>4</sup> – quand il ne s'agit pas de sa politisation.

Plus qu'ailleurs... car, à la différence du droit des personnes et de la famille, le droit des contrats semble, dans une première vue trompeuse, être moins en prise avec la « pâte humaine » et présenter une forte technicité qui le rendrait moins perméable aux enseignements des faits sociaux. D'où la rareté des enquêtes de terrain, des sondages et des statistiques, plus connus et pratiqués en droit des personnes et de la famille. Pourtant là encore, les travaux pionniers ont attiré l'attention avec beaucoup d'acuité sur ce que la sociologie juridique pourrait donner utilement à voir du « terrain ». Dès 1958, Carbonnier appelait à porter le regard – un regard sociologique – sur le déroulé factuel de la phase d'exécution du contrat<sup>5</sup>. Cela, non seulement pour déceler peut-être des rééquilibres de rapports de force, voire des renversements de situation, dans des relations *a priori* marquées, au stade de l'échange des consentements, par la toute-puissance de l'un des contractants (grève perlée dans le contrat de travail, chantage implicite au loyer d'un preneur qui se sait difficilement délogeable, etc.); mais aussi pour mesurer des phénomènes d'ineffectivité (objet classique d'étude de la sociologie juridique) de la loi contractuelle comme il existe des phénomènes d'ineffectivité bien connus de la loi tout court : certaines clauses, même abusives, pourraient, en pratique, rester sans application. Mais justement, dans le même article le doyen Carbonnier soulignait lui-même que toutes les analyses qu'il ébauchait constituaient autant de « champ(s) à défricher par des enquêtes de fait » et « aurai(en)t besoin d'être reprise(s) et complétée(s) »<sup>6</sup>.

Et c'est précisément là que le bât blesse, on l'a dit. Évidemment, ces enquêtes ne sont pas inexis-

2. J. Carbonnier, « De la contribution que la sociologie juridique peut apporter au droit du contrat », in J. Carbonnier, *Écrits*, PUF, 2008, p. 506 et, du même auteur, « Sociologie du contrat », in J. Carbonnier, *Écrits*, PUF, 2008, p. 587.

3. F. Terré, « Sur la sociologie juridique du contrat », *APD* 1968, p. 71.

4. J. Carbonnier, « Gurvitch et les juristes », in J. Carbonnier, *Écrits*, PUF, 2008, p. 1003.

5. Sur tous les points qui suivent, v. J. Carbonnier, « De la contribution que la sociologie juridique peut apporter au droit du contrat », préc.

6. J. Carbonnier, « De la contribution que la sociologie juridique peut apporter au droit du contrat », préc., p. 510 et p. 514.

tantes, notamment à l'étranger<sup>7</sup>, ou même en France<sup>8</sup> – quand elles parviennent à être éditées et connues – et il faut saluer les courageuses initiatives de leurs auteurs. Mais justement, ces initiatives demeurent encore isolées car les juristes civilistes n'ont pas institutionnellement, loin s'en faut, la culture de l'enquête de terrain.

On tient d'ailleurs une preuve saisissante de la place secondaire de la sociologie du droit en matière contractuelle dans le traitement qui lui a été réservé lors de la réforme du droit commun des contrats opérée en 2016-2018. On aurait pu s'attendre, s'agissant de la plus vaste entreprise de législation civile en la matière depuis 1804, à une mobilisation massive des instruments de la sociologie. Or quelle utilisation en fut faite ? Enquêtes de terrain ? Sondages ? Étude systématique de cas ? Dépouillement de documents contractuels ? Rien de tout cela ou presque<sup>9</sup>. Le contraste est saisissant avec ce qu'il en fut, on s'en souvient, de l'utilisation notable de ces ressources lors des réformes du droit des personnes et de la famille qui furent opérées dans la seconde moitié du xx<sup>e</sup> siècle. Pour l'essentiel, faisant fi de la réalité contractuelle de la vie des affaires<sup>10</sup> et de la vie tout court, l'attention s'est fixée, techniquement, sur les marottes doctrinales du moment et, politiquement, sur des instruments virtuels européens qui n'ont jamais

connu le moindre début d'une application pratique... Bien sûr, il est difficile d'en faire porter toute la responsabilité aux rédacteurs de la réforme : ceux-ci ne disposaient d'aucun matériau sociologique ou presque, que la doctrine civiliste aurait accumulé lors des décennies de recherche en droit des contrats qui précéderent la réforme. Et au fond, même quand cette réforme fut initiée, presque dix années avant son adoption, nul n'a même vraiment réclamé des enquêtes sociologiques pour la préparer...

Pire encore, eussent-elles été faites qu'on peut se demander sérieusement si elles auraient seulement été regardées. Un tel soupçon pessimiste vient de l'indifférence complète avec laquelle les auteurs de la réforme ont traité les nouvelles formes de contrat et les difficultés spécifiques qu'elles suscitent alors qu'une jeune doctrine avait donné à les voir. Que l'on songe notamment au silence assourdissant des nouveaux textes à l'égard du contrat-coopération<sup>11</sup>. Pourtant cette « révélation » doctrinale avait quelque inspiration sociologique puisqu'il s'agissait de rendre compte d'une réalité pratique largement délaissée jusqu'à présent par un droit dogmatique presque exclusivement centré sur le modèle classique du contrat-échange. Mais, à dire vrai, l'exemple du contrat-coopération n'est pas dépourvu d'ambivalence qui, en même

- 
7. Parmi une littérature, sinon abondante, du moins significative, on signalera, en raison de l'intérêt tout personnel que ces écrits ont suscité : S. Macaulay, « Non-Contractual Relations in Business: A preliminary Study », *Am. Sociological Rev.* 1963, vol. 28, p. 45 (librement disponible sur : [https://media.law.wisc.edu/s/c\\_8/wcwmnt/non-contractual.pdf](https://media.law.wisc.edu/s/c_8/wcwmnt/non-contractual.pdf)) et, du même auteur, portant un regard postérieur sur l'article précédent, « An empirical view of Contract », *Wis. L. Rev.* 1985, p. 465 ; H. Beale et T. Dugdale, « Contracts between Businessmen : Planning and the Use of Contractual Remedies », *British Journal of Law and Society* 1975, vol. 2, p. 45. Adde, dans une vue un peu différente (celle du « non-droit »), L. Bernstein, « Opting out of the Legal System : Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry », *The Journal of Legal Studies* 1992, vol. 21, p. 115. Bien sûr, il faudrait ici citer l'ensemble des travaux du québécois J.-G. Belley et notamment son enquête, *Le contrat entre droit, économie et société. Étude sociojuridique des achats d'Alcan au Saguenay-Lac-Saint-Jean*, Éditions Yvon Blais, 1998. Mais sur cette enquête, v. le compte-rendu critique quant à la « sociologie des contrats », de E. Serverin, *Droit et société* 2000, n° 44-45, p. 322.
8. V., par exemple, de façon tout aussi discrétionnaire, G. Blanc, E. Serverin, F. Ruel et M. Le Friant, *Les contrats de distribution dits de partenariat : étude sur l'état du système après la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 (art. 1er) et le décret n° 91.337 du 4 avril 1991. Rapport de recherche*, Ministère du commerce et de l'artisanat, 1992 (consultable sur <https://shs.hal.science/halshs-01025325v1>) ; J. Kellerhals, M. Modak et J.-F. Perrin, « L'éthique du contrat », *L'année sociologique* 1993, vol. 43, p. 125 ; ou, sur des points ciblés, v. (davantage dans une perspective de sociologie judiciaire) P. Ancel (dir.), O. Gout, F. Perret-Richard et P. Soustelle, *La protection de l'acquéreur d'un bien immobilier contre les défauts de la chose vendue. Étude de contentieux*, CERCRIID/Ministère de la Justice, 2004 ; B. Thullier, L. Sinopoli et F. Leplat (dir.), *La prise en charge de l'impayé contractuel en matière civile et commerciale. Rapport final*, Université de Paris Ouest-Nanterre, Université de Rouen 2010. Adde la série d'enquêtes de terrain menées en 2020 par les étudiants du M2 de sociologie du droit de l'Université Paris-Panthéon-Assas, sur la mise en œuvre de la garantie de conformité dans la vente au consommateur et consultables librement sur <https://comjus.u-paris2.fr/fr/enquetes-sociologiques-sur-la-garantie-de-conformite>.
9. On imagine que les consultations des milieux d'affaires ont tenu lieu d'enquête sociologique.
10. V. dénonçant cela, R. Libchaber, *Le contrat au xx<sup>e</sup> siècle. L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires*, LGDJ, 2020, n° 3, p. 11-13 et n° 9, p. 21-22.
11. V. S. Lequette, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, *Economica*, 2012, préf. C. Brenner.

temps qu'il manifeste une amorce de démarche sociologique, révèle aussi l'une des causes de la désaffection des civilistes « dogmatiques » pour elle.

## II. Les causes de la désaffection

Il est délicat de déterminer parfaitement ces causes tant elles sont nombreuses et s'entrecroisent, sans que l'on sache au surplus quel poids donner à chacune d'entre elles. Peut-être faut-il tout de même distinguer des causes immédiates et des causes profondes.

**Causes immédiates.** Au titre des causes immédiates, il faut bien sûr commencer par faire rapidement état de celles qui frappent plus généralement la sociologie juridique en toute matière. On ne peut que renvoyer à cet égard au diagnostic lumineux qu'en a dressé M. Pascal Ancel dans un remarquable article qu'il avait publié pour rendre compte de son expérience de directeur de l'un des rares centres de recherche de sociologie juridique dans les facultés de droit, le CERCRID de l'Université de Saint-Étienne<sup>12</sup>. *Brevitatis causa*, M. Ancel pointe les difficultés matérielles de la recherche sociologique en droit et ses difficultés institutionnelles, qui valent bien sûr tout à fait pour les recherches empiriques en droit des contrats. Au titre des difficultés institutionnelles, il fait état du peu d'intérêt de l'édition juridique pour ces recherches, de leur difficile valorisation dans les dossiers de recrutement et d'évaluation des universitaires, du manque de formation des juristes à des méthodes parfois ardues (ainsi des statistiques) et encore de la nécessité de procéder à un travail en équipe alors que la recherche en droit reste marquée culturellement par une approche individuelle.

Cette dernière difficulté est à la lisière des difficultés matérielles : nul doute que les enquêtes de terrain ne peuvent se faire seul et qu'elles supposent donc la mobilisation d'une équipe nombreuse et impliquée à long terme... ce que les moyens de la recherche en France, spécialement la recherche en droit, ne permettent que bien exceptionnellement. À cette première difficulté matérielle s'en ajoute une

seconde : celle de constituer et exploiter le « matériau » de la recherche, c'est-à-dire les informations sur les faits susceptibles d'être glanées sur le terrain. Si, depuis que M. Ancel a écrit son article, l'*open data* semble ouvrir de plus grandes perspectives pour ce qui concerne les décisions de justice, il n'empêche que cet instrument demeure cantonné au contentieux qui n'est pas le reflet, loin s'en faut, de la réalité sociale.

C'est précisément à propos de ce dernier point qu'on doit mentionner des difficultés particulières au droit des contrats et dont on peut rendre témoignage personnellement, à la lumière d'une enquête de terrain qui avait concerné des contrats de fourniture industrielle<sup>13</sup>. Le premier « matériau » auquel il est nécessaire d'accéder est le *contrat-instrumentum*. Or, outre le fait que le contrat peut avoir une valeur intellectuelle en soi (il peut être une création propre, fruit d'efforts, d'un savoir-faire et d'une expérience) qui peut dissuader sa diffusion, l'enquêteur se heurtera souvent au secret des affaires, quand ce n'est pas, à l'inverse, la crainte pour une entreprise de se voir reprocher après coup la participation à une entente dissimulée ! De même, les entreprises peuvent se montrer réticentes à révéler ouvertement des faits d'inexécution contractuelle, des différences de traitement de leurs propres clients voire des violations délibérées du contrat... Autant de faits à dissimuler qui fausseront les entretiens. Lors de l'enquête à laquelle il est fait allusion, une entreprise avait (exceptionnellement) reconnu qu'elle choisissait parmi ses contrats, ceux qu'elle violait délibérément, en fonction de la taille et de la puissance du client faisant face<sup>14</sup>. La méfiance exprimée, notamment par les directeurs juridiques, est encore frappante et se traduit parfois très concrètement : toujours dans le cadre de l'enquête menée, à plusieurs reprises, les entreprises interrogées – ou plutôt celles qui restaient et n'avaient pas poliment décliné l'invitation – ont demandé, d'une part, aux enquêteurs de signer des engagements de confidentialité spécialement rédigés pour l'occasion et, d'autre part, ces derniers avaient dû s'engager à ce que ni le nom des entreprises

12. P. Ancel, « Plaidoyer d'un membre de la doctrine pour la recherche empirique », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz. Livres propos sur les sources du droit*, Dalloz, 2006 p. 1.

13. V. T. Genicon et Y.-M. Laithier, « Enquête sur les sanctions de l'inexécution des contrats de fourniture industrielle », préc.

14. *Ibid.*, n° 13.

démarchées, ni celui des personnes interrogées, ni même le secteur d'activité concerné ne soient divulgués... – ce qui, s'agissant de ce dernier point, était tout de même problématique pour cerner pleinement la portée et l'utilité de l'enquête réalisée. Mais à dire vrai, tout cela est encore de peu d'importance par comparaison avec une autre difficulté qui est, pourrait-on dire, de nouer et surtout de poursuivre le dialogue avec les personnes démarchées. Souvent les interlocuteurs se montrent intéressés par le principe même d'une enquête mais, comme on le comprend aisément, il ne peut s'agir pour eux que d'une préoccupation secondaire dans le tourbillon d'obligations professionnelles quotidiennes qui sont les leurs et qui laissent peu de temps à un directeur juridique, un juriste d'entreprise ou un « opérationnel » pour « converser » longuement avec des universitaires.

Confronté à de tels obstacles, on comprend que le juriste puisse avoir la tentation de jeter l'éponge avant même d'engager sa recherche empirique : des démarches laborieuses et chronophages, peu gratifiantes et peu gratifiées, à une époque où tous les universitaires savent déjà combien leur temps de recherche est dévoré par les tâches administratives et bureaucratiques...

Mais la difficulté est-elle une bonne excuse ? Et ces obstacles ne sont-ils pas parfois un prétexte, dissimulant en vérité le peu de foi dans des recherches empiriques sur l'utilité desquelles on s'interroge ?

On touche ici à des causes plus profondes et peut-être aussi plus difficilement avouables.

**Causes profondes.** On ne saurait être trop prudent dans la détermination de ces causes profondes que l'on supputera plus qu'on ne les prouvera.

Une première cause pourrait tenir à un reproche depuis longtemps formulé par les sociologues aux juristes : ces derniers, au moins dans leur inconscient, préféreraient leur monde d'idées (peut-être plus rassurant ?), celui des règles abstraites, au monde réel.

C'est faire peu de cas de la parfaite conscience qu'ont les juristes d'œuvrer pour un savoir à visée éminemment pratique : rares sont ceux, même universitaires, qui ne se montrent pas sou-

cieux des retombées concrètes des règles qu'ils étudient : un professeur de droit a toujours quelque inquiétude sociologique, si l'on peut dire. Au point que l'on peut se demander si les juristes ne font pas de la sociologie du droit comme M. Jourdain faisait de la prose. Mais alors c'est peut-être là, précisément, que se loge le problème majeur : les juristes ne seraient-ils pas trop présomptueux quant à leur connaissance du milieu social ?

Au fond, on peut finir par se demander en effet, infléchissant quelque peu ce qui a été dit jusqu'à présent, si la difficulté majeure ne serait pas tant que les juristes de droit des contrats ne s'intéressent pas à la sociologie mais plutôt qu'ils en feraient mal : un universitaire, notamment, raisonne souvent, serait-ce inconsciemment, par référence à son expérience personnelle, qui peut renvoyer aussi bien à sa propre expérience domestique (les déboires qu'il a dû subir avec telle grande enseigne pour une imprimante qui ne fonctionnait pas...) qu'à une expérience plus professionnelle, au contact des cabinets d'avocats ou de témoignages glanés au gré de ses rencontres auprès de notaires, de directeurs juridiques, de magistrats, etc. Par là, le juriste de droit des contrats en vient à se forger une représentation de la pratique contractuelle « par butinage », comme le disait plaisamment Carbonnier<sup>15</sup>. « Butinage », dont on cerne évidemment les dangers car on en devine aisément les biais.

Pourtant, ce qui vient encore compliquer l'analyse, c'est qu'il n'est pas dit que ces expériences de terrain, même toutes personnelles, soient fausses. Et il faudrait que les enquêtes sociologiques, même scientifiquement établies, d'une part, soient elles-mêmes exemptes de tout reproche (c'est-à-dire sans biais), d'autre part, soient en mesure de rendre témoignage d'une réalité sociale différente, ce qui n'est pas forcément toujours le cas. Là encore, Carbonnier avait fait un constat redoutable, précisément en matière contractuelle : « Qui n'a été frappé de la disproportion entre l'énormité des moyens matériels mis en œuvre par les enquêtes américaines et les conclusions, trop souvent enfoncées de portes ouvertes ? Il y a là de quoi faire hésiter les privatistes, ces grands économistes »<sup>16</sup>. L'expérience personnelle que nous avons eue n'a pas tout à

15. J. Carbonnier, « De la contribution que la sociologie juridique peut apporter au droit du contrat », préc., p. 515.

16. *Ibid.*, p. 514.

fait démenti ce propos. Mais elle a permis aussi de constater que, si l'enquête sociologique en droit des contrats n'apporte pas nécessairement des informations révolutionnaires, elle peut permettre de conforter une intuition – ce qui n'est pas rien – mais aussi d'affiner ou même de révéler des comportements mal connus<sup>17</sup>.

**Avenir.** On aurait donc tort de laisser les choses tout à fait en l'état et de ne pas encourager l'émergence d'un réflexe sociologique chez les juristes du droit des contrats qui, à défaut, spéculent dans l'abstrait, quand ce n'est pas dans l'idéologie. Un exemple parmi tant d'autres pourrait suffire à le démontrer. Depuis que l'on a introduit en 1975 le pouvoir modérateur du juge à l'égard des clauses pénales, deux discours doctrinaux bien connus s'opposent : les uns soutiennent que la sécurité des contrats ne s'est pas effondrée pour autant, preuve que l'intervention judiciaire mériterait d'être encore poussée; les autres soutiennent que la force obligatoire a été insensiblement minée et ne cesse de l'être depuis lors. Mais à bien y réfléchir, personne n'en sait rien, et chacun demeure arc-bouté sur ses pétitions de principe. Car personne n'a pris la peine d'aller mesurer le taux de révision des clauses pénales par les juges, au ras du contentieux de première instance notamment, et de déterminer, lorsqu'il y a révision, sur la base de quel calcul elle se fait<sup>18</sup> (uniquement le préjudice ou plus ?),

de savoir si la pratique de l'insertion et de la rédaction de ces clauses a changé, de mesurer si les contractants se sentent réellement menacés par elles ou si, vidées de tout effet comminatoire et inefficaces à présent, elles sont devenues des tigres de papier pour eux. En somme personne ne sait rien, en sociologie des relations d'affaires et en sociologie du contentieux judiciaire, de la réalité pratique quotidienne des clauses pénales. Et n'en sachant rien en fait, comment prétendre en parler ensuite en droit ?

Les exemples pourraient être multipliés encore : *quid* hier de la détermination unilatérale du prix dans les contrats-cadres ? La fameuse jurisprudence de 1995 ayant miraculeusement fait disparaître le contentieux (comme lorsqu'un médecin casse le thermomètre pour ne plus voir la fièvre ?). *Quid* aujourd'hui des cas d'imprévision et de l'utilisation de l'article 1995 – et de tous les nouveaux *standards* du droit des contrats que la pratique découvre avec la réforme ? *Quid* demain de la codification annoncée du pouvoir traditionnel de fixation judiciaire du prix dans le contrat d'entreprise alors que le simple bon sens suffit à comprendre qu'il est en pratique inimaginable que les juges fixent les prix de tous les contrats d'entreprise de France et de Navarre et que, de fait, personne ne voit jamais, dans la réalité du contentieux, un juge fixer un tel prix ? Autant de cas dans lesquels avant même de pré-

---

17. Rôle décisif et retour réflexe au contrat écrit, comme première (et généralement seule) instance d'arbitrage, contrat qui tient donc réellement lieu de loi en cas de « frottement » lors de la phase d'exécution; perception du contrat comme une protection à forte fonction dissuasive; différence de perception et d'utilisation lors de l'élaboration comme lors de l'utilisation du contrat selon qu'il s'agit des « opérationnels » de l'entreprise ou des juristes de l'entreprise (les seconds étant jugés par les premiers comme des « empêcheurs » d'affaires qui raidissent la négociation par leurs considérations juridiques – au point de leur cacher certains foyers contentieux en cours, les premiers étant jugés par les seconds comme des imprudents inconscients des risques contentieux); absence de négociation de la part des petits clients (contrat d'adhésion); inexistence quasi-complète de procès, « bête noire » de toutes les parties prenantes mais, dans le même temps, jeu subtil d'intimidation en brandissant implicitement la menace du procès – la seule possibilité d'une sanction judiciaire donnant donc toute sa force au contrat; organisation anticipée des sanctions contractuelles; place décisive de la clause de force majeure et de la clause limitative de responsabilité (les seules qui sont vraiment regardées et négociées le cas échéant); tension permanente entre le besoin de régler par avance le contentieux par des clauses idoines et nécessité de ne pas troubler le rapport informel de confiance par des considérations juridiques (sociologiquement synonymes de méfiance); conception, en conséquence, de contrats délibérément incomplets (car l'on évite les sujets et les clauses qui fâchent) ou rédaction délibérément floue (pour que chacun lise ce qu'il souhaite pour sa part); constat d'inexécution intentionnelle du contrat (sacrifice délibéré, toujours des petits clients d'abord) dans une logique de rentabilité (violation efficace du contrat sociologiquement avérée); contentieux – jamais judiciaire – dans seulement 10 % des contrats en cours et toujours réglés par négociation... d'un nouveau contrat (c'est-à-dire conclusion d'une nouvelle affaire); non application des sanctions contractuelles lorsque le fautif est de bonne foi. Pour une description et une explication détaillée de tous ces points, v. T. Genicon et Y.-M. Laithier, « Enquête sur les sanctions de l'inexécution des contrats de fourniture industrielle », préc.

18. Mais, v. pour une prémisse ciblée, l'intéressante recherche de J. Brunie, *Les condamnations symboliques en droit positif français*, préf. F. Leduc, Mare & Martin, 2020, n°s 368 et s. (mais simplement sur la base de recherches jurisprudentielles non exhaustives), mettant en lumière la « croissance exponentielle » du phénomène contemporain de réduction judiciaire de la clause pénale à un euro symbolique.



senter la règle, de l'apprécier ou même de l'élaborer, il ne serait pas inutile de savoir ce que les contractants réels *font*.

Un regard inversé, si l'on peut dire, serait peut-être révélateur pour finir. C'est le regard du non-juriste mais d'un non-juriste qui ne se désintéresserait pas complètement du droit. Le grand public, friand des résultats des études « scientifiques », amplement publiées dans la presse, en sera vite pour son compte s'il entend trouver des enquêtes sur la mise en pratique de telle règle du droit des contrats. Ce n'est pas que les médias ne les relaient pas comme elles le font pour d'autres disciplines, c'est plus trivialement qu'elles n'existent pas ou peu... Qu'ont à lui révéler les juristes et surtout leurs travaux sur l'ampleur de ces difficultés, leur traitement véritable et l'appli-

cation, dans la vie réelle, des règles supposées résoudre des difficultés quotidiennes<sup>19</sup> et dont chacun sent bien d'instinct qu'il ne peut suffire aux juristes d'en faire l'exposé s'il veut être utile... ? Bien peu. Et il lui semblera étrange que ces derniers, ceux-là même qui font grand cas de régir les comportements sociaux, ici les comportements « contractuels », n'aient pas commencé par chercher à les connaître vraiment. Par où l'on voit que n'est pas ici en jeu quelque regret, qui serait fort déplacé, de ne pas voir les juristes occuper une quelconque place dans l'espace médiatique. C'est du cœur même de leur fonction sociale dont il est question : l'élaboration ou l'amélioration de règles *réellement* pertinentes et utiles.

---

19. L'automobile à peine achetée qui tombe en panne, la réparation défectueuse du plombier, le menuisier qui ne respecte pas les délais prévus du chantier, l'assureur qui a imposé une clause draconienne...

# Perspectives

## Sociologie du droit

---

### La culture de l'enquête, entre droit et sociologie. L'exemple d'une recherche sur l'enseignement du droit

**Liora Israël**

Directrice d'études de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS)

La plupart des réflexions sur les relations entre droit et sciences sociales évoquent avant tout les questions épistémologiques ou institutionnelles qui façonnent les relations entre ces domaines disciplinaires, selon les contextes historiques ou nationaux. De manière moins ambitieuse, il s'agit dans cette contribution d'aborder certains des enjeux et des difficultés pratiques qui complexifient, ou peuvent complexifier, le travail en commun entre juristes et – de manière plus précise – sociologues. Cet angle d'analyse, reposant avant tout sur des expériences personnelles, se justifie par un contexte dans lequel les encouragements ou les injonctions à pratiquer de la recherche interdisciplinaire en droit ou sur le droit sont aujourd'hui plus nombreuses en France. Ces incitations proviennent par exemple de l'IERDJ (Institut d'Études et de Recherche sur le Droit et la Justice, ex. GIP – Mission de recherche Droit et Justice), de l'ANR ou encore d'autres appels d'offres nationaux et internationaux. Toutefois, du point de vue pratique, il

apparaît nécessaire de ne pas sous-estimer les difficultés à mettre en œuvre des perspectives interdisciplinaires sur le droit entre juristes et sociologues, et ce à plusieurs niveaux, tout du moins dans le cas français. Les tensions entre approche empirique et approche normative, les différences en termes de formation, mais aussi l'asymétrie à l'égard des sujets juridiques due à la position occupée concourent à rendre complexes des formes de collaboration réellement fructueuse, même si elles ne sont pas impossibles<sup>1</sup>.

Dans la difficulté à concevoir des enquêtes véritablement interdisciplinaires, le rapport au terrain apparaît souvent comme un fossé infranchissable, juristes et sociologues se situant chacun d'un côté ou de l'autre. Dans de nombreux travaux collectifs, le résultat obtenu avalise cette partition : aux juristes l'analyse des dispositifs ou des textes, éventuellement la mise en perspective historique ; aux sociologues l'enquête de terrain, qu'il s'agisse d'entretiens, d'observations ou la passation de questionnaires<sup>2</sup>. Si elle peut appa-

- 
1. Pour un exemple particulièrement convaincant de trajectoire interdisciplinaire reposant notamment sur des collaborations entre juristes et sociologues, voir le mémoire de synthèse de l'HDR en sociologie de la maîtresse de conférences en droit V. Gautron, *Au croisement du droit et de la sociologie : retours réflexifs sur une trajectoire scientifique*, soutenu à l'EHESS le 23 juin 2023.
  2. Voir par exemple la passionnante enquête de B. Fraenkel, D. Pontille, D. Collard et G. Deharo, *Le travail des huissiers, Transformations d'un métier de l'écrit*, Octarès, 2010.

raître familière et légitime, respectant les compétences de chacun et chacune et par là même la pertinence des analyses, cette division des tâches induit comme mécaniquement une différence indépassable entre celles ou ceux qui se confrontent au « terrain » et celles et ceux qui ne le font pas. Cette coupure ne fait pas que matérialiser un investissement de nature différente dans l'enquête, elle redouble par ailleurs la coupure entre « droit des livres » et « droit en action » qui est précisément celle qu'a cherché à franchir le réalisme juridique, et – d'une certaine manière – dans leur diversité, les approches empiriques des phénomènes juridiques, notamment au sein du courant d'origine états-unienne *law and society*. Dès lors, la segmentation des tâches entre juristes et non-juristes vient en quelque sorte incarner au cœur même de l'enquête ce qui pourrait en être un des résultats, la singularité du droit comme approche textuelle, dont les interprétations demeurent largement dégagées des contextes dont il est issu.

Cette difficulté à travailler avec *des juristes* se complique d'autant plus dans la mesure où, et cette dimension me paraît moins souvent abordée, la sociologie du droit prend le plus souvent comme objet d'analyse *des juristes*, et non simplement des textes. C'est ainsi que, nous intéressant à la question de l'enseignement du droit, dans le cadre d'une enquête conduite avec plusieurs collègues (qui initialement devait inclure des juristes)<sup>3</sup>, nous avons été confrontés à cette difficulté particulière. Pour des raisons tenant à d'autres engagements, nos collègues juristes n'ont finalement pas pu participer à l'enquête de terrain, nous conduisant en tant que sociologues à « observer », avec le double sens que peut prendre ce terme, des collègues juristes en train d'enseigner.

Notre extériorité à l'égard de la discipline a conduit dans un premier temps à mettre en évidence une dimension très caractéristique des travaux relatifs à l'enseignement du droit en

France. Tout d'abord, le caractère monopolistique de cette production académique, réalisée par des juristes, eux-mêmes enseignants. D'autre part – pour la période contemporaine en particulier – les écrits d'enseignants du supérieur en droit, ou parfois d'autres juristes professionnels comme des avocats, relatifs à l'enseignement de cette discipline peuvent être considérés dans leur écrasante majorité comme relevant du témoignage, au sens d'une indexation principale sur sa propre expérience. Le récit de son expérience d'enseignant, à l'échelle de son cours, d'une discipline, voire de la constitution d'une nouvelle filière ou d'une nouvelle institution<sup>4</sup>, constitue avec le retour classique en histoire du droit sur tel ou tel professeur, enseignement, école, l'une des deux modalités largement dominantes des articles de juristes relatifs à l'enseignement du droit. Si ces deux perspectives existent certainement dans d'autres traditions juridiques, il est pourtant possible de souligner qu'ailleurs, d'autres traditions ont émergé, en particulier aux États-Unis où le *Journal of Legal Education*, revue de l'Association des *law schools*, promeut depuis 1948 les réflexions et les perspectives interdisciplinaires sur l'enseignement du droit<sup>5</sup> (enquêtes statistiques, études relevant de la sociologie, de la psychologie ou de l'économie, etc.).

Travailler sur l'enseignement du droit, comme nous l'avons fait dans l'ANR *Élidoit*, nous a ainsi confronté à une double difficulté. Tout d'abord, il a fallu construire un positionnement de sciences sociales sur l'enseignement du droit en France, en l'absence d'un tel domaine de recherche, en s'appuyant principalement d'une part sur des travaux de sociologie de l'éducation non relatifs au droit, par exemple sur la question du « curriculum caché », et d'autre part sur des enquêtes réalisées à l'étranger. Nous avons ainsi co-animé un réseau de recherches international sur ces questions pendant deux ans au sein de la *Law and Society Association*<sup>6</sup>. Si ces collaborations ont été passionnantes, ont conduit à de nom-

3. Projet ANR Elidroit, *La formation au droit des élites du privé et du public depuis 1958. Quels savoirs juridiques pour quels modes de gouvernement ? (2008-2012)*, coord. L. Israël et R. Vanneville, avec M. Ait-Aoudia, É. Biland, C. Moreau de Bellaing, A. Boigeol, D. Thivet et A. Derouet. Si cette recherche a été collective, les réflexions contenues dans le présent papier sont par contre entièrement personnelles et ne sauraient engager mes collègues.

4. Pour un exemple brillant et paradigmatique lié à la création de l'École de droit de Sciences Po, voir C. Jamin, *La cuisine du droit. L'École de droit de Sciences Po : une expérimentation française*, Lextenso, 2012.

5. <https://jle.aals.org/home/>

6. International Research Collaborative (IRC) on « Legal Education » (Law and Society Association, 2010-2012), R. Vanneville, F. Engelman et E. Mertz.

breuses invitations à l'étranger et à des publications internationales, elles contrastent fortement avec le faible intérêt rencontré par nos recherches dans le champ juridique français. Cette difficulté renvoie sans doute aussi à une particularité propre à ce terrain d'enquête. S'il est habituel, s'agissant d'une approche de sociologie du droit, de considérer les juristes comme des enquêtés, comme des « sujets » de l'enquête, observer et interroger des enseignants en droit comme nous l'avons fait dans l'enquête *Élidroit* signifiait aussi enquêter sur des collègues, et par là même, sembler adopter une position de surplomb, ou du moins distanciée, à leur égard. Il n'est pas inutile ici de rappeler que le terme utilisé en sociologie pour désigner ce processus est celui « d'objectivation » : s'il n'est pas question d'aller jusqu'à dire que nous considérons nos collègues comme des objets, ils étaient bien l'objet de notre enquête, et à ce titre, susceptibles de se voir attribuer des raisons d'agir ou d'être inscrits dans des logiques sociales, si ce n'est inconscientes, la sociologie n'étant pas la psychanalyse, du moins différentes de leurs propres représentations. De ce fait, en produisant des formes d'explication de leurs actions alternatives aux représentations des acteurs (ce qui en constitue d'ailleurs l'intérêt), la sociologie peut être perçue comme un risque, une menace ou un problème pour les personnes étudiées. Il est indéniable de ce point de vue que notre enquête a constitué en quelque sorte un cas « limite », combinant l'usage de méthodes empiriques avec l'attention portée non seulement à des collègues juristes, mais plus encore à ce qui d'habitude n'est pas connu d'autrui : ce qui se passe dans la salle de classe. Si cette situation rendait peut-être particulièrement difficile d'imaginer que des juristes se prêtent à cet exercice d'observation sur des collègues (lequel n'était pas un exercice d'évaluation), le retour sur cette expérience est l'occasion de remercier, pour leur ouverture d'esprit, les enseignantes et enseignants qui ont accepté de se prêter à l'exercice – Elizabeth Mertz soulignant également, dans le cas états-unien, la réticence de certains collègues

à se laisser observer dans cette situation pédagogique parfois inconfortable<sup>7</sup>.

Au-delà de cet exemple particulier, l'obstacle le plus évident dans le cas français à la réalisation d'enquêtes réellement interdisciplinaires concerne la dimension méthodologique, mais aussi les enjeux épistémologiques et pratiques impliqués par l'enquête. L'absence – en règle générale – de formation des juristes aux méthodes des sciences sociales constitue en effet un obstacle redoutable à la réalisation d'enquêtes interdisciplinaires, mais cette manière de formuler le problème tend à suggérer qu'il suffirait de maîtriser des méthodes, de connaître en quelque sorte des modes d'emploi, pour être en mesure de conduire des recherches de type empirique sur les phénomènes juridiques et judiciaires. C'est ainsi faire fi du fait que les méthodes de sciences sociales ne peuvent se concevoir indépendamment de formes de problématisation appuyées sur des traditions scientifiques, reposant sur des épistémologies suffisamment diversifiées pour qu'il soit nécessaire de les connaître et de justifier le positionnement adopté dans un espace riche de controverses (qu'il s'agisse de l'échelle d'analyse adoptée, de la conception de l'acteur, etc.). En outre, les méthodes des sciences sociales ne concernent pas que la collecte des données, qualitatives ou quantitatives, mais aussi leurs modalités d'analyse et de discussion. Or l'engouement limité et récent, dû en partie à l'influence superficielle de traditions de recherche étrangères<sup>8</sup>, pour le recours à des approches empiriques peut conduire, en l'absence de formation préalable suffisamment approfondie, à la réalisation d'enquêtes en général fondées sur des entretiens « improvisés », semblant reposer sur l'idée qu'il est possible de devenir au moins partiellement chercheuse ou chercheur en sciences sociales en réalisant des entretiens ou en maniant quelques données, qu'il suffira ensuite de commenter.

Outre l'absence de culture professionnelle commune, liée à des méthodes de travail elles-mêmes tributaires de formations différenciées, la

7. E. Mertz, *The language of law school. Learning to think like a lawyer*, Oxford University Press, 2007.

8. Si l'on continue à se référer au cas états-unien, le fait que les *law schools* sont des écoles professionnelles induit que leurs étudiants ont fait un premier cycle dans une autre discipline, et que les thèses (PhDs) sont elles aussi inscrites disciplinairement dans d'autres départements, hormis quelques programmes doctoraux réellement interdisciplinaires, qui incluent précisément une formation aux méthodes comme aux sciences sociales de façon plus générale (par exemple le Jurisprudence and Social Policy Program de Berkeley).

difficulté du travail en commun entre juristes et sociologues tient aussi en partie aux « objets » de la sociologie du droit... C'est-à-dire le plus souvent les juristes eux-mêmes. Si l'enquête *Élidroit* a en quelque sorte constitué un cas limite, puisque les acteurs principaux placés sous la loupe des sociologues étaient des enseignants en droit, l'investigation portant *sur* des juristes de manière générale est peut-être plus difficile à mener *pour* des juristes, partageant non seulement une formation mais aussi une culture professionnelle avec les objets de leur étude. On retrouve ici des débats méthodologiques classiques en sciences sociales, ayant conduit à réfléchir sur la manière dont la distance avec la culture étudiée pouvait constituer un obstacle, ou au contraire une ressource précieuse, dans l'étude de tel ou tel groupe. Si les deux positions ont pu être défendues, de la défense de l'objectivation à l'insistance sur la nécessité de partager le sens commun propre au groupe pour pouvoir le décrire<sup>9</sup>, il n'en reste pas moins que travailler (en partie) sur des collègues, en faire les objets de son enquête avec les outils de la sociologie, c'est-à-dire avec un certain détachement critique<sup>10</sup>, n'est pas forcément chose aisée, et aurait sans doute été plus complexe encore pour des juristes, que cela soit lors de la réalisation de l'enquête (par exemple lors de l'observation de cours) ou de sa restitution scientifique – la résistance à l'objectivation étant un trait couramment observé et aisément compréhensible. L'exemple de l'enseignement du droit doit sans doute être considéré moins comme un cas aberrant que comme un cas limite<sup>11</sup>, témoignant de la difficulté à travailler en même temps du dedans et du dehors du droit. L'obstacle scientifique, lié à l'inégal apprentissage de la maîtrise d'outils méthodologiques ou de modes de raisonnements et à

la collaboration entre juristes et sociologues, se double ici d'une inégale proximité culturelle avec les acteurs étudiés. Dans ce cadre, une trop grande proximité peut constituer un obstacle si elle rend malaisée, voire socialement problématique, l'opération de critique ou d'objectivation, voire même la mise à distance et la problématisation des phénomènes observés.

### Conclusion

À rebours de constats sans doute plus œcuméniques favorables à la construction de savoirs intermédiaires<sup>12</sup>, il est possible d'être plus pessimiste quant à la possibilité de recherches interdisciplinaires entre droit et sciences sociales, en tout cas dans le cas français. Aux États-Unis, la tradition juridique de *common law* redoublée par un mode de formation dans lequel les études de droit sont professionnelles – et se combinent donc avec des premiers cycles et des thèses dans d'autres disciplines – a rendu davantage possible l'élaboration de passerelles et de profils réellement interdisciplinaires. À l'inverse, la séparation, caractéristique de la France, des formations comme des épistémologies a conduit à solidifier des cultures professionnelles bien distinctes entre juristes et sociologues. Dans ce cadre, l'exemple d'une étude de la formation juridique a été mobilisé pour souligner combien la capacité à construire des instruments d'observation, sur le modèle d'outils élaborés pour étudier d'autres cultures ou d'autres formations, suppose l'établissement d'une certaine distance, nécessaire à l'analyse sociologique des phénomènes empiriques observés. Toutefois, celle-ci ne risque-t-elle pas, à la manière de la récente photo enfin obtenue d'un trou noir, de ne caractériser que de manière floue ce qui lui demeure trop lointain, pourra demander le ou la juriste ?

9. Comme le préconise l'ethnométhodologie. H. Garfinkel conseilla ainsi à son étudiante S. Burns de faire des études de droit avant de pouvoir travailler sur les juristes.

10. L. Israël, « La sociologie (du droit) comme critique (du droit) », *Jurisprudence – Revue Critique* 2016, p. 91.

11. Même si tous les travaux de sociologie du droit ne portent évidemment pas sur des juristes, puisqu'y trouvent leur place les « justiciables », pour prendre un terme relevant plutôt du droit, ou plus simplement les profanes en la matière, comme par exemple dans les recherches sur les consciences du droit (*legal consciousness studies*).

12. H. Dumont et A. Bailleux, « Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes », *Droit et société* 2010, n° 75, p. 275.

# Perspectives

## Sociologie du droit

---

### Sociologies du droit : une approche iconoclaste et plurielle

**Olivier Corten**

Professeur à l'Université libre de Bruxelles

Centre de droit international et de sociologie appliquée  
au droit international

**À** la fin de l'année 1982, dans le commissariat de la rue Basse-des-Carmes, situé dans le 5<sup>e</sup> arrondissement de Paris, une femme vient déposer une plainte pour viol. Mais l'officier de police qui l'entend est sceptique. Le suspect, appréhendé et placé en garde à vue, nie catégoriquement les faits : selon lui, il avait depuis plusieurs jours entamé une relation avec la plaignante, laquelle était donc pleinement consentante. La plainte ne serait motivée que par la jalousie, car l'homme est par ailleurs en couple avec une autre femme. En tout cas, il n'y a eu « aucune brutalité, à part que je l'ai giflée et qu'elle m'a giflé », ajoute-t-il candidement. Le policier est contrarié ; il n'a pas encore les résultats des analyses médicales effectuées à l'hôpital sur la plaignante et il ne peut donc à ce stade que se reposer sur les déclarations de cette dernière. En résulte le dialogue suivant :

Le policier, assertif : « Alors vous je vous préviens gentiment, votre histoire de viol, si c'est comme ça que vous la présentez, faut être sûre de votre coup ; parce que si c'est seulement pour embêter ce garçon, ce qui est très vraisemblable... [il se reprend] ce qui est peut-être vraisemblable, j'en sais strictement rien ; méfiez-vous des risques que vous prenez ; vous êtes sûre de votre histoire ? vous êtes sûre de votre histoire hein ? Parce que moi comme j'ai pas de réponse

du médecin... vous êtes sûre de votre histoire ? [...] parce que j'ai aucun moyen de vérifier, je vous préviens ; alors si jamais lui arrive à me démontrer le contraire, c'est vous qui vous retrouvez en cabane pour une plainte abusive ; alors réfléchissez... je veux bien vous croire hein, mais j'ai aucun moyen de vérifier si vous me racontez des histoires ».

Elle, sanglotant : « Mais c'est pas de ma faute moi ; je n'y suis pour rien moi ».

L'homme, qui avait été placé dans la pièce juste à côté, avec une porte simplement entrouverte, apparaît soudain et déclare vouloir s'exprimer, mais il est sommé d'attendre, toujours à quelques mètres. La femme murmure alors : « s'il s'excuse pour ce qui s'est passé, moi je dépose pas plainte et je m'en vais chez moi ». Mais le policier est distrait, tout occupé qu'il est à placer des feuilles de papier dans sa machine à écrire pour rédiger son rapport. Elle répète : « si le monsieur veut s'excuser auprès de moi... j'ai pas envie d'avoir d'ennui... s'il s'excuse auprès de moi ça passera ». Elle se prend la tête dans les mains et pleure doucement, puis répète une quatrième et une cinquième fois qu'elle acceptera des excuses. Le policier finit par l'entendre. Il se rapproche alors d'elle, ôte ses lunettes et se frotte les yeux, exaspéré : « Écoutez, je crois qu'il faudrait qu'on se comprenne bien. Vous voulez

qu'il s'excuse pour quoi ? » ; « pour ce qu'il vient de faire », répond-elle. Il hausse alors le ton :

« Il faut que vous compreniez une chose, mademoiselle, c'est que le viol, en France, c'est un crime et que ce garçon il risque de se trouver pendant cinq ans en taule, minimum ; parce que... il a fait l'amour avec vous alors que vous étiez pas d'accord de faire l'amour avec lui ; parce que bon vous avez quand même passé une nuit ensemble la semaine dernière et enfin là, lui voulait remettre ça et vous étiez pas d'accord ; il téléphone à sa petite copine et ça continue à mettre de l'huile sur le feu... et à partir de là vous l'envoyez en taule pendant cinq ans ; ça fait quand même beaucoup hein ! Vous trouvez pas ? Alors on va faire une chose. On va bien se mettre d'accord. Ensuite on va vous mettre tous les deux ensemble. Vous allez vous faire des excuses ; lui de vous avoir fait ce qu'il vous a fait, ce qui était peut-être pas correct » [« je veux pas le voir », chuchote-elle] ; « et puis vous vous allez vous excuser auprès de lui, parce que vous lui avez fait passer une sacrée soirée aussi, hein ! ».

Le policier tape le procès-verbal d'audition en conséquence. Pendant ce temps, la femme courbe l'échine en se tordant les doigts. Elle signe et un autre policier entre dans la pièce : « Bon, celle-là vous me la faites partir, que je la revoie plus », lui dit son supérieur, comme si elle était absente. « Elle se débrouille pour rentrer ? », lui répond son subordonné. « Ben à cette heure-ci, y'a encore des métros là, c'est bon là ! ». La femme est toujours assise, juste à côté, comme hébétée. Le policier se retourne vers elle et la fixe : « bon puis si y'a un os, vous savez, c'est ici hein ; si vous avez des problèmes, faut venir m'en parler ; c'est pas la peine d'aller faire des bêtises, hein ! ?... On se connaît maintenant suffisamment pour que vous sachiez que si y'a des difficultés, faut venir me voir ». L'homme qui l'a violée revient alors dans la pièce : « Mademoiselle s'excuse des difficultés

qu'elle vous a portées ce soir... », lui dit le policier, qui s'adresse ensuite à la femme : « Bon allez, la sortie c'est par là, le monsieur va vous raccompagner ; ne recommencez pas hein ! ».

La scène que l'on vient de décrire a été réalisée par Raymond Depardon dans son film documentaire intitulé *Faits divers*<sup>1</sup>. Et elle peut sembler tout aussi – voire plus – parlante que bien des ouvrages qui appréhendent la sociologie du droit sous un angle théorique ou anthropologique, en exposant des concepts ou en reprenant les œuvres majeures de la discipline.

C'est pourquoi j'ai abondamment recouru à ce type de matériau pour réaliser l'ouvrage *Sociologies du droit*, paru au début de l'année 2023 chez Dalloz<sup>2</sup>. L'utilisation de documentaires, mais aussi d'essais, voire de fictions cinématographiques ou littéraires, m'a paru particulièrement appropriée pour saisir la pratique juridique en contexte, au plus près des situations et des représentations que s'en font les acteurs<sup>3</sup>.

C'est sur cette base que peuvent être illustrées diverses théories que l'on peut rattacher à la sociologie du droit. La scène que l'on vient de décrire ouvre tout particulièrement à une prise en compte des écrits féministes, spécialement en ce qu'ils insistent sur le caractère patriarcal d'un droit libéral très axé sur la protection de la « sphère privée »<sup>4</sup>. En l'occurrence, le policier envisage la relation entre l'homme et la femme comme caractérisée par des choix d'ordre privé dans lesquels il estime que le droit n'a pas à interférer. C'est ainsi au nom d'une autonomie de la volonté largement fictive qu'il clôturera l'affaire : finalement, et toujours à le suivre, la femme a plus ou moins directement consenti à un rapport sexuel et elle a librement décidé de retirer sa plainte. On pourrait aussi analyser cette situation à partir d'une approche bourdieusienne axée sur la distinction entre une position (la place de chacun dans le champ, avec son capital économique, culturel et symbolique), les dispositions

1. R. Depardon, *Faits divers*, Films A2, 1983.

2. O. Corten, *Sociologies du droit*, Dalloz, 2023 (la scène que l'on vient de décrire y est évoquée p. 252, puis commentée dans une autre perspective que celle que l'on reprendra ici).

3. Sans être exhaustif, l'ouvrage reprend des films ou séries documentaires (allant de plusieurs œuvres de Raymond Depardon à des séries télévisées comme *Souçons*, de Jean-Xavier de Lestrade), des essais (comme *Congo. Une histoire*, de Xavier van Reybrouck ou *Torture Team*, de Philippe Sands), des fictions basées sur des événements historiques (comme *Une Affaire de femmes*, de Claude Chabrol, *Hannah Arendt*, de Margarethe von Trotta, ou *Section spéciale*, de Costa-Gavras), ou encore des pures œuvres de fiction, filmographiques (comme *M. le Maudit*, de Fritz Lang) ou littéraires (comme *L'étranger*, d'Albert Camus ou *La panne*, de Friedrich Dürrenmatt), y compris dans le domaine de la bande-dessinée (*Lucky Luke* et *Le juge*, de Morris et René Goscinny).

4. V. C. Delphy, *L'ennemi principal*. 2. *Penser le genre*, 3<sup>e</sup> éd., Syllepse, 2013 ; C. Patelman, *Le contrat sexuel*, La Découverte, 1988.

(à se comporter de telle ou telle manière, en fonction d'un *habitus* incorporé à la suite de son expérience personnelle, elle-même en partie déterminée par son appartenance à un groupe social) et les positions (que l'on prend dans un cas particulier, d'une manière qui dépendra de sa position et de ses dispositions)<sup>5</sup>. En l'occurrence, tout oppose le policier, qui est en position de force, spécialement dans sa connaissance du droit et de ses arcanes (y compris administratives et bureaucratiques) et la femme, dont la faiblesse se révèle non seulement par une méconnaissance des règles et des procédures ainsi que par un langage incertain (d'autant que le français n'est manifestement pas sa langue maternelle) mais aussi par des gestes, des postures corporelles typiques de soumission (regard fuyant, silhouette prostrée, tremblements...). Une autre manière encore d'envisager cette scène est de la mettre en rapport avec les théories de la « conscience du droit » (*legal consciousness*), spécialement telles qu'elles apparaissent dans l'ouvrage de référence de Patricia Ewick et de Susan Silbey<sup>6</sup>. Ces dernières distinguent ainsi trois postures dans la manière dont les usagers ou les usagers appréhendent le droit : *above the law* (lorsque le droit est perçu comme une force extérieure et surplombante à laquelle on ne peut que se soumettre), *with the law* (lorsque le droit est au contraire utilisé dans une perspective stratégique afin de soutenir ses objectifs) ou *against the law* (lorsqu'on développe des stratégies tendant à éviter l'application du droit sans le remettre en cause frontalement, ni à proprement parler chercher à l'utiliser). Dans la scène reprise ci-dessus, sans doute pourrait-on voir une illustration respective de ces trois postures dans les personnages de la femme (*above the law*), du policier (*with the law*) et de l'homme (*against the law*).

Au-delà de ces approches spécifiques, dont on ne vient évidemment que de donner quelques exemples, il est également possible d'envisager une scène comme celle du commissariat dans une perspective plus large. Dans l'ouvrage *Sociologies du droit*, les huit chapitres correspondent à autant de tensions qui caractériseraient le droit en situation : la sociologie du droit, science originale ou déclinaison de la théorie ou de la philosophie du droit ? L'établissement juridique des faits, reflet ou construction d'une vérité ? L'interprétation du droit, découverte ou création du sens ? Le droit, liberté ou contrainte ? L'ordre juridique, unité ou pluralité ? Le droit comme vecteur d'une solidarité sociale : communauté ou société ? Formalisation ou déformalisation du droit ? Légalité ou légitimité ? On n'aura pas l'occasion, dans le cadre limité de cette présentation, de les reprendre une à une. Tout au plus insistera-t-on sur la première, dans la mesure où elle touche à l'identité même de la discipline. Car, finalement, qu'est-ce que la sociologie du droit ? En parcourant les définitions consacrées ou les manuels reconnus, on ne peut que constater une grande diversité d'approches. Quoi de commun, par exemple, entre l'approche pluraliste de George Gurvitch<sup>7</sup>, la sociologie législative de Jean Carbonnier<sup>8</sup>, l'approche pragmatique ou praxéologique de Baudoin Dupret<sup>9</sup> ou l'approche plus résolument critique de Thierry Delpeuch, Laurence Dumoulin et Claire de Galembert<sup>10</sup> ? Et, au-delà des études formellement désignées comme relevant de la sociologie du droit, peut-on y ranger des figures comme celles de Pierre Bourdieu, Michel Foucault, Bruno Latour, Didier Fassin, Christine Delphy, Liora Israël, Céline Bessière et Sybille Gollac<sup>11</sup>, pour ne reprendre que quelques exemples ? En choisissant le titre de *Sociologies du droit*, on aura tendance à répondre par l'affirmative, en envisageant la discipline de manière ouverte et plurielle. Cette

5. P. Bourdieu, *La Force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique*, éd. Sorbonne, 2017 ; P. Bourdieu, *Microcosmes. Théorie des champs*, Raisons d'agir, 2021.

6. P. Ewick et S. Silbey, *The Common Place of Law. Stories from Everyday Life*, The University of Chicago Press, 1998.

7. G. Gurvitch, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, 1940, p. 1.

8. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, 1<sup>re</sup> éd., PUF Quadrige, 1978.

9. B. Dupret, *Droit et sciences sociales*, Armand Colin, 2006.

10. Th. Delpeuch, L. Dumoulin et C. de Galembert *Sociologie du droit et de la justice*, Armand Colin, 2014.

11. V. not. M. Foucault, *Théories et institutions pénales. Cours au collège de France. 1971-1972*, Gallimard, Seuil, 2015 ; B. Latour, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, La Découverte, 2002 ; D. Fassin, *Punir. Une passion contemporaine*, Seuil, 2017 ; L. Israël, *Robes noires, années sombres. Avocats et magistrats en résistance pendant la Seconde Guerre mondiale*, Fayard, 2005 ; C. Bessière et S. Gollac, *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalités*, La Découverte, 2020.



approche n'empêche pas, par ailleurs, de tracer quelques lignes de force qui permettent, si on choisit de le faire, de distinguer la sociologie, d'une part, de la philosophie, de la théorie du droit ou de la dogmatique juridique, de l'autre. Dans le premier cas, le propos a une vocation plus explicative ou analytique que normative : l'exposition et l'analyse de la scène du viol reprise plus haut ne donne, en ce sens, lieu à aucun jugement ni à aucune condamnation, que ce soit sur la base du droit positif ou de théories plus fondamentales de la justice. Mais, toujours dans une perspective proprement sociologique, il va de soi que l'on dépasse la description de la logique propre de l'ordre juridique pour envisager celui-ci dans ses relations avec les champs

social et politique dans le cadre desquels cet ordre s'inscrit. Là encore, la manière dont le droit est appréhendé par et appliqué aux différents acteurs (le policier, la femme, l'homme, dans la scène reproduite plus haut) est exposée dans une perspective plus large.

Finalement il semble possible d'articuler une approche ouverte et la prise en compte de certains critères susceptibles d'encadrer la sociologie du droit. Cette dernière est alors envisagée à la fois en tant que telle et au pluriel, le tout en intégrant une optique iconoclaste reprenant des matériaux variés qui s'écartent parfois des canons de la discipline. C'est en tout cas ce qu'on espère avoir montré à travers cette brève présentation de *Sociologies du droit*...

# Rétrospective

---

Dans chaque numéro, la *RDA* publie le texte d'une conférence du cycle « Les grands textes du droit » qu'elle organise et qui vise à proposer un commentaire des textes majeurs de la littérature juridique.

---

## Pierre Catala, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD civ.* 1966, p. 185<sup>1</sup>

**Antoine Touzain**

Professeur agrégé, Université Rouen Normandie,  
CUREJ, UR 4703

1. Au regard des différentes interventions qui ont précédé dans le cycle des rétrospectives de la *Revue de droit d'Assas*, j'ai réfléchi à un texte avec une double préoccupation : m'orienter vers une matière non encore traitée, ainsi que vers un « nouvel » auteur, l'un allant facilement avec l'autre.

Quant à la matière, je me suis rapidement tourné vers le droit des biens, matière que j'affectionne particulièrement et qui n'est pas toujours appréciée à sa juste valeur. Mais le pro-

blème n'était pas réglé mais seulement réduit, tant les « grands » articles foisonnent en droit patrimonial : Savatier sur la classification des biens<sup>2</sup>, Vareilles-Sommières sur la propriété<sup>3</sup>, Michel Cabrillac sur les accessoires de la créance<sup>4</sup>, ou encore l'ouvrage magistral de Ginossar<sup>5</sup>. Mais choisir, c'est renoncer. Il m'a fallu trouver un critère pour affiner mon choix.

J'ai donc laissé parler la fibre « personnelle », ce qui m'a assez aisément orienté vers l'œuvre de Pierre Catala. Si je ne l'ai pas directement

- 
1. Le style oral de l'intervention a été conservé. Je remercie toute l'équipe de la *Revue de droit d'Assas*, et spécialement Lucile Agostini-Malaurie, pour leur invitation. Mes remerciements vont également à Claude Brenner, qui a accepté de présider cette conférence, et à Pierre-Yves Gautier pour ses remarques et précisions. Merci également à Maxime Cormier, à l'origine de ce cycle de conférences, ainsi qu'à Gabriel Sebban pour nos riches discussions sur le droit des biens en général et cet article en particulier.
  2. R. Savatier, « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », *RTD civ.* 1958, p. 1 et « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTD civ.* 1958, p. 331.
  3. M.-G.-A. de Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD civ.* 1905, p. 443.
  4. M. Cabrillac, « Les accessoires de la créance », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 107 et s.
  5. S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960.

connu, il me semble avoir bénéficié indirectement de son influence par le truchement de mon directeur de thèse, qui me fait l'honneur de présider cette conférence. Dans l'hommage rendu à Catala en tant que directeur de thèse<sup>6</sup>, je retrouve en effet la marque de la direction dont j'ai eu la chance de bénéficier, *a fortiori* lorsque je lis que Pierre Catala pouvait « regarder les audaces de ses thésards avec l'indulgence d'un père pour les espiègleries de ses enfants »<sup>7</sup>. D'une certaine manière, Pierre Catala est mon « grand-père » de thèse, et le choix s'imposait donc de lui-même.

Je laisserai à ceux qui l'ont connu le soin de dire qui était Catala, même si, en lisant les nombreux hommages qui lui ont été rendus, on peut avoir une assez bonne idée du personnage. « Prince du droit civil »<sup>8</sup> qui était « la séduction incarnée »<sup>9</sup>, Catala était un « mélange inimitable de culture, de science et d'éloquence tranquille »<sup>10</sup>. Né dans l'Aveyron en 1930, il a soutenu sa thèse à Montpellier en 1954, puis a été agrégé dans la foulée en 1955. Nommé à Grenoble, il a exercé à Beyrouth puis à Saïgon, avant de revenir à Montpellier en 1963 et de rejoindre la Faculté de droit de Paris la meilleure année possible, en 1968, étant Professeur à l'Université Panthéon-Assas jusqu'en 1992.

Catala était un universitaire complet, qui occupa nombre de fonctions au sein de l'Institution, mais aussi un législateur : en droit patrimonial de la famille évidemment, mais aussi en droit des sociétés, pour l'élaboration de la loi informatique et libertés, ou encore dans le cadre de la rédaction de la loi de 2000 sur l'adaptation du droit de la preuve au numérique. Et il n'est nul besoin de rappeler son rôle dans la réflexion qui a précédé la réforme du droit des obligations de 2016 !

**2.** Mais le choix de l'auteur ne faisait que déplacer le problème, car l'œuvre de Catala est foisonnante : immense spécialiste de droit patrimonial

de la famille, dont il a contribué à l'élaboration, il y a légué des articles magistraux, dont plusieurs sont réunis dans son commentaire de la loi du 3 juillet 1971<sup>11</sup>. Cela aurait néanmoins excédé de loin mes compétences en droit patrimonial de la famille. J'ai donc préféré me tourner vers le droit des biens.

Si, là encore, l'œuvre est impressionnante, « la transformation du patrimoine dans le droit civil moderne »<sup>12</sup> apparaissait comme une évidence, cet article constituant souvent la « porte d'entrée » dans la pensée de Pierre Catala (ce fut mon cas). Cet « article fondateur »<sup>13</sup>, pour reprendre les mots de Pierre-Yves Gautier, est en effet extrêmement accessible, et procède à une présentation du patrimoine dans une perspective économique comme juridique.

À telle enseigne qu'aujourd'hui, on a presque le sentiment d'y lire des choses évidentes, ce qui suscite l'admiration : comme a pu le souligner Philippe Simler, « la vision que Pierre Catala a livrée dans ce texte était si prémonitoire qu'il pourrait, à bien des égards, avoir été écrit [au] début du XXI<sup>e</sup> siècle »<sup>14</sup>. Dire ce que dirait un juriste de 2023, mais ce dès 1966, c'est un sacré tour de force.

C'est pourquoi j'aimerais mener cet exercice de rétrospective en mêlant le passé et le présent, en essayant de faire ressortir tant le caractère novateur de cet article que sa permanence. J'envisagerai donc l'article et ses suites, en distinguant son contenu (I) puis son influence (II).

## I. Le contenu

**3.** L'idée est ici de se replacer à l'époque de l'article, en 1966. Les Beatles viennent de signer leur dernière tournée. Surtout, l'époque est à un foisonnement d'idées politiques et de progrès scientifiques. D'un point de vue politique, la guerre froide bat son plein, avec une opposition

6. C. Brenner, « Pierre Catala, enseignant à Paris », in R. Cabrillac (dir.), *Hommage à Pierre Catala*, Dalloz, coll. « Thèmes & Commentaires », Actes, 2013, p. 11 et s.

7. *Ibid.*, p. 17.

8. Y. Lequette, « Introduction », in R. Cabrillac (dir.), *Hommage à Pierre Catala*, *op. cit.*, spéc. p. 8.

9. *Ibid.*

10. C. Brenner, « Pierre Catala, enseignant à Paris », *préc.*, spéc. p. 11.

11. P. Catala, *La réforme des liquidations successorales*, Defrénois, 3<sup>e</sup> éd., 1982.

12. P. Catala, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTD civ.* 1966, p. 185. Ci-après désigné sous le vocable « Art. commenté ».

13. P.-Y. Gautier, « Les articles fondateurs » in *Mélanges Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 255 et s.

14. P. Simler, « Pierre Catala et le droit des biens », in R. Cabrillac (dir.), *Hommage à Pierre Catala*, *op. cit.*, spéc. p. 22.

fondamentale de systèmes économiques (que Catala tente, à la fin de son article, de réunifier malgré tout). D'un point de vue scientifique, c'est une époque bouillonnante, celle de la conquête spatiale, de la découverte de vie microbienne dans des conditions extrêmes, de l'installation de stations en Antarctique, de la découverte du laser, de la naissance du concept d'internet ou encore des premières réflexions théoriques sur l'intelligence artificielle<sup>15</sup>.

Pour ce qui est du contexte législatif, on songe évidemment à la loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, qui a indéniablement inspiré Catala dans cet article.

Quant au contexte doctrinal, la période est tout aussi passionnante. Le Comité de réforme du Code civil, lancé en 1946, a certes fait chou blanc – dans une République qui n'avait pas le 49-3 –, mais les idées nouvelles fusent, particulièrement en droit des biens. En 1966, cela fait six ans que Ginossar a publié son retentissant ouvrage *Droit réel, propriété et créance : élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, qui recevra une réponse extrêmement forte de Dabin<sup>16</sup>. Les ouvrages de droit des biens ne sont pas en reste, eux qui ont une approche très novatrice, qu'il s'agisse de ceux de Marty et Raynaud<sup>17</sup>, ou de Colin, Capitant et Julliot de la Morandière<sup>18</sup>.

De ce point de vue, l'article de Catala s'inscrit dans son époque, tant par la méthode employée que par les idées développées. Envisageons ainsi successivement la démarche (A) et le fond (B).

## A. La démarche

4. Catala observe le monde qui l'entoure en juriste. Si l'article est consacré au patrimoine, il n'a pas pour objet la théorie du patrimoine : ce qui intéresse Catala, c'est le contenu du patrimoine : il cherche à étudier ses transformations, qui « affectent la substance plutôt que le concept » et qui « ne rejoignent la théorie juridique que par le circuit des faits économiques et sociaux »<sup>19</sup>.

On décèle ici ce qui a marqué les élèves de Catala : cette « manière de rendre la technique juridique, si présente soit-elle, simplement sous-jacente », par « l'adoption d'un point de vue délibérément recentré sur les besoins de la société avec en ligne de mire l'histoire, l'économie et la culture de notre pays »<sup>20</sup>. Cette appétence ressort de plusieurs références : celle à la « malédiction biblique » ayant conduit à ce que la majorité des individus soit tenue de travailler pour obtenir des revenus<sup>21</sup>, celle à la psychologie des individus – le « goût du mieux-être, plutôt que [...] souci d'amasser »<sup>22</sup> – et à la sociologie – décrivant le passage d'une société de l'épargne à une société de la consommation<sup>23</sup> –, sans compter l'approche historique sous-jacente, que résume cette phrase : « au bilan du patrimoine moderne », on trouve « comme un écho d'antiques notions, voire un retour aux sources »<sup>24</sup>, qu'il s'agisse des choses « viles »<sup>25</sup>, de la distinction des fruits et produits<sup>26</sup>, ou encore de la théorie romaine des droits réels<sup>27</sup>. On sent également l'intérêt pour le droit comparé, qu'il s'agisse de se référer à la *common law*<sup>28</sup> ou au droit soviétique<sup>29</sup>.

15. O. Néron de Surgy et S. Tirard, *La science des sixties, Les avances remarquables au temps des yéyés et de la guerre froide*, Belin, 2014.

16. J. Dabin, *RTD civ.* 1962, p. 20 et la réponse de S. Ginossar, *RTD civ.* 1962, p. 573.

17. G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. II, vol. 2, *Les biens*, Sirey, 1965.

18. A. Colin, H. Capitant et L. Julliot de la Morandière, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 1, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1947.

19. Art. commenté, n° 2.

20. C. Brenner, « Pierre Catala, enseignant à Paris », art. préc., spéc. p. 14.

21. Art. commenté, n° 14.

22. Art. commenté, n° 2.

23. *Ibid.*

24. Art. commenté, n° 11.

25. *Ibid.*

26. Art. commenté, n° 12.

27. Art. commenté, n° 21.

28. Art. commenté, n° 17.

29. Art. commenté, n° 8.

Bref, la vision de Catala est celle d'un juriste, mais surtout d'un intellectuel : à l'instar d'un Ripert dans les *Aspects juridiques du capitalisme moderne*<sup>30</sup>, ou d'un Savatier (que Catala cite d'ailleurs à plusieurs reprises), notamment dans son étude du « bien-clientèle »<sup>31</sup>, Catala ne se refuse pas de barrière. Il est un juriste qui regarde le monde qui l'entoure et s'interroge sur la manière dont le droit peut se saisir de ces objets. Il ne s'agit pas d'inféoder le droit à l'économie, ni de systématiser les rapports entre ces deux disciplines, mais de prendre l'économie pour ce qu'elle est : un phénomène social incontournable. Et la lire en juriste.

Qu'on en juge. Catala évoque l'importance fondamentale des revenus, qu'il met en balance avec la multiplication des achats à tempérament et donc « l'accroissement d'un passif à échéances périodiques », qu'il analyse ainsi : « ceci tend à découper dans le patrimoine, activement et passivement, une sorte de plan usufruitaire, distinct du plan du capital »<sup>32</sup>. Puis il évoque ces « objets parfois fort chers à l'achat, mais promis à une dépréciation rapide par usure ou moins-value », visant l'équipement ménager et les véhicules (que dirait-il des *smartphones* !); vient la lecture du juriste : « ne serait-ce point la version moderne, élargie par le progrès technique des meubles meublants du Code civil »<sup>33</sup> ? Encore après, où il évoque « la vieille distinction des fruits et des produits » pour expliquer la distinction entre les « revenus épargnés formant du capital », citant l'amortissement de l'emprunt immobilier, des « ressources périodiques qui correspondent à une déperdition d'un capital » (par exemple le déboisement systématique)<sup>34</sup>.

**5.** L'exercice est donc assez original pour un juriste d'aujourd'hui. Il explique la rareté des notes de bas de page, puisqu'il n'y en a qu'une, après la première phrase, pour renvoyer aux

débats de théorie juridique sur le patrimoine, au VII<sup>e</sup> Congrès international de Droit comparé, en vue duquel l'article est écrit. Ce n'est pas dire que Catala ne se réfère à personne : il mentionne Savatier à deux reprises, Roubier, ainsi que les frères Mazeaud. L'on peut aussi se demander s'il n'y a pas une influence diffuse de la thèse de Nerson<sup>35</sup>. En revanche, il ne s'agit pas, pour Catala, de faire un état des débats doctrinaux du droit des biens, à propos desquels il demeure allusif, ainsi lorsqu'il évoque les « études récentes » qui « ont montré que le droit de propriété vaut surtout par l'opposabilité absolue de la protection dont jouit son titulaire »<sup>36</sup>, ce qui renvoie à Ginossar.

Non, cet article n'est pas là pour entrer dans la mêlée du droit des biens : il n'y a pas eu d'« École Catala » dans l'immense campus des Écoles du droit des biens du XX<sup>e</sup> siècle. Il s'agit plutôt de proposer une lecture de la réalité économique du patrimoine.

Lecture qui est servie par un style d'une grande limpidité. Citons quelques métaphores. Sur la monnaie : « le fleuve d'argent a grossi, [...] il coule plus vite et [...] il ne dépose pas ses alluvions aux mêmes berges qu'autrefois »<sup>37</sup>; sur la force des revenus par rapport au capital : « tout se passe comme si l'argent traversait des patrimoines poreux sans y sédimenter de substance fixe »<sup>38</sup>. Sur la disparité des richesses : après avoir mentionné les grandes fortunes, Catala poursuit : « mais le patrimoine moyen du bon père de famille côtoie sans y entrer ces Eldorado. Et cependant la prospérité générale retombe aussi sur lui; seulement, c'est une pluie de revenus qui l'irrigue »<sup>39</sup>. Belle formule pour synthétiser l'alors jeune théorie du ruissellement !

Mais cet article, ce n'est pas qu'un style ou seulement une démarche originale : il convient maintenant d'en déceler les ressorts.

30. G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1946.

31. R. Savatier, « L'introduction et l'évolution du bien-clientèle dans la construction du droit positif français », in *Mélanges Jacques Maury*, t. 2, Dalloz-Sirey, 1960, p. 559 et s.

32. Art. commenté, n° 10.

33. Art. commenté, n° 11.

34. Art. commenté, n° 12.

35. R. Nerson, *Les droits extrapatrimoniaux*, LGDJ, 1939.

36. Art. commenté, n° 21.

37. Art. commenté, n° 2.

38. Art. commenté, n° 3.

39. Art. commenté, n° 9.

## B. Le fond

6. Cet article n'a pas pour objet la théorie du patrimoine, dont Catala s'étonne qu'elle ait été si critiquée : pourquoi opposer la théorie subjective d'Aubry et Rau, qui « valorise la personne et la durée », aux théories objectives, qui « exaltent la substance et l'instant », alors que le patrimoine « est tissé de personne et de matière »<sup>40</sup> ? Inutile d'y revenir, selon Catala, qui privilégie une étude des transformations du patrimoine, qui « affectent la substance plutôt que le concept » et qui « ne rejoignent la théorie juridique que par le circuit des faits économiques et sociaux »<sup>41</sup>. C'est pourquoi Catala envisage successivement « la matière économique du patrimoine » (1), avant de s'intéresser à sa « matière juridique » (2).

### 1. La matière économique du patrimoine

7. L'idée-force de Catala est la tendance à un « accroissement des revenus [...] beaucoup plus sensible que celui des capitaux »<sup>42</sup>. C'est que « l'insécurité monétaire » (largement étudiée par Catala dans sa thèse) et les « pressions décuplées [pour] modeler les comportements », par le biais de la publicité et de « l'immense réseau de l'écrit, de l'image et du son », conduisent le bon père de famille à privilégier la perception de « ressources régulières » plutôt que « la détention d'un capital vulnérable »<sup>43</sup>. Ainsi, « le patrimoine, réduit à des revenus dépensés, tendrait à devenir

viager lui-même, c'est-à-dire à trahir son étymologie »<sup>44</sup>. Et Catala de détailler ce que recouvrent le capital et les revenus.

8. Quant au **capital**, Catala l'entend dans un sens sociologique, recherchant ce qui fait la fortune des individus<sup>45</sup>. Elle repose, pour l'auteur, sur deux types de biens.

Le premier est l'*immeuble*. Si Catala rappelle que l'immeuble bâti conserve sa valeur économique et son prestige, malgré le « délabrement » de ses attributs juridiques (référence à peine voilée à la théorie de l'abus de droit ou aux troubles anormaux du voisinage), il nuance, de façon originale, pour l'« immeuble-logement » dont le crédit n'est pas encore remboursé, qui serait quasiment un bien de consommation<sup>46</sup>. Catala ajoute également une réserve, qui lui tient à cœur puisqu'il la répète plus loin, qui tient à la médiocrité des constructions<sup>47</sup>. Effectivement, les constructions d'après-guerre sont souvent dénoncées comme « bâclées », avec des matériaux de faible qualité – et les effondrements qui font régulièrement la une des journaux ces temps-ci ne viennent pas contredire Catala.

Mais l'immeuble, c'est surtout la surface du sol, « premier de tous et seul vrai peut-être »<sup>48</sup> : le terrain cultivable gagne en valeur au fil de la dépréciation monétaire, tandis que la valeur réelle explose pour le fonds concerné par « l'urbanisme citadin ou touristique »<sup>49</sup>. Catala prédit

40. Art. commenté, n° 1. Transparaît l'esprit critique, car pratique, de Catala : aucune de ces théories n'est si terrible, sans quoi les ordres juridiques qui auraient opté pour l'une ou l'autre n'auraient pas atteint « des niveaux de développement équivalent ». Car « là où le Droit apparaît intolérable, le législateur intervient tôt ou tard pour le réformer, et le juge fait de même dans la limite de ses moyens ». Et de citer l'exemple de l'assouplissement du recours à la personnalité morale, depuis l'introduction de la SARL ; propos qui prendra plus de sens encore 19 ans plus tard, avec la consécration de l'EURL.

41. Art. commenté, n° 2.

42. Art. commenté, n° 3.

43. *Ibid.*

44. *Ibid.*

45. Faute de « définition juridique précise du capital », Catala en retient une « conception sociologique », qui désigne la fortune, chiffrée alors à une ou plusieurs dizaines de millions d'anciens francs. Dix millions d'anciens francs équivalant à 143 614 euros aujourd'hui, on constate que la « fortune » de l'époque est inférieure au patrimoine médiant d'aujourd'hui (qui est de 163 000 euros). Si les critères sont évidemment variables, être « riche » suppose aujourd'hui un capital beaucoup plus important : pour l'Observatoire des inégalités, il devrait être trois fois plus élevé que celui médiant, soit 490 000 euros d'actifs nets ; pour l'INSEE, un « haut patrimoine » est détenu par les 10 % des plus fortunés, soit environ 610 000 euros ; des études sociologiques retiennent comme critère de la richesse la possibilité de percevoir un revenu correspondant au niveau de vie médiant grâce à ses seuls placements, ce qui serait un million d'euros de patrimoine de rapport (ce qui est proche du montant retenu pour l'ISF, qui est d'1,3 millions de patrimoine immobilier).

46. Art. commenté, n° 3. Ce bien « n'apparaît vraiment comme un bien capitalisé qu'affranchi de cette double contrainte, c'est-à-dire quand il est payé et ne correspond pas à la satisfaction d'un besoin primordial d'habitation », devenant alors un « instrument véritable de placement ou de spéculation ».

47. *Ibid.*

48. Art. commenté, n° 6.

49. *Ibid.*

que ce mouvement ne pourra que continuer, « comme l'inéluctable conséquence de la coexistence, sur une surface immeuble, d'hommes plus nombreux et plus riches. Un temps viendra où le luxe suprême sera l'espace clos, préservateur de silence et d'intimité »<sup>50</sup>. Dans une ville parmi les plus denses du monde qu'est Paris, l'affirmation conserve une actualité criante.

Mais à côté de l'immeuble est apparu un nouveau bien représentatif de capital : ce que Catala appelle le *bien de production*, qui correspond à une catégorie « politique ou économique », celle d'entreprise, d'exploitation, de clientèle<sup>51</sup>. Pour Catala, « c'est là que le capital est en expansion, grâce à l'élévation générale du niveau de vie »<sup>52</sup>. Or, pour l'auteur, il y a un double-phénomène qui frappe ces biens (ainsi que les immeubles, mais dans une moindre mesure).

Le premier est la concentration, qui a pour conséquence que « les petites unités ont de plus en plus de mal à survivre »<sup>53</sup>. Le patrimoine est aux mains des personnes morales, Catala évoquant deux « catégories d'associés », d'un côté la masse se servant des titres comme de l'argent, de l'autre le petit nombre exerçant le pouvoir<sup>54</sup>. Là encore, Catala avait vu juste, et il suffit de voir les difficultés que l'on peut avoir à imposer une législation aux mastodontes du numérique pour en témoigner ; comment ne pas penser à Google en lisant que « la tendance du capital est de se concentrer d'autant plus qu'il s'accroît, les unités les plus grosses absorbant les moins importantes ou s'en assurant le contrôle »<sup>55</sup> ?

À côté de cette concentration, le second phénomène, qui en découle, est l'intervention de l'État<sup>56</sup>. Catala distingue ainsi le « schéma marxiste » d'intervention totale, le « schéma libéral » dont la législation *antitrust* est le modèle – mais dont Catala ne paraît guère convaincu – et le « moyen terme » de la France et de la

Grande-Bretagne, ainsi que de l'Europe du marché commun, qui se situerait « au carrefour des modèles socialistes et des systèmes libéraux »<sup>57</sup>. Idée qui fait sourire aujourd'hui, tant l'Union européenne est classée, selon l'observateur, dans la catégorie « libérale » (car elle favorise le marché) ou celle « socialiste » (songez aux discussions sur le devoir de vigilance ou la réglementation de l'IA) !

Ce double-phénomène s'est sans doute confirmé avec le temps. Mais l'anticipation de Catala est erronée quant à l'attributaire : s'il y a bien eu concentration du capital, ce n'est pas, contrairement à ce qu'il pensait, entre les mains de l'État, mais plutôt des sociétés privées<sup>58</sup>. En revanche, la conséquence qu'il en déduisait n'a sans doute pas perdu de sa valeur, puisqu'il pensait « peu probable qu'un nombre croissant de personnes physiques accède à la véritable puissance capitaliste »<sup>59</sup>. Cette juste intuition découlait de ce qu'il avait anticipé que ce n'était pas tant le capital, mais les revenus qui tendaient à s'accroître.

**9. Après le capital, les revenus.** Pour Catala, la place des revenus devait s'agrandir avec le développement de la société de consommation, qui implique une « tendance naturelle à l'usure », notamment avec l'achat à tempérament<sup>60</sup>. D'où la tendance déjà évoquée à « découper dans le patrimoine, activement et passivement, une sorte de plan usufruitaire, distinct du plan du capital »<sup>61</sup>.

Pour bien comprendre le mouvement, Catala commence par démêler ce qui relève du revenu et du capital, puisqu'il définit le revenu comme un bien perçu sans altération du capital<sup>62</sup>. Il distingue ainsi les acquisitions qui n'accroissent pas le capital, notamment les biens de consommation, ces nouveaux « meubles meublants » qui

50. *Ibid.*

51. Art. commenté, n° 7.

52. *Ibid.*

53. Art. commenté, n° 8.

54. *Ibid.*

55. *Ibid.*

56. Art. commenté, n° 9.

57. *Ibid.*

58. P. Simler, « Pierre Catala et le droit des biens », art. préc., p. 22.

59. Art. commenté, n° 9.

60. Art. commenté, n° 10.

61. *Ibid.*

62. Art. commenté, n° 11 *in fine*.

ne sont quasiment pas matière à héritage, quitte à contredire l'étymologie *patrimonium*<sup>63</sup>, mais aussi les ressources qui viennent amenuiser le capital, évoquant notamment « l'aliénation à charge de rente viagère », dont l'absence de systématisation ne tiendrait qu'à un « sentiment encore vivace d'un devoir successoral envers la descendance directe » mais aussi aux déconvenues passées liées à « l'instabilité monétaire » qui ne peuvent être contrebalancées que par « une solide indexation »<sup>64</sup>. Catala reprend ici une idée-force de sa thèse – qui continuera de l'occuper dans ses recherches et son activité législative en droit des successions –, avant d'évoquer le renouveau des « prestations en nature », motivé par ce « désir de sécurité »<sup>65</sup>.

Cela précisé, Catala part à la recherche des sources de revenus. Il y a les « revenus oisifs »<sup>66</sup>, à la « productivité [...] variable », Catala estimant que le placement en bourse est médiocre – passage qui n'a pas forcément bien vieilli, encore qu'en ce moment les marchés financiers ne soient pas au meilleur de leur forme –, le meilleur placement restant l'immeuble locatif<sup>67</sup>. Mais Catala ne s'y arrête guère car, pour l'auteur – et on ne peut encore qu'être d'accord avec lui –, ces revenus « ne viennent pas en tête dans la plupart des patrimoines »<sup>68</sup>.

C'est en effet le « revenu professionnel », cet « acquêt par excellence »<sup>69</sup>, qui retient son attention, Catala insistant sur la nouveauté tenant à ce que les « gros revenus »<sup>70</sup> soient généralement professionnels, ce qui découle d'une double tendance. Tendance à la *valorisation de l'activité humaine*, par la protection des œuvres

de l'esprit, le salaire minimum, mais aussi la « conjonction du capital et du travail » par le développement du « bien-clientèle »<sup>71</sup>, Catala faisant expressément référence à l'œuvre de Savatier. Ripert, déjà, avait cerné cette tendance à vouloir « transformer le travail en propriété »<sup>72</sup>, ce dont on trouve trace dans les travaux voyant dans la « force de travail » un bien<sup>73</sup>. D'où cette idée que les parents se préoccuperaient plutôt de financer des études et d'établir leurs enfants, plutôt « que d'amasser pour le leur transmettre un capital vulnérable à l'érosion accélérée du temps »<sup>74</sup>.

Catala remet alors sa casquette de juriste : si le revenu professionnel est une telle source de richesse, c'est grâce à la *sécurité du travail*, prônée par la législation de son époque. Il évoque ainsi la protection du travail, grâce au droit social, rappelant qu'il existait en germe dès 1804, dans le caractère réel des servitudes ou la prohibition des engagements perpétuels. Il envisage également les évolutions légales et jurisprudentielles de son siècle : protection du preneur à bail commercial, octroi d'une indemnité de clientèle au VRP ou à l'agent commercial<sup>75</sup> notamment.

S'y ajoute la protection de la personne<sup>76</sup>, Catala se référant au régime de compensation en cas d'incapacité de travail, qui ne peut être que forfaitaire, pour éviter de peser trop lourd sur les finances publiques – le Gouvernement actuel aurait aimé ce passage ! À côté, Catala fait la part belle aux « ressources de la responsabilité civile »<sup>77</sup>, qui permettent d'octroyer une réparation aux proches ou aux ayants droit, critiquant les opposants qui y verraient une « com-

63. Art. commenté, n° 11.

64. *Ibid.*

65. *Ibid.*

66. Art. commenté, n° 13.

67. Même si Catala s'interroge sur l'aspect conjoncturel, lié à la crise du logement, tout en rappelant que la « qualité médiocre de la construction » peut entraîner une perte de valeur des immeubles (art. commenté, n° 13).

68. Art. commenté, n° 13.

69. Art. commenté, n° 14.

70. *Ibid.*

71. Défini comme un « cadre de travail [...] au service d'une activité compétente » (art. commenté, n° 15).

72. G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, op. cit., n° 152.

73. Th. Revet, *La force de travail (étude juridique)*, Litec, coll. « Bibl. dr. entreprise », t. 28, 1992, n° 332 et s.

74. L'opinion publique considérerait qu'existerait une forme de « "capital immatériel" fourni par les parents à leurs enfants sous forme d'études avancées qui sont une forme d'investissement, à côté du patrimoine héréditaire classique », Catala s'interrogeant sur la nécessité d'appréhender cette réalité en droit successoral.

75. Art. commenté, n° 16.

76. Art. commenté, n° 17.

77. Art. commenté, n° 17.



mercionalisation de la personne » : le passage est très moderne, Catala prônant de s'inspirer de la *common law* : « c'est jeter sur la réalité le voile d'une fausse pudeur et confondre avec le préjudice moral (effectivement difficile à mesurer) le préjudice corporel, dont les conséquences sont parfaitement évaluables et qui frappe les familles dans leur source primordiale de revenus »<sup>78</sup>. La théorie de la force de travail comme bien n'est pas loin, lorsque Catala évoque les dommages-intérêts comme « un hommage rendu à la force de travail disparue »<sup>79</sup>.

**10.** On le voit, ce panorama est très complet, et encore d'une grande actualité. Cela n'étonne guère puisque Catala précise, avec modestie, que ces « constatations » ne sont pas « des révélations : elles expriment une évolution, non une révolution ; elles se bornent, en raisonnant sur le plus grand nombre, à esquisser les caractéristiques économiques du patrimoine des personnes physiques »<sup>80</sup>. Ce qui est certain, c'est que l'esquisse<sup>81</sup> était très proche du dessin définitif. Philippe Simler dira en 2012 que, sur les revenus, le propos de Catala pourrait apparaître « comme un lieu commun » tant la perception était juste<sup>82</sup>. Et pourtant, ce n'est pas tant la première partie qui a marqué l'esprit, mais plutôt la seconde, consacrée à la matière juridique du patrimoine.

## 2. La matière juridique du patrimoine

**11.** Catala commence par constater le « recul des droits subjectifs du Code civil »<sup>83</sup>, évoquant l'érosion de la créance – abolition de la contrainte par corps, laxisme de la force publique pour expulser les occupants sans titre, tendance au raccourcissement des prescriptions reflétant une

« accélération générale du temps »<sup>84</sup> –, mais aussi la propriété immobilière, dont la « souveraineté originale » a été « délabré[e] » par la théorie de l'abus de droit, la disparition de la liberté de bâtir, le renforcement des droits du preneur, la multiplication des droits de préemption ainsi que le recours fréquent à l'expropriation<sup>85</sup>. Là encore, l'article pourrait être écrit aujourd'hui.

Pour Catala, ces mouvements génèrent des *biens nouveaux* : l'amputation des prérogatives du propriétaire peut bénéficier à la collectivité (c'est le cas dans l'expropriation) ou à un individu, qui profite tantôt d'une « liberté élargie (le voisin en cas d'abus de droit) » ou d'un « droit nouveau arraché », ce qui serait le cas du locataire<sup>86</sup>. Mais là n'est pas le cœur de cible de l'article : car à côté de ces biens nouveaux, il en est d'autres, qui « se constituent spontanément par l'octroi d'une protection juridique à une valeur économique latente »<sup>87</sup>. Ce sont les propriétés intellectuelles ou les droits de clientèles, qui occupent, nous dit Catala, « une place de choix dans les patrimoines ». L'objet d'étude précisé, Catala s'attelle à identifier les caractères des biens nouveaux, avant d'envisager leur incidence sur la patrimonialité.

**12.** Quant aux **caractères des biens nouveaux**, Catala envisage déjà la « complexité de leur structure »<sup>88</sup>, partant d'exemples : c'est le titre et la finance de l'office ministériel, le droit moral et le droit pécuniaire de la propriété littéraire et artistique, ou encore la complexité inhérente aux universalités de fait, qui peuvent être des masses de biens autonomes (citant la succession anormale) ou des éléments dont l'unité découle d'une affectation commune<sup>89</sup>.

78. Art. commenté, n° 17.

79. On retrouve aussi l'attachement de Catala à l'indexation, si la compensation prend la forme d'une rente : pour l'auteur, « la fortune des pensions alimentaires dans le droit moderne » découle précisément de cette « révisibilité ». Pour Catala, « au fond, derrière ces dettes d'aliments [en cas d'enfant illégitime ou de divorce], une idée de responsabilité est sous-jacente, et la révision ne fait que traduire l'alignement de la réparation sur le préjudice même si la causalité semble parfois un peu lointaine » (art. commenté, n° 17).

80. Art. commenté, n° 17.

81. Le mot est employé par Catala en conclusion de son étude (art. commenté, n° 30).

82. P. Simler, « Pierre Catala et le droit des biens », art. préc., p. 22.

83. Art. commenté, n° 18.

84. *Ibid.*

85. *Ibid.*

86. Art. commenté, n° 19.

87. *Ibid.*

88. Art. commenté, n° 20.

89. Art. commenté, n° 20.

Catala estimait que la constitution d'ensembles économiques était en germe dans le Code civil, grâce à l'immobilisation par destination, décrivant les innovations juridiques que furent le fonds de commerce et l'entreprise, laquelle irait « jusqu'à se poser en sujet de droit – rival de l'entrepreneur – dans la législation sociale » même si elle demeure « plus incertaine dans ses contours »<sup>90</sup>. Là encore, Catala est un juriste de son temps : la thèse de Despax sur l'entreprise est publiée en 1957<sup>91</sup>. Et là encore, Catala est actuel : il n'est que de songer à la place fondamentale de la théorie de l'entreprise aujourd'hui<sup>92</sup>, ou à la récente description (pour ne pas dire dénonciation) par Katharina Pistor du rôle des juristes dans la manière de « coder » le capital<sup>93</sup>.

Comment ne pas déceler l'actualité du propos de Catala sur le plan technique, quand il décrit la cohésion de ces entités dans certaines opérations (cession, hypothèque, nantissement, succession), et leur divisibilité dans d'autres (distinction des sûretés sur le fonds de commerce et sur les stocks, par exemple)<sup>94</sup> ?

Autre caractère, ces biens nouveaux ont une *nature incorporelle*<sup>95</sup>. Catala évoque ainsi les droits de propriété intellectuelle en ce qu'ils offrent un « monopole d'exploitation opposable "erga omnes" »<sup>96</sup>, ce qui peut choquer dans une perspective romaine, et c'est ici qu'il évoque implicitement les travaux de Ginossar : « des études récentes ont montré que le droit de propriété vaut surtout par l'opposabilité absolue de la protection dont jouit son titulaire »<sup>97</sup>. Il détaille alors les « purs monopoles d'exploitation » ainsi

que les « monopoles collectifs ou oligopoles », évoquant l'hostilité des économistes aux professions à *numerus clausus*, qui sont des privilèges dont la valeur constitue une « création artificielle »<sup>98</sup>. Revenant au droit, Catala explique que ces nouveaux biens ont gonflé la catégorie des meubles incorporels, même si certains sont inclassables : Catala donne l'exemple des parts sociales, qui ne se ramènent ni au droit réel, ni au droit personnel<sup>99</sup>. Là encore, l'actualité du propos est assez évidente<sup>100</sup>.

C'est là qu'arrive une des idées-forces de l'article de Catala, liée au constat de la réalité économique qui a précédé : la complexité et l'immatérialité de ces biens ne tiennent pas seulement à leur « substance patrimoniale composite » mais aussi de ce que « la personne et l'activité de leur titulaire en constituent le nécessaire support »<sup>101</sup>. Qu'il s'agisse d'une activité passée incorporée dans une création de l'esprit ou d'une activité actuelle protégée en soi, à chaque fois le travail « s'incorpore au capital » (en cas d'auto-financement) ou « engendre un capital » (l'exemple-type étant celui du fonds de commerce)<sup>102</sup>. En ce cas, la valeur du bien nouveau « repose toute entière sur l'exploitation qui en est faite ou qui le sera »<sup>103</sup>, évoquant une véritable « obligation d'exploiter », tantôt exigée par la loi (par exemple pour les brevets d'invention), tantôt « ressentie » comme une nécessité (une marque ne vaut que par la diffusion du produit)<sup>104</sup>. Là encore, Catala avait vu juste : il n'est que de songer au développement des assurances des pertes d'exploitation, qui visent à combler l'impossibilité d'exploiter le bien, ce qui entraîne sa perte de valeur – en

90. Art. commenté, n° 20.

91. M. Despax, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1956.

92. J.-B. Barbiéri, *L'Ordre sociétaire*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. entr. diff. », t. 26, 2021.

93. K. Pistor, *Le Code du capital, Comment la loi fabrique la richesse capitaliste et les inégalités*, trad. B. Mylondo, Seuil, coll. « Économie humaine », 2023.

94. Art. commenté, n° 20.

95. Art. commenté, n° 21.

96. *Ibid.*

97. *Ibid.*

98. *Ibid.*

99. *Ibid.*

100. Sur la difficulté de rattacher les valeurs mobilières à l'une ou l'autre catégorie, v., parmi une littérature abondante, M. Cafin-Moi, *Cession de droits sociaux et droit des contrats*, *Economica*, coll. « Recherches Juridiques », t. 21, 2009, n°s 413 et s.; J. Granotier, *Le transfert de propriété des valeurs mobilières*, *Economica*, coll. « Recherches Juridiques », t. 23, 2010, n°s 44 et s.

101. Art. commenté, n° 21.

102. Art. commenté, n° 22.

103. Art. commenté, n° 23.

104. *Ibid.*

attendant, peut-être, leur reflux après l'épisode des contentieux Covid<sup>105</sup>...

En somme, nous dit Catala, la valeur du bien dépend de la conservation de la clientèle. Or, pour l'auteur, « il est rare que le client soit indifférent à la personne de celui dont il achète les produits ou paie les services. L'art, le talent, le savoir, la probité, la réputation en un mot, sont des qualités de la personne, elles colorent d'"*intuitus personae*" tous les biens dont la création ou l'exploitation portent une empreinte individuelle »<sup>106</sup>. Cet *intuitus personae* des biens est une autre idée-force de l'article, que Catala tire notamment de son observation de la clientèle civile (à l'époque, il n'y avait pas de *numerus clausus* pour les études de médecine) : « c'est le savoir-faire, l'art personnel du praticien qui détermineront la prospérité de son cabinet »<sup>107</sup>.

Catala approfondit alors l'analyse de la clientèle, qui estime qu'elle ne « peut être *en elle-même* objet de contrat »<sup>108</sup>, car si la clientèle est une « masse mouvante » qui s'exprime grâce au chiffre d'affaires, il ne faut pas « se laisser abuser par la subrogation des clients à l'intérêt de la masse, et dépersonnaliser la clientèle pour la traiter en universalité de fait et en faire matière à contrat »<sup>109</sup>, car « sa stabilité de fait n'en fait pas un objet de droit »<sup>110</sup>. Pour Catala, « la clientèle est un ensemble de personnes que l'on ne saurait céder en raison de leur liberté individuelle »<sup>111</sup>. Faut-il pour autant dénoncer la commercialisation de la profession libérale ? Non,

pour Catala, simplement, il faut se départir du schéma de la vente, et voir dans l'opération, « une double promesse, l'une positive : la présentation du successeur à la clientèle, l'autre négative : l'obligation de ne pas lui faire concurrence »<sup>112</sup>. Ainsi, « l'espoir de conserver une clientèle existante » n'est pas l'objet mais seulement « le but du contrat, ou sa cause »<sup>113</sup>, laquelle finalité est « irréductiblement aléatoire »<sup>114</sup>, seule variant « la mesure de cet aléa »<sup>115</sup>.

Trente-quatre ans avant l'arrêt du 7 novembre 2000<sup>116</sup>, la cession de clientèle civile recevait ainsi l'onction doctrinale.

Pour Catala, ainsi, les biens peuvent porter « l'empreinte » des « qualités personnelles ». Et cela engendre une « patrimonialité complexe »<sup>117</sup>.

**13.** Catala termine son article par l'une des idées qui exercera le plus d'influence par la suite : celle selon laquelle il existerait des « degrés de la patrimonialité »<sup>118</sup>. Pour l'auteur, la patrimonialité, dans un sens classique, suppose le triptyque évaluation-cession-transmission<sup>119</sup>. Mais cela cesse « d'aller de soi » pour les biens complexes<sup>120</sup>. Catala donne l'exemple de la créance, longtemps exclue de la cession entre vifs, pour généraliser : « plus forts sont *l'intuitus personae* et le caractère complexe ou abstrait des biens, plus nombreux sont les obstacles à leur pleine patrimonialité »<sup>121</sup>.

105. Sur lequel, v. A. Touzain, « Garanties des pertes d'exploitation et Covid-19 : l'épilogue ? », *JCP E* 2023, 1020.

106. Art. commenté, n° 23.

107. Art. commenté, n° 24.

108. *Ibid.*

109. *Ibid.*

110. *Ibid.*

111. *Ibid.*

112. *Ibid.*

113. *Ibid.*

114. *Ibid.*

115. *Ibid.* Aléa qui est réduit en présence d'un oligopole et par la présence d'éléments objectifs de l'exploitation (local, matériel). « Mais si l'aléa décroît, il ne disparaît jamais tout à fait » et l'acquéreur obtient « une chance de gain, un espoir de profit plus ou moins probable, dont l'ampleur dépendra de lui. Le prix des clientèles représente à la fois un pari sur l'avenir et la valorisation d'une activité passée; il n'y entre pas plus de "commercialisation" que dans la réparation du préjudice corporel ».

116. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 nov. 2000, n° 98-17.731, *Bull. civ. I*, n° 283.

117. *Ibid.*

118. Intitulé du B.

119. Art. commenté, n° 25. Catala précise que « parfois, certes, un des éléments s'efface devant l'autre », donnant l'exemple de l'inaliénabilité ou du droit viager. « Mais, dans un commerce juridique réduit aux "corps simples" de la substance patrimoniale, ces trois concepts d'évaluation, de cession et de transmission vont ordinairement de pair ».

120. *Ibid.*

121. *Ibid.*

Catala explique ainsi la rupture des propriétés incorporelles par rapport aux choses traditionnelles : pas de perpétuité du *corpus* – ce qui implique de fixer arbitrairement une durée de titularité des droits<sup>122</sup> –, entraves à la disponibilité (évoquant notamment, pour les cessions de clientèles, les procédures d'agrément dans les sociétés ou la nécessité d'obtenir une autorisation ministérielle, justifiant la distinction du titre et de la finance)<sup>123</sup>, ou encore restriction de l'emprise des créanciers par la limitation de la vente forcée<sup>124</sup>. Catala envisage alors l'exemple de la propriété littéraire et artistique, qui crée les « plus surprenantes atteintes » (droit de repentir, défense de l'intégrité de l'œuvre, perception d'un droit sur la revente...)<sup>125</sup>. Ainsi, l'*intuitus personae* « entrave la disponibilité des biens »<sup>126</sup>.

La frontière de l'extrapatrimonial et du patrimonial devient alors poreuse. Selon Catala, le droit aux aliments n'est certes pas dans le commerce juridique, mais alimente le patrimoine. Et l'auteur de revenir à la responsabilité civile : « la lésion apportée à un droit extra-patrimonial est susceptible d'une estimation pécuniaire, puisqu'elle donne lieu à des dommages-intérêts »<sup>127</sup>. Certes, l'honneur, l'affection ou le corps ne sont pas dans le patrimoine, car « il n'appartient pas à leur titulaire d'en disposer », mais leur protection « opère une sorte de jonction entre la personne et le patrimoine »<sup>128</sup>. Ainsi, c'est « par la brèche du dommage et de la responsabilité civile que l'évaluation s'infiltré dans le champ des droits extra-patrimoniaux » – et l'on pourrait ajouter à cela le développement de l'assurance-vie et de l'assurance de responsabilité civile.

Catala aurait-il plaidé pour la patrimonialisation de la personne ? Non : il rappelle que les

conventions sur la responsabilité doivent être inopérantes lorsqu'elles portent sur un préjudice corporel – ce qui sera défendu dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations élaboré sous sa direction. De ce mouvement, il ne faut en effet pas conclure « à l'entrée de la personne humaine dans le commerce juridique », car il reste toujours « la barrière de l'ordre public »<sup>129</sup>. Mais de revenir au propos de la première partie : « sous cette réserve, il faut bien reconnaître que la valorisation du corps et de la force de travail correspond pour le prolétaire à une réalité, à savoir qu'il n'a que cela pour tout patrimoine »<sup>130</sup>.

De ces rapprochements entre patrimonial et extrapatrimonial, Catala conclut à l'existence de « transitions » et « gradations », les biens nouveaux venant illustrer « tous les degrés possibles de la patrimonialité »<sup>131</sup>. Il constate ainsi l'existence d'une hiérarchie dans la « lente genèse des droits patrimoniaux » : obligations naturelles, puis droits alimentaires, puis créances patrimoniales nées de l'atteinte apportée à un attribut extrapatrimonial de la personne<sup>132</sup>. Autant de biens patrimoniaux à caractère personnel, qui seront bientôt conceptualisés par Jacques Audier<sup>133</sup>.

Revenant à la question des clientèles civiles, Catala estime que « la conjonction du titre et du "*numerus clausus*" donne au successeur une chance maximum de conserver la clientèle »<sup>134</sup>. Ainsi, « la vénalité des clientèles civiles est acquise. Mais elle n'est pas toute la patrimonialité »<sup>135</sup>. *Quid* ainsi du décès du professionnel : la clientèle est-elle un actif héréditaire ? Oui pour l'officier ministériel, mais cela est moins sûr pour un cabinet médical. Catala conclut qu'il existe « comme un élan des droits, une force d'ascension qui les pousse d'un degré à l'autre de la patrimonialité : évaluation, exigibilité, cessibilité,

122. Art. commenté, n° 26.

123. *Ibid.*

124. *Ibid.*

125. *Ibid.*

126. *Ibid.*

127. Art. commenté, n° 27.

128. *Ibid.*

129. *Ibid.* V. aussi P. Catala, « À propos de l'ordre public », in *Mélanges Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 518 et s.

130. *Ibid.*

131. Art. commenté, n° 28.

132. *Ibid.* Catala creuse alors la question de la protection de l'activité professionnelle, notamment au regard de l'indemnité de clientèle des VRP.

133. J. Audier, *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 159, 1979.

134. Art. commenté, n° 29.

135. *Ibid.*

saissabilité, transmissibilité et, pour finir, inclusion purement comptable dans la masse commune. Les droits nouveaux, quand ils ne naissent pas armés de tous ces attributs, tendent à franchir progressivement ces étapes, si quelque élément moral, quelque considération d'« *intuitus personae* » ne bloque pas l'évolution en chemin »<sup>136</sup>.

**14.** Cet article très riche se termine – nouvelle originalité pour le lecteur contemporain ! – par une conclusion générale. Catala conclut avec modestie, estimant que son étude « n'est qu'une esquisse », ne faisant que suggérer des recherches « tant sur la composition matérielle des patrimoines que sur le contenu de la patrimonialité en tant que concept juridique »<sup>137</sup>. À cet égard, Catala estime que le contenu du patrimoine dépend tant des individus que de l'État : « Le patrimoine est, pour partie, ce que les individus veulent qu'il soit. Il est aussi ce que la société leur permet, à un moment donné, de produire, d'échanger et d'amasser. Or ces deux facteurs ne sont pas statiques. » « Le patrimoine est donc ce que veut l'homme dans la limite de ce que l'État autorise, autrement dit *ce qu'il veut* et *ce qu'il peut*. En un mot, l'évolution des comportements et de l'économie entraîne celle des patrimoines, dont elle engendre par contrecoup la transformation juridique. »<sup>138</sup>

À cet égard, Catala réinsiste sur la valorisation de l'activité humaine. Puis prend de la hauteur : « tandis que l'individualisme, l'épargne et la rente régressent [on peut sourire en voyant évoqué le déclin de l'individualisme !], la copropriété, la consommation, l'indexation, l'investissement gagnent du terrain »<sup>139</sup>. Mais « ce qui frappe le plus dans l'évolution du patrimoine, c'est son universalité »<sup>140</sup>. « Le fait de concevoir la sécurité patrimoniale sous la forme de ressources stables et assurées est un fait universel, sans âge ni frontière »<sup>141</sup>, la différence tenant simplement au développement des nations.

« Les exigences de l'économie, la concentration des biens de production, les interventions de l'État, tendent à déterminer un patrimoine standardisé du bon père de famille, formé d'un logement, d'un poste professionnel, de biens de consommation et de loisirs. De la Californie à l'Oural, ce modèle uniforme semble se mettre progressivement en place, les variables économiques affectant le volume plutôt que la nature des biens possédés. »<sup>142</sup>

**15.** Voilà pour ce long résumé d'un article extrêmement riche : ce n'est pas pour rien qu'il a exercé une influence certaine sur la doctrine.

## II. L'influence

**16.** Fondateur, l'article commenté l'a été à un double-titre. Point d'entrée de Pierre Catala dans le droit des biens, il a été suivi d'autres réflexions de l'auteur dans ce même domaine, qui ont largement confirmé, quoique parfois infirmé, les idées et intuitions qui y étaient développées. Mais cet article a surtout inspiré les autres auteurs. Envisageons donc cette influence dans la pensée de Catala (A), et sur la doctrine (B).

### A. Dans la pensée de Catala

**17.** Cet article a joué le rôle de première pierre (ou plutôt de fondations, voire de structure d'ensemble, tant la réflexion est déjà avancée) pour l'étude faite par Catala du droit des biens. Avant d'y revenir, soulignons que certaines idées se retrouveront dans sa gigantesque œuvre du droit patrimonial de la famille : chronologiquement, on peut songer à son rôle tant de législateur que de commentateur de la réforme du 3 juillet 1971, qui permit d'adopter les idées, déjà défendues dans sa thèse et largement reprises dans l'article commenté, permettant de lutter contre les conséquences de l'érosion monétaire<sup>143</sup>; on pense encore à sa monumentale analyse du droit

136. *Ibid.*

137. Art. commenté, n° 30.

138. Art. commenté, n° 30 (nous soulignons).

139. Art. commenté, n° 31.

140. *Ibid.*

141. *Ibid.*

142. *Ibid.*

143. P. Catala, *La réforme des liquidations successorales*, Defrénois, 3<sup>e</sup> éd., 1982, p. 17 et s.; P. Catala, « Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels en droit civil français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XXIII, p. 35 et s.

de l'indivision<sup>144</sup> et, plus généralement, à sa réflexion sur les formes de propriété collective<sup>145</sup>. À se concentrer sur la pensée de Catala en droit des biens, on peut songer à plusieurs articles.

**18.** Déjà, évidemment, à ses deux études sur l'information, dont il fit l'ébauche d'une théorie juridique en 1984<sup>146</sup>, avant de s'interroger un an plus tard sur la « propriété » de l'information<sup>147</sup>. Dans ces articles, Catala développe certaines réflexions de son article de 1966, complétées par sa connaissance aiguë des problématiques liées au développement de l'informatique. Distinguant le droit à l'information, qui fait que certaines informations sont des choses communes, du droit *sur* l'information, qui concernerait les informations créées *ex nihilo*, Catala considère que ces dernières sont des biens susceptibles d'appropriation, ce qui le conduit à tâcher d'en élaborer un régime juridique.

Les postulats et conclusions de cet article méritent assurément d'être discutés et l'ont d'ailleurs été. Il est douteux que l'information soit en elle-même une chose appropriable (et l'on peut d'ailleurs se demander ce qui justifie, dans la pensée de Catala, de traiter distinctement l'information de la clientèle)<sup>148</sup>. Il n'en demeure pas moins que ces articles ont largement participé à la réflexion sur la nature juridique de l'information, et ont d'ailleurs été très mobilisés par la doctrine pénaliste à propos de la qualification du vol d'information<sup>149</sup>, finalement admis par la jurisprudence en 2015<sup>150</sup>. Ces articles, qui prolongent la réflexion sur les biens incorporels, ont

largement contribué à l'avancée de la science juridique.

**19.** On songe également à son article « La matière et l'énergie » aux *Mélanges Terré* en 1999, et à cette fameuse phrase : « la matérialité des choses ne cesse pas aux frontières de l'invisible, de l'inaudible et de l'impalpable »<sup>151</sup>. Dans cet article, l'approche retenue est très similaire à celle de l'article de 1966 : prenant appui sur la vision « scientifique de l'univers » qui veut que celui-ci soit composé de « matière et d'énergie », il s'interroge sur la capacité du droit à appréhender cette réalité. Sa réflexion prolonge son étude de la force de travail, dont il part pour la dépasser et envisager l'appréhension de l'énergie des machines, et se termine par une ouverture sur l'intelligence artificielle. Là encore, le propos est d'une grande actualité et la méthode éprouvée : il s'agit, comme l'aurait dit Savatier, de transcrire, « avec des mots adéquats, en technique juridique, la technique chimico-physico-mécanique »<sup>152</sup>.

**20.** Ces idées transparaissent également dans sa contribution aux *Archives de philosophie du droit* sur les rapports entre droit et immatériel, de 1999<sup>153</sup>. Là encore, Catala appréhende les biens incorporels, ce qui lui permet d'envisager la propriété qui, pour lui, se reconnaît « à un invariant décisif : la faculté pour le propriétaire (solvable) de détruire l'objet de son droit (*abusus*), pouvoir qui n'appartient pas à l'usufruitier ou au nu-propriétaire, ni au co-indivisaire, ni à plus forte rai-

144. P. Catala, « La réforme de l'indivision », *Defrénois* 1979, p. 3 et s., p. 81 et s., p. 1601 et s.; *Defrénois* 1980, p. 3 et s.; *Defrénois* 1981, p. 241 et s., p. 321 et s.

145. P. Catala, « Trois figures de propriété collective », *Defrénois* 1979, p. 81 et s.

146. P. Catala, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *D.* 1984, p. 97.

147. P. Catala, « La "propriété" de l'information », in *Mélanges Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 97 et s.

148. Pour la défense de la qualification de « quasi-monopole », v. G. Sebban, *Le bien juridique, Essai sur le système des droits patrimoniaux*, th. dactyl. Univ. Paris-Panthéon-Assas, 2020, n°s 526 et s.

149. V. nettement M.-P. Lucas de Leyssac, « Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ? », *D.* 1985, p. 43; *contra* S. Detraz, R. Ollard et J.-C. Saint-Pau, « Contre l'incrimination du vol d'information », in V. Malabat, B. de Lamy et M. Giacomelli (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, *Opinio doctorum*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2009, p. 97 et s., spéc. p. 108 et s. Sur ce débat, v. A. Touzain, « Regards d'un civiliste sur la notion de bien en matière pénale », in *Des limites à la volonté de puissance ?*, Dalloz, ICP, coll. « Essais de philosophie pénale et de criminologie », vol. 12, 2017, p. 221 et s.

150. *Crim.*, 20 mai 2015, n° 14-81.336, *Bull. crim.*, n° 119.

151. P. Catala, « La matière et l'énergie », in *Mélanges François Terré*, PUF, 1999, p. 557 et s., spéc. p. 563.

152. R. Savatier, « Vers de nouveaux aspects... », art. préc., n° 24.

153. P. Catala, « L'immatériel et la propriété », *APD*, t. 43, *Le droit et l'immatériel*, Sirey, 1999, p. 61 et s.

son au gagiste ». Qu'on me permette d'émettre un respectueux désaccord : il ne me semble pas que l'*abusus* soit nécessairement attaché à la propriété – ce qui a d'ailleurs été démontré par Frédéric Zenati... aux *Mélanges Catala*<sup>154</sup> ! Pourtant, il est difficile de lutter contre cette conception traditionnelle, *a fortiori* lorsqu'elle est prônée par un auteur comme Catala. On ne s'étonnera donc pas de la retrouver dans le projet de réforme des contrats spéciaux<sup>155</sup>...

**21.** On songe encore dans son article consacré à « la revanche des choses », publié aux *Mélanges en mémoire de Jean Foyer* en 2010<sup>156</sup>. Dans cet article, Catala commence par tracer à grands traits l'évolution des patrimoines : fortune mobilière au XIX<sup>e</sup> siècle, avant l'apparition des propriétés intellectuelles et incorporelles, grâce notamment au développement du droit des sociétés; avènement de l'économie fiduciaire au XX<sup>e</sup> siècle, en raison de la disparition de la convertibilité de la monnaie en or; puis éviction des choses par la dématérialisation, qui fut accélérée par la révolution numérique. Toute cette évolution s'est faite au détriment des ressources naturelles : « le XXI<sup>e</sup> siècle sera celui de la revanche des choses où il ne sera pas »<sup>157</sup>. Catala, fidèle à sa méthode, décide d'appréhender en juriste la réalité qui l'entoure, avec un plan hommage à Aristote : la terre, l'eau et l'air. Pour chacun de ces éléments, Catala regarde en juriste la réalité concrète et scientifique, et utilise ce prisme pour relire les grandes évolutions de la législation du droit des biens.

La conclusion de l'article est d'une grande actualité : « la sagesse et la raison », qui impliqueraient de lutter contre le dérèglement climatique, « s'affrontent à l'égoïsme des Nations ». Avec cet espoir « que la conscience progressera des risques planétaires »<sup>158</sup>. Quant au droit, Catala constate que « la régulation évince la législation » : « c'est une forêt de normes et non un bouquet de règles qui vont encadrer les acti-

vités industrielles, agricoles, commerciales et domestiques », qui conduira – le propos est déjà moins optimiste – à un émiettement du savoir juridique, car « la revanche des choses a un prix »<sup>159</sup>.

**22.** Enfin, il faut évoquer le Rapport de synthèse donné par Catala lors des Journées Savatier consacrées à *L'évolution contemporaine du droit des biens*, en 1990<sup>160</sup>, qui est une autre manière d'entrer dans son œuvre en droit des biens. Catala s'y interroge sur les causes de l'évolution et, selon son approche habituelle, pointe les évolutions des sciences, ainsi que la dialectique libéralisme/socialisme. Avec modestie, il rend hommage au doyen Savatier en lui attribuant le mérite d'avoir fait ressortir ces causes; mais Catala l'y a bien aidé !

Ce texte est en tout cas une forme de réponse à son article de 1966, mais aussi une anticipation de ce qu'il déploiera dans « la revanche des choses ». Évoquant les biens corporels, il constate un changement des dimensions de l'espace : nouvelles formes d'exploitation du sol, conquête de l'espace aérien, mais aussi émergence de droits complexes, Catala évoquant les progrès de la propriété collective et l'émergence de droits concurrents de la propriété privative. Passant de l'espace au temps, il constate la longévité des droits, qu'il oppose à la précarité des valeurs. Notons, sur le premier point, qu'il constate « une forte tendance à la pérennisation des droits de jouissance » concurrents de la propriété<sup>161</sup>; s'il mentionne à ce titre du bail, comment ne pas songer aujourd'hui aux débats sur la durée des droits réels de jouissance spéciale ? On peut aussi évoquer cette magnifique phrase : les produits de consommation, qui sont consommables, « ne procurent que des étincelles de propriété »<sup>162</sup>. Permettez-moi d'être taquin : n'est-ce pas une façon de dire que l'usufruitier qui reçoit une chose consommable n'est pas vraiment propriétaire ?

154. F. Zenati, « La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métépsychose de la valeur) », in *Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 605 et s.

155. A. Touzain, « Réforme du droit des contrats spéciaux : abrogeons le dépôt irrégulier ! » *D.* 2022, p. 1811.

156. P. Catala, « La revanche des choses », *Mélanges Jean Foyer*, Litec, 2010, p. 73 et s.

157. *Ibid.*, n° 4.

158. *Ibid.*, p. 85.

159. *Ibid.*

160. P. Catala, « Exposé de synthèse », in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, PUF, 1991, p. 181 et s.

161. *Ibid.*, n° 16.

162. *Ibid.*, n° 17.

Puis Catala envisage les biens incorporels : derrière la diversité des espèces, qu'il rappelle, il estime qu'existe une unité du genre. Ce sont des objets sans *corpus*, des créations de l'esprit humain (Catala indiquant que « le problème des œuvres produites par un ordinateur n'a pas encore trouvé de solution »<sup>163</sup> : et cette difficulté est d'une actualité criante). Il termine sur la crise du droit des biens, qui tendrait « à se dissoudre dans la théorie plus vaste du patrimoine, où la monnaie le mêle aux autres droits »<sup>164</sup>. Sorte de retour aux sources de son article de 1966...

**23.** Bref, vous l'aurez compris, la pensée de Catala en droit des biens est considérable. Elle est d'une certaine originalité dans l'approche, ce qui lui conduit à envisager les questions de son temps, mais avec tout de même un certain classicisme dans l'analyse juridique qu'il en fait. Entre tradition et modernité, en somme. Il n'est donc pas étonnant que sa pensée ait exercé une influence sur le reste de la doctrine.

## B. Sur la doctrine

**24.** L'influence sur la doctrine qu'avait Catala est évidente : on songe évidemment à sa direction de l'avant-projet de réforme du droit des obligations ; ou encore à la « pétition Catala » de 2001, contenant des suggestions techniques pour améliorer la réforme de 2001, qui fut signée par 237 docteurs et, une fois n'est pas coutume (mais la plume de Catala n'y fut nullement étrangère), fut très largement entérinée par la loi du 3 décembre 2001<sup>165</sup>. On songe également aux influences réciproques de Carbonnier, Flour, Cornu, Malaurie et Catala<sup>166</sup>, ainsi qu'à la place grandiose de Catala en droit patrimonial de la famille. Mais j'aimerais ici essayer d'identifier l'influence de l'article de 1966, et de la conception qu'il véhicule du droit des biens.

**25.** Cette influence est parfois visible, car elle se matérialise dans les références qui sont faites à cet article. Cela est frappant dans les premières pages des *Biens* de Cornu, qui insiste sur l'importance des valeurs liées à la personne<sup>167</sup>, ainsi que dans sa présentation du patrimoine dans la conjoncture économique et sociale<sup>168</sup>. Voyez aussi les premières pages du manuel d'Atias, qui font la part belle aux « degrés de la patrimonialité »<sup>169</sup>.

Cette influence est également manifeste dans l'approche retenue dans certaines études de la notion de patrimoine. On songe à l'article d'Alain Sériaux sur « la notion juridique de patrimoine » de 1994<sup>170</sup>, qui se réfère à l'article de Catala pour défendre que le patrimoine doit s'entendre uniquement dans son sens actif, tout en faisant sienne l'idée selon laquelle il existe des « degrés de la patrimonialité » (même s'il utilise l'expression plutôt pour désigner le caractère plus ou moins « transitif » des biens, selon qu'ils ont ou non vocation à rester dans le patrimoine, au point de conclure que l'argent est « le moins patrimonial des biens patrimoniaux », puisqu'il a vocation à circuler, et non à rester dans le patrimoine).

On songe encore à l'étude faite par Marc Mignot de la notion de bien en 2004<sup>171</sup>, qui estime, comme Alain Sériaux et Catala, que le point de départ de l'analyse ne doit pas être la matérialité des choses mais une approche économique. Ou aussi à la « mise en perspective de la théorie du patrimoine » de Frédéric Zenati<sup>172</sup> qui s'appuie sur la remise en cause faite par Catala de l'opposition frontale de la patrimonialité et de l'extrapatrimonialité. Et les exemples pourraient être multipliés<sup>173</sup>.

On peut aussi évoquer diverses monographies, qui ont creusé les sillons créés par Catala : ainsi de la thèse de Jacques Audier consacrée aux

163. *Ibid.*, n° 25.

164. *Ibid.*, n° 28.

165. V. P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2004, p. 243 et s.

166. P. Malaurie, « Rapport de synthèse », in R. Cabrillac (dir.), *Hommage à Pierre Catala*, op. cit., spéc. p. 89.

167. G. Cornu, *Droit civil, Les biens*, 13<sup>e</sup> éd., Domat, coll. « Précis », 2007, n° 7.

168. G. Cornu, *Droit civil, Les biens*, op. cit., n° 8 et s.

169. C. Atias, *Droit civil, Les biens*, LexisNexis, Manuel, 12<sup>e</sup> éd., 2014, n° 14 et s. V. aussi C. Atias, « La distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial et l'analyse économique du droit : un utile face-à-face », *RRJ* 1987, p. 2.

170. A. Sériaux, « La notion juridique de patrimoine, Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.* 1994, p. 801.

171. M. Mignot, « La notion de bien, Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ* 2006-4, p. 1805.

172. F. Zenati, « Mise en perspective et perspective de la théorie du patrimoine », *RTD civ.* 2003, p. 673.

173. V. par ex. M. Fabre-Magnan, « Propriété, patrimoine et lien social » ; J. Antippas, « Propos dissidents sur les droits dits de la personnalité », *RTD com.* 2012, p. 35.



*droits patrimoniaux à caractère personnel*<sup>174</sup>, qui étudiait sous cette dénomination les biens alimentaires ainsi que les biens « quasi-alimentaires » comme le droit d'usage et d'habitation, ou encore à la thèse de François Paul sur *les choses dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, refusant de voir dans la patrimonialité un « monolithe »<sup>175</sup>. Sans oublier évidemment la thèse de Thierry Revet, consacrée à la force de travail<sup>176</sup>, qui fait évidemment songer à l'idée de transformation de l'activité humaine en bien. Et l'on pourrait en citer d'autres<sup>177</sup>.

Sans omettre non plus les « élèves » de Catala, qui ont marché dans ses pas, même s'il n'a finalement pas dirigé énormément de thèses en droit des biens : on citera tout de même celles de Pierre Leclercq, consacrée aux *clientèles attachées à la personne*, de 1965<sup>178</sup>, et celle de Gauthier Blanluet consacrée à *la propriété économique en droit privé français*, de 1999<sup>179</sup>. Surtout, ses élèves ont su transmettre la pensée du maître, et il est intéressant de voir la pensée de Catala passer de génération en génération : je songe à la thèse de Gabriel Sebban, dont plu-

sieurs passages n'auraient sans doute pas déplié à Pierre Catala, notamment sur l'indisponibilité<sup>180</sup>. Et cela continue, puisque Guillaume Drouot a donné un sujet intitulé *Droit des biens et intuitus personae*<sup>181</sup>.

**26.** Pour finir, j'aimerais suggérer d'autres influences, sans évidemment aucune certitude. Je m'interroge notamment sur celle qu'a pu exercer Catala sur certains débats contemporains, ainsi de celui sur la nature juridique (réelle ou personnelle ?) des données à caractère personnel<sup>182</sup>, ou encore sur les notions de biens et patrimoine de dignité proposées par Judith Rochfeld<sup>183</sup>. De même, lorsque cette dernière envisage *l'échelle de la communalité*, à propos des communs<sup>184</sup>, on a envie de croire à l'influence des degrés de la patrimonialité.

On pourrait multiplier, ici encore, les exemples, mais tout ceci montre que la pensée de Catala en droit des biens exerce encore une influence considérable, qui découle largement de l'article de 1966, qui mérite assurément son titre d'article fondateur.

174. J. Audier, *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, op. cit.

175. F. Paul, *Les choses hors commerce*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 271, 1997, n° 255.

176. T. Revet, *La force de travail (étude juridique)*, op. cit. Contra A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, coll. « Quadrige », 2015, p. 45 et s.

177. Les traces de la pensée de Catala se retrouvent par ex. dans D. Berra, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil, Contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, th. dactyl. Nancy, 1969, ou encore dans C. Chatillon, *Les choses empreintes de subjectivité*, Éditions universitaires européennes, 2010.

178. P. Leclercq, *Les clientèles attachées à la personne*, LGDJ, 1965.

179. G. Blanluet, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 313, 1999.

180. G. Sebban, *Le bien juridique, Essai sur le système des droits patrimoniaux*, op. cit., n°s 247 et s.

181. A. Lai, *Droit des biens et intuitus personae*, th. en cours Université Bordeaux, dir. G. Drouot.

182. V. P. Catala, « Ébauche d'une théorie de l'information », art. préc., n° 27, qui estime que l'individu disposerait sur ses données personnelles de « prérogatives relevant du droit réel ».

183. J. Rochfeld, « Du patrimoine de dignité », *RTD civ.* 2003, p. 743.

184. J. Rochfeld, M. Cornu et G. J. Martin (dir.), *L'échelle de communalité, Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, IRJS-Eredég-Cersa, 2021.

COMMENT PUBLIER UN ARTICLE  
DANS LA RDA ?

Il peut être adressé au comité de rédaction un article d'une ou deux pages « autour du droit » (actualités de l'Université, vie à l'Université, fait divers en lien avec le droit, etc.). Les meilleures contributions feront l'objet d'une publication dans la revue.

*Les auteurs doivent adresser leur manuscrit  
par courrier électronique à l'adresse suivante :  
rda@u-paris2.fr*

### Pour nous aider

La *Revue de droit d'Assas* est une revue juridique universitaire. Elle a vocation à réunir, dans ses colonnes, tous les acteurs du droit et de l'université – enseignants, praticiens, chercheurs, étudiants – et toutes les disciplines juridiques – droit public, droit privé, histoire du droit.

Œuvre collective, novatrice et scientifique, elle repose sur les principes de gratuité et d'indépendance, à l'image de l'université française.

Si vous souhaitez soutenir ce projet et contribuer à sa pérennité, vous pouvez adresser vos dons libres à :

Revue de droit d'Assas – 12, place du Panthéon – 75005 Paris

L'équipe de la *RDA* tient à remercier le FSDIE, le Laboratoire de droit civil, ADD Associés – Étude généalogique, Maître Arsène Kronshagen ainsi que la Direction de la communication de l'Université Paris-Panthéon-Assas.

La revue est disponible en ligne sur le site  
[www.u-paris2.fr](http://www.u-paris2.fr)



**ADD**  
ASSOCIÉS

Étude Généalogique

**Hériter  
est un droit**

## SIÈGE SOCIAL – PARIS

4, avenue du Coq - 75009 PARIS

Tél. : +33 (0)1 44 94 91 91

E-mail : paris@add-associes.com

[www.add-associes.com](http://www.add-associes.com)



Tout savoir  
sur le groupe ADD,  
nos bureaux  
et nos services

