



REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE
SORBONNE LAW REVIEW

Décembre 2020 - N°2



UNIVERSITÉ PARIS 1

PANTHÉON SORBONNE

Revue Juridique de la Sorbonne – *Sorbonne Law Review*

Comité scientifique

Jean-Luc ALBERT, Professeur à Aix-Marseille Université
Mireille BACACHE, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne
Grégoire BIGOT, Professeur à l'Université de Nantes
Philippe BONFILS, Professeur à Aix-Marseille Université
David BOSCO, Professeur à Aix-Marseille Université
Mathieu CARPENTIER, Professeur à Université Toulouse 1 Capitole
Cécile CHAINAIS, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Véronique CHAMPEILS-DESPLATS, Professeur à l'Université Paris Nanterre
David CHILSTEIN, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne
Sabine CORNELOUP, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Florence DEBOISSY, Professeur à l'Université de Bordeaux
Joachim ENGLISH, Professeur à l'Université de Münster
Etienne FARNOUX, Professeur à l'Université de Strasbourg
Frédérique FERRAND, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3
Daniel GUTMANN, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne
Jérémy HOUSSIER, Professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne
Laurence IDOT, Professeur émérite de l'Université Paris II Panthéon-Assas
Laurence JEGOUZO, Maître de conférences HDR à l'École de droit de la Sorbonne,
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Xavier LAGARDE, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne
Anne-Marie LEROYER, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université
Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Pascal LOKIEC, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne
André LUCAS, Professeur à l'Université de Nantes
Vincent MALASSIGNE, Professeur à CY Cergy Paris Université
Nathalie MALLET-POUJOL, Professeur à l'Université de Montpellier
Arnaud MARTINON, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Anne-Catherine MULLER, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université
Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Etienne PATAUT, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne
Adalberto PERULLI, Professeur à l'Université de Venise
Laurent PFISTER, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Philippe PIERRE, Professeur à l'Université de Rennes

Stéphanie PORCHY-SIMON, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Catherine PRIETO, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne

Laurence USUNIER, Professeur à CY Cergy Paris Université

Michel VIVANT, Professeur à l'École de droit de Sciences-Po

Nicolas WAREMBOURG, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université
Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Célia ZOLYNSKI, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne

Directeur de la publication

Thomas CLAY, Administrateur provisoire de l'Université Paris 1 Panthéon-
Sorbonne

Directeur de la revue

Emmanuel JEULAND, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne

Équipe éditoriale

- Volet édition :

Ianjatiana RANDRIANANDRASANA, responsable éditoriale

Camille SCOTTO D'ARDINO, assistante d'édition

- Volet communication et diffusion :

Emma BRETON

Revue semestrielle (2 numéros/an ; juin et décembre)

Revue gratuite, en *open access*

Disponible sur : <https://irjs.panthonsorbonne.fr/revue-juridique-sorbonne>



Langues de publication : français, anglais.

IRJS éditions - Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

12 place du Panthéon

75005 PARIS (France)

@ : irjs-editions@univ-paris1.fr / Tel : 01 44 07 77 82

ISSN : 2739-6649

Dépôt légal : décembre 2020, mise en ligne le : 15 décembre 2020

Édito

L'année 2020 tirera sa révérence dans quelques jours. Elle aura débuté, comme toutes les autres années, avec son lot de résolutions, de souhaits et de vœux. Elle finira, après décision du gouvernement français, avec un couvre-feu le 31 décembre à 20h.

Le temps guide ce nouveau numéro de la *Revue Juridique de la Sorbonne*. Le temps long du droit, mis à mal par la pandémie de la COVID-19, se force à être dans l'urgence. Urgence des prises de décision, raccourcissement ou prolongation des délais, autant de bouleversements du droit, pourtant souvent considéré comme ayant la vertu de la stabilité et ainsi de la sécurité. Le séminaire de recherche de l'IRJS « Droit de l'urgence et crise sanitaire » organisé presque au lendemain de la sortie du premier confinement nous présente les divers effets de la pandémie sur le droit, aussi bien dans son contenu que dans sa forme (p. 97).

Le temps fait son œuvre et change ce qui auparavant était pris pour de l'audace en une évidence. Ainsi, depuis presque 20 ans, la Responsabilité sociale des entreprises (RSE) est passée du statut de démarche volontaire à celle d'obligation pour les entreprises : celle du droit mou vers le droit dur. Ce phénomène s'observe dans une poignée de pays qui nous sont donnés en comparaison dans ce numéro (p. 47). Plus récemment, depuis la loi de 2017 qui a consacré les autorités administratives indépendantes, l'Autorité de concurrence de la Nouvelle-Calédonie œuvre, au fil de ses décisions et du temps, pour permettre une effectivité des droits et libertés socio-économiques des terres calédoniennes et ainsi corriger certaines carences longtemps observées des institutions étatiques traditionnelles (p. 6).

Enfin, il est des écrits sur lesquels le temps n'a pas pris. Il en est ainsi de l'article du professeur Gilles Goubeaux sur le droit à la preuve qui fait dans ce numéro l'objet d'une republication (p. 218). Ce sujet, qui n'est pas un « énième droit à », reste d'actualité malgré les presque 40 ans de l'article.

Il est maintenant temps de penser à 2021, de s'y préparer, bien malin qui saurait ce que cette nouvelle année nous réserve, mais Victor Hugo ne disait-il pas que « ce qu'il faut toujours prévoir, c'est l'imprévu » ?

Ianjatiana RANDRIANANDRASANA

Sommaire

Édito	3
<i>Le développement du rôle des autorités administratives indépendantes pour la protection des droits et libertés. Réflexion à partir de l'exemple de l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie</i>	6
Pauline MILON	
<i>Mondialisation de la RSE et droit des sociétés par actions : deux décennies de construction de la hard law</i>	47
Ivan TCHOTOURIAN, Loïc GEELHAND DE MERXEM, Alexis LANGENFELD, Margaux MORTEO, Audrey HOULE	
<i>Droit de l'urgence et crise sanitaire</i>	97
Emmanuel JEULAND et Sophie PRÉTOT (sous la direction de)	
<i>Les règlements de peste dans l'ancien droit français</i>	103
Claire LOVISI	
<i>Droit constitutionnel et états d'urgence</i>	117
Agnès ROBLLOT-TROIZIER	
<i>Le parlementarisme français à l'épreuve de l'urgence sanitaire</i>	128
Jean-Baptiste JACOB	
<i>Droits fondamentaux et urgence à l'ère du numérique et des gouvernements ouverts</i>	149
William GILLES	
<i>Le droit de l'urgence et le solutionnisme technologique</i>	161
Liane HUTTNER	
<i>Urgence sanitaire et droit pénal</i>	165
Anne SIMON	
<i>La personne en période de pandémie : une nouvelle hiérarchie des valeurs ?</i>	171
Sophie PRÉTOT	
<i>Le droit de l'urgence et les recherches impliquant la personne humaine</i>	178
Rébecca DEMOULE	

<i>Droit de l'urgence et droit des entreprises en difficulté</i>	184
David LEMBERG	
<i>COVID-19 : un tournant du droit du travail ou une réponse à l'urgence de la situation ?</i>	186
Pascal LOKIEC	
<i>Aperçu des premières adaptations du droit social face à la pandémie</i>	190
Flora DUFFAUD	
<i>Le droit de l'urgence et les finances publiques</i>	193
Matthieu CONAN	
<i>Fiscalité et droit de l'urgence</i>	200
Ludovic AYRAULT	
<i>Les sanctions civiles dans l'urgence, un droit d'exception ?</i>	204
Xavier LAGARDE	
<i>Droit de l'urgence, justice et émotions – Quelques éléments conclusifs</i>	212
Emmanuel JEULAND	
<i>Le droit à la preuve</i>	218
Gilles GOUBEAUX	

Le développement du rôle des autorités administratives indépendantes pour la protection des droits et libertés. Réflexion à partir de l'exemple de l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie

Pauline MILON*

*Docteure en droit public (Université d'Aix-Marseille-Université de Lausanne)
Post-doctorante à l'Université de Brasilia (UnB)*

Summary: *We propose here to highlight the contribution of the New Caledonian Competition Authority (NCCA) to the theory of independent administrative authorities (IAA). While the IAA have acquired full recognition by the law of January 20, 2017 on the general status of independent administrative authorities, the contribution of the NCCA to the effectiveness of socio-economic rights and freedoms renewing the exercise of power makes it a model capable of setting an example to follow. It is indeed a means of overcoming the shortcoming of traditional state institutions unable to ensure the effectiveness of certain branches of law.*

Keywords: *New Caledonian Competition Authority, New Caledonia, Independent Administrative Authority, socio-economic freedoms, Rule of Law, State Regulation of the Economy, Freedom of Competition, expensive living phenomenon, Environmental Protection Authority.*

Résumé : Nous nous proposons ici de mettre en évidence l'apport de l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie (ACNC) à la théorie des autorités administratives indépendantes (AAI). Alors que les AAI ont acquis une pleine reconnaissance par la loi du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes¹, la contribution de l'ACNC à l'effectivité des droits et libertés socio-économiques renouvelant l'exercice du pouvoir en fait un modèle susceptible de constituer un exemple à suivre. Elle constitue en effet un moyen de pallier les carences des institutions étatiques traditionnelles incapables d'assurer l'effectivité de certaines branches du droit.

Mots-clés : autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie, Nouvelle-Calédonie, autorité administrative indépendante, libertés socio-économiques, État de droit, encadrement étatique de l'économie, liberté de la concurrence, phénomène de la « vie chère », Autorité de protection de l'environnement.

* @ : pauline.m.milon@gmail.com / ORCID : 0000-0003-0525-9751

¹ Loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, JORF n° 0018 du 21 janvier 2017.

Pour citer cet article : Pauline MILON, « Le développement du rôle des autorités administratives indépendantes pour la protection des droits et libertés. Réflexion à partir de l'exemple de l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie », *Revue Juridique de la Sorbonne*, n° 2, décembre 2020, p. 6 - 46.

URL : [https://irjs.pantheonsorbonne.fr/sites/default/files/inline-files/Le développement du rôle des autorités administratives indépendantes pour la protection des droits et libertés -Milon.pdf](https://irjs.pantheonsorbonne.fr/sites/default/files/inline-files/Le%20d%C3%A9veloppement%20du%20r%C3%B4le%20des%20autorit%C3%A9s%20administratives%20ind%C3%A9pendantes%20pour%20la%20protection%20des%20droits%20et%20libert%C3%A9s%20-Milon.pdf)

Introduction

Près de quarante ans après la création de la CNIL, première « autorité administrative indépendante » (AAI) française², la Nouvelle-Calédonie a fait le choix de ce modèle institutionnel original pour le développement de son économie avec le vote de la loi du pays portant création de l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie (ACNC) le 24 avril 2014³. L'originalité des AAI est annoncée dans leur dénomination même. Le premier terme est en quelque sorte le résultat des deux termes suivants. En effet, l'AAI constitue une « autorité », au sens à la fois organique d'« institution de l'État⁴ » et politique, au sens de « magistrature d'influence⁵ » tout d'abord car elle est une « Administration », c'est-à-dire un « instrument, un appareil, un ensemble de services⁶ » dévolu à l'exécution de politiques publiques. La nature « administrative » des AAI qui constitue, comme le rappelle le Rapport du Conseil d'État de 2001, « un élément incontestable⁷ », leur assure une légitimité en tant qu'institution publique contribuant à la défense et la promotion de l'intérêt général. Ensuite, le pouvoir d'influence des AAI découle de leur « indépendance ». En effet, le rapport hiérarchique dans lequel elles se situent vis-à-vis du Gouvernement diffère des autres administrations dont « dispose » le Gouvernement en vertu de l'article 20 de la Constitution⁸. La création de ces institutions administratives « indépendantes » est devenue à une certaine époque nécessaire pour renforcer l'État de droit car, comme le relève Olivier Beaud, les AAI sont « la preuve vivante que, à un moment donné, l'État français [...] n'a plus fait confiance à sa propre administration, c'est-à-dire aux ministères, en transférant la charge de "réguler" tel ou tel domaine des fonctionnaires à d'autres membres censés être plus impartiaux⁹ ». Les

² Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (JORF du 7 janvier 1978 p. 227), chapitre II relatif à la Commission nationale de l'Informatique et des libertés (CNIL), articles 6 à 13.

³ Loi du pays du 24 avril 2014 portant création de l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie, J.O.N.C du 29 avril 2014, p. 4150. Précisions que l'ACNC ne vit le jour qu'en 2018, quatre années ayant été nécessaires aux institutions néo-calédoniennes pour mettre en œuvre les modalités pratiques nécessaires à son fonctionnement et notamment nommer ses membres.

⁴ M. DE VILLIERS, A. DE DIVELLE (dir.), *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2013, 9^e éd., p. 18.

⁵ J. MOUCHETTE, *La Magistrature d'influence des autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ, 2019.

⁶ M. DE VILLIERS, A. DE DIVELLE (dir.), *op. cit.*, p. 5.

⁷ Conseil d'État, Rapport public 2001, *Jurisprudence et avis de 2000*. Les Autorités administratives indépendantes, Études et documents n° 52, La Documentation française, Paris, 2001, p. 293.

⁸ Article 20 al. 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Il [le Gouvernement] dispose de l'administration et de la force armée ».

⁹ O. BEAUD, « L'État », in P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, vol. 1/2, p. 240-241 cité par J. MOUCHETTE, *op. cit.*, p. 12.

AAI contribuent ainsi au « renouvellement [d]es pratiques du pouvoir¹⁰ » et renforcent, *in fine*, l'État de droit.

Pour revenir plus précisément au sujet qui nous anime, l'émergence d'une autorité de la concurrence en Nouvelle-Calédonie qui supplée la compétence de l'Autorité métropolitaine de la concurrence amplifie les enjeux posés par l'apparition d'une telle institution au sein des organes de l'État. L'étude de l'ACNC suscite donc notre intérêt à deux égards. En tant qu'autorité administrative indépendante « territorialisée », la création d'une institution dotée de pouvoirs étendus participe au processus d'autonomisation politique et juridique de la Nouvelle-Calédonie. En tant qu'autorité de régulation de la concurrence mise en place pour lutter contre l'encadrement étatique de l'économie et le phénomène de la vie chère, elle contribue à son indépendance économique. Ainsi, la nature *sui generis* de l'ACNC, dont l'indépendance est garantie par un encadrement parlementaire, au service de l'État de droit (I), lui permet en effet d'assurer sa fonction première qui est de garantir l'exercice effectif des droits et libertés socio-économiques (II).

I. La contribution de l'ACNC à l'indépendance juridique et politique de la Nouvelle-Calédonie.

Vers un renforcement de l'Etat de droit

Les autorités administratives indépendantes exercent des prérogatives gouvernementales sans être pour autant liées par un rapport hiérarchique préservant l'autorité du Gouvernement. De ce fait, ces institutions sont soumises à des contre-pouvoirs seuls à même d'assurer leur légitimité démocratique. Ainsi, la présence d'un commissaire du Gouvernement au sein de certaines AAI dont les autorités de concurrence métropolitaines et ultra-marines¹¹, pouvant faire craindre un « soupçon d'absence d'indépendance [de l'AAI] à l'égard du Gouvernement¹² », constitue une

¹⁰ J. MOUCHETTE, *op. cit.*, p. 1.

¹¹ L'Autorité de la concurrence comporte un commissaire du Gouvernement, désigné par le Ministre chargé de l'économie (Article L. 461-2 du Code de commerce, modifié par la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017, art. 28) et ayant la fonction de directeur ou de sous-directeur de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF). Voir par exemple l'arrêté du 19 avril 2018 portant nomination du commissaire du Gouvernement auprès de l'Autorité de la concurrence, JORF n° 0098 du 27 avril 2018, qui désigne Mme Virginie Beaumeunier directrice générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes comme commissaire du Gouvernement auprès de l'Autorité de la concurrence. Au sein de l'ACNC, le commissaire du Gouvernement de la Calédonie n'est pas désigné spécifiquement auprès de l'ACNC.

¹² Rapport d'information n° 616 du Sénat fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur les autorités administratives indépendantes par Patrice Gélard (sénateur), 2014, p. 40. Précisions que la présence du commissaire du gouvernement ne nuit pas à l'indépendance de l'ACNC car il ne dispose que de pouvoirs secondaires et il est dépourvu de compétence décisionnelle. Au sein de l'ACNC, le commissaire du Gouvernement de la Calédonie n'est pas désigné spécifiquement auprès de l'ACNC mais il est présent dans de nombreuses procédures, comme lors de la notification de griefs en matière de pratiques anticoncurrentielles (voir à ce propos l'article Lp. 463-2 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie) ; préalablement à l'édition d'une sanction pécuniaire, l'ACNC doit avoir entendu l'entreprise et le commissaire du Gouvernement (voir à ce propos l'article Lp. 464-2, V, al. 2 du Code de commerce

contrepartie nécessaire à l'abandon par le Gouvernement de certaines de ses fonctions et permet d'assurer l'unité de l'État et la cohérence de l'action publique¹³. Les AAI sont en outre contrôlées par le Parlement. En effet, depuis la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 tendant à rééquilibrer les pouvoirs du Parlement par rapport à ceux du Gouvernement¹⁴, l'article 24 de la Constitution dispose que le Parlement doit « contrôler[r] l'action du Gouvernement » et « évalue[r] les politiques publiques¹⁵ » ; le Gouvernement est « responsable devant le Parlement » selon l'article 20 de la Constitution¹⁶. Ces fonctions de contrôle et d'évaluation permettent au Parlement d'examiner l'adéquation des moyens mis en œuvre par le Gouvernement, ou, ici, une institution de substitution, avec les objectifs qu'il poursuit.

Il s'agira dans le cas présent de comprendre dans quelle mesure l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie peut être encadrée et contrôlée par le Parlement (A), tout en demeurant pleinement « indépendante ». Son existence autonome lui permet en effet de ne pas être réduite à un simple démembrement de l'Administration ou du Gouvernement. L'enjeu de ce questionnement est d'autant plus important et complexe que l'ACNC est une AAI « territorialisée » et participe à l'indépendance du territoire néo-calédonien. L'indépendance de l'ACNC, inscrite dans la « séparation des

applicable en Nouvelle-Calédonie) ; le calendrier des séances doit être communiqué au commissaire du Gouvernement (voir à ce propos l'art. 56 du Règlement intérieur de l'ACNC, annexe à la décision n° 2018-D-02 du 2 mars 2018) ; l'ordre du jour des séances est transmis au commissaire (voir à ce propos l'article 63 du Règlement intérieur de l'ACNC). Enfin, le commissaire du Gouvernement peut demander à être entendu lors des séances pour « présenter des observations et répondre aux questions de l'Autorité. Le temps de parole accordé aux parties et au commissaire du gouvernement est fixé par le Président ou le vice-Président de l'Autorité dans l'ordre du jour [...] L'absence des parties ou du commissaire du gouvernement ne fait pas obstacle à la tenue de la séance » (voir à ce propos l'article 64 du Règlement intérieur de l'ACNC).

¹³ Rapport d'information n° 616 du Sénat fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur les autorités administratives indépendantes par Patrice Gélard (sénateur), 2014, p. 39-40.

¹⁴ Exposé des motifs du Projet de loi de révision constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^e République (n° 820), enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 avril 2008. Il y est précisé que la révision tend à confier des « prérogatives renforcées » aux Assemblées pour leur permettre l'exercice des missions qui leur sont confiées et nouvellement explicitées dans le texte constitutionnel, et notamment à l'article 24 de la Constitution telle que révisée. « La revalorisation du Parlement passe d'abord par l'énonciation solennelle de ses missions ; tel est l'un des objets de l'article 9 du projet, qui comble une lacune significative de l'actuel article 24 de la Constitution. Elle exige ensuite que, pour les missions ainsi identifiées (vote de la loi et contrôle de l'action du Gouvernement), les assemblées disposent de prérogatives renforcées ».

¹⁵ Article 24 alinéa 1 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Il [le Gouvernement] contrôle l'action du Gouvernement. Il évalue les politiques publiques », issu de l'article 9 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 (JORF n° 0171 du 24 juillet 2008, p. 11890). La première application de la nouvelle attribution parlementaire (art. 24 al. 1, 2^e phrase), le Parlement « évalue les politiques publiques », concerna les AAI, à travers une mission d'étude confiée à deux députés, R. DOSIERE et C. VANNESTE, qui élaborèrent un rapport très complet sur les AAI, le *Rapport d'information fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 28 octobre 2010, n° 2925.

¹⁶ Article 20 al. 3 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Il [le Gouvernement] est responsable devant le Parlement dans les conditions et suivant les procédures prévues aux articles 49 et 50 ».

pouvoirs » nécessaire dans tout État de droit contribue plus précisément à l'autonomie politique et juridique de la Nouvelle-Calédonie¹⁷ (B).

A. L'encadrement de l'ACNC au service de sa légitimité démocratique

Pour remplir sa mission générale de mise en œuvre du fonctionnement concurrentiel des marchés sur le territoire néo-calédonien, l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie dispose de pouvoirs étendus – de nature réglementaire, de sanction et d'investigation – faisant d'elle un réel contre-pouvoir face aux organes traditionnels de l'État. L'Autorité néo-calédonienne de la concurrence sera donc contrôlée par le Parlement pour que sa légitimité démocratique soit reconnue par l'appareil étatique traditionnel, dans un premier temps bien frileux à l'égard des AAI¹⁸.

Le « contrôle » de l'ACNC par le Parlement est exercé en amont car leur existence est soumise au vote d'une loi et la nomination de ses membres à l'absence d'opposition parlementaire (1). En outre, l'encadrement parlementaire est réalisé en aval, une fois que l'autorité est en activité, par l'examen de son rapport annuel d'activité et le contrôle *a posteriori* de ses dépenses (2).

1. Le contrôle exercé en amont de la mise en œuvre de l'ACNC

Dans son rapport de 2006, le Sénateur Gélard rappelait que « seul le Parlement peut consentir des exceptions au principe de responsabilité du Gouvernement devant lui, par la mise en place d'autorités échappant au contrôle hiérarchique du pouvoir exécutif¹⁹ ». L'article 1 de la loi organique du 20 janvier 2017²⁰ relative aux autorités administratives indépendantes dispose à cet égard que « Toute autorité administrative indépendante [...] est instituée par la loi ». En outre, l'alinéa 2 précise que « la loi fixe les règles relatives à la composition et aux attributions ainsi que les principes fondamentaux relatifs à l'organisation et au fonctionnement des autorités administratives indépendantes ». La création de l'ACNC obéira à cette même logique. La loi organique du 15 novembre 2013 portant actualisation de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie prévoit que c'est une « loi du pays » qui engendre la création par la Nouvelle-Calédonie

¹⁷ Article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Voir à ce propos R. FRAISSE, « L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et libertés », *Nouveaux Cahiers du Droit constitutionnel*, n° 44, juin 2014 ; J.-P. FELDMAN, « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques », *Revue française de droit constitutionnel*, 2010/3 (n° 83), p. 483-496.

¹⁸ En 2001, le Conseil d'État recommandait de « s'assurer de la nécessité du recours à une autorité administrative indépendante plutôt qu'à une autre solution institutionnelle », Conseil d'État, Rapport public 2001, *Jurisprudence et avis de 2000*. Les Autorités administratives indépendantes, Études et documents n° 52, La Documentation française, Paris, 2001, p. 377.

¹⁹ Office Parlementaire d'évaluation de la législation, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, t. 1, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 juin 2006, p. 62.

²⁰ Loi organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes, JORF n° 0018 du 21 janvier 2017.

d'une autorité administrative indépendante et délimite ses attributs et ses différents pouvoirs²¹. Or, ces « lois du pays » sont, depuis les Accords de Nouméa du 5 mai 1998²², des actes « quasi-législatifs » adoptés par le Congrès de Nouvelle-Calédonie dans les domaines définis par l'article 99 de la loi organique du 19 mars 1999 précitée²³. Dans ce contexte, le Congrès, composé de cinquante-quatre membres faisant partie de l'une des trois « assemblées de province²⁴ », est l'Assemblée délibérante néo-calédonienne. Il est en effet doté d'attributs qui le rapprochent d'une assemblée parlementaire et exerce à ce titre une fonction législative²⁵ et une fonction de contrôle du Gouvernement calédonien²⁶. Ainsi, le Congrès votera la loi du pays du 24 avril 2014 permettant la création de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie²⁷. Le législateur organique a donc réservé la compétence de la création des autorités administratives indépendantes au législateur. Ce « monopole » parlementaire constitue la contrepartie de l'exception à la responsabilité gouvernementale devant le Parlement, mais sera aussi une garantie de l'indépendance des AAI leur assurant une place dans le puzzle complexe des institutions de l'État. En effet, la compétence exclusive du législateur pour la création d'une institution administrative indépendante a vocation à les prémunir d'un risque de suppression par une simple disposition réglementaire, ce qui participe à leur indépendance vis-à-vis du Gouvernement. Cependant, en l'absence de

²¹ Article 1 de la loi organique n° 2013-1027 du 15 novembre 2013 portant actualisation de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie (JORF n° 0266 du 16 novembre 2013, p. 18616), qui ajoute un article 27-1 à la loi organique de 1999 ainsi rédigé : « Lorsque la Nouvelle-Calédonie crée une autorité administrative indépendante aux fins d'exercer des missions de régulation dans un domaine relevant de ses compétences, la loi du pays peut [...] lui attribuer le pouvoir de prendre les décisions, même réglementaires, celui de prononcer les sanctions administratives mentionnées à l'article 86, ainsi que les pouvoirs d'investigation et de réglementation des différends, nécessaires à l'accomplissement de ses missions ».

²² Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998, JORF n° 121 du 27 mai 1998, p. 8039.

²³ Article 99 de la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie du 19 mars 1999 (n° 99-209), JORF n° 0068 du 21 mars 1999.

²⁴ Précisons que la Nouvelle-Calédonie est découpée en trois collectivités, appelées « provinces » : la Province Nord, la Province Sud et la Province des îles Loyauté.

²⁵ Le Congrès de Nouvelle-Calédonie dispose dans le cadre de sa fonction délibérative d'un « pouvoir législatif » qui lui permet d'adopter des lois du pays dans plusieurs domaines, définis à l'article 99 de la loi organique du 19 mars 1999. Le Conseil d'État intervient en amont (article 100 de la loi organique du 19 mars 1999) et la conformité à la Constitution de ces lois du pays peut être contrôlée *a priori* par le Conseil constitutionnel (Cons. Const., décision n° 2014-4, Lp du 21 novembre 2014, Loi du pays relative à l'accès à l'emploi titulaire des fonctions publiques de Nouvelle-Calédonie, cons. 4 : le contrôle du Conseil constitutionnel sur les lois du pays « doit s'exercer non seulement au regard de la Constitution, mais également au regard des orientations définies par l'Accord de Nouméa et des dispositions organiques prises pour leur application »). En outre, le Gouvernement de Nouvelle-Calédonie est responsable devant le Congrès (art. 95 de la loi organique du 19 mars 1999).

²⁶ Le « Gouvernement » de la Nouvelle-Calédonie est l'organe exécutif ; il est responsable devant le Congrès en vertu de l'article 95 de la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie du 19 mars 1999 qui prévoit la possibilité pour le Congrès de mettre en cause la responsabilité du gouvernement par le vote d'une motion de censure. Il est élu par le Congrès au scrutin de liste à la représentation proportionnelle, et, après l'élection de ses membres, il est convoqué par le haut-commissaire et procède, au scrutin secret et à la majorité de ses membres, à l'élection du président (Thierry Santa, depuis 2019) et du vice-président.

²⁷ Loi du pays n° 2014-12 du 24 avril 2014 portant création de l'autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie, JONC du 29 avril 2014, p. 4150.

constitutionnalisation de l'autorité, le législateur peut toujours modifier le statut des AAI qui est organisé au sein d'une loi ordinaire, voire supprimer l'institution de la même façon qu'il l'a créée, c'est-à-dire par le simple vote d'une loi. Or, en situation de fait majoritaire, cette absence peut les placer en situation de dépendance organique vis-à-vis du Gouvernement. Pour accroître l'indépendance des AAI, le sénateur Patrice Gélard avait pourtant recommandé en 2014 d'affirmer le monopole de création des AAI dans la Constitution ou au sein d'une loi organique dont le vote est plus contraignant que celui d'une loi ordinaire et accompagné systématiquement d'un contrôle *a priori* de constitutionnalité²⁸. Mais toujours est-il qu'en dehors du Défenseur des droits mentionné à l'article 71-1 de la Constitution et qualifié dans un premier temps d'« autorité *constitutionnelle* indépendante²⁹ », les AAI ne figurent pas dans un titre spécifique de la Constitution³⁰ et peuvent donc être créées et supprimées par le simple vote d'une loi. Le Conseil constitutionnel est bien venu préciser que la suppression ou le remplacement d'une AAI ne peut se faire qu'à la condition que cela ne vienne pas « priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel³¹ », mais il protège ici plus la liberté publique garantie par l'autorité que l'autorité elle-même. Le risque de suppression d'une autorité administrative indépendante n'est pas abstrait, ce qu'illustre la disparition du Défenseur des enfants en 2011³² en dépit du risque

²⁸ L'adoption des lois organiques prévue par l'article 46 de la Constitution n'est pas aussi contraignante que celle des révisions constitutionnelles (voir l'article 89 de la Constitution relatif à la révision de la Constitution qui nécessite le dépôt d'un projet de révision constitutionnelle par le Président de la République, sur proposition du Premier Ministre, ou par le Parlement ; le texte doit être adopté dans les mêmes termes par les deux assemblées, sans qu'il soit possible de réunir une commission mixte paritaire, et définitivement adopté soit par référendum, soit à la majorité des trois cinquièmes). Ainsi, à la différence du vote d'une loi ordinaire, en cas de désaccord du Sénat, la loi organique doit être adoptée par l'Assemblée nationale à la majorité absolue (art. 46 al. 3) et les lois organiques sont obligatoirement soumises au Conseil constitutionnel (art. 46 al. 5).

²⁹ Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, JORF n° 0075 du 30 mars 2011, article 2 : « Le Défenseur des droits, *autorité constitutionnelle indépendante* [nous soulignons], ne reçoit, dans l'exercice de ses attributions, aucune instruction ». Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 29 mars 2011 (n° 2011-626 DC), à propos de la loi organique relative au Défenseur des droits, considère qu'« en érigeant le Défenseur des droits en "autorité constitutionnelle indépendante", le premier alinéa de l'article 2 rappelle qu'il constitue une autorité administrative dont l'indépendance trouve son fondement dans la Constitution ; que cette disposition n'a pas pour effet de faire figurer le Défenseur des droits au nombre des pouvoirs publics constitutionnels ». Cela a conduit à la modification de la loi organique du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits par la loi n° 2017-54 du 20 janvier 2017, art. 5, remplaçant le terme « constitutionnelle » par « administrative ».

³⁰ Titre XI Bis de la Constitution de 1958, Le Défenseur des droits, article 71-1, résultant de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits (JORF n° 0075 du 30 mars 2011, p. 5497), complétée par la loi ordinaire n° 2011-334 relative au Défenseur des droits (JORF n° 0075 du 30 mars 2011, p. 5504) du même jour.

³¹ Conseil constitutionnel, décision n° 86-217, Loi relative à la liberté de communication, cons. 4 et 5 : « Considérant que la substitution à la Haute autorité de la communication audiovisuelle [...] de la Commission nationale de la communication et des libertés n'a pas, à elle seule, pour effet de priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ».

³² Le Défenseur des enfants était une AAI instituée par la loi n° 2000-196 du 6 mars 2000 chargée de défendre et de promouvoir les droits de l'enfant. Il a été supprimé suite à la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

d'affaiblissement de la mission de défense et de promotion des droits de l'enfant³³. Malgré tout, pour revenir à notre sujet, si la dépendance de l'ACNC à l'égard du Congrès néo-calédonien existe, cette dépendance est moindre vis-à-vis des institutions de la Métropole. En effet, la compétence pour la création de l'ACNC et la compétence plus générale de la Nouvelle-Calédonie dans le domaine de la concurrence a été déléguée aux institutions calédoniennes par le vote d'une loi organique. Sa suppression par les autorités métropolitaines nécessiterait donc le vote d'une nouvelle loi organique. Cela participe à l'objectif d'« autonomie progressive³⁴ » du territoire ultra-marin.

Outre l'influence qu'il exerce sur l'existence des AAI, le Parlement joue un rôle quant à leur composition. Depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008³⁵, l'article 13 al. 5 de la Constitution subordonne certaines nominations du Chef de l'État à l'absence d'opposition parlementaire. Il dispose qu'une « *loi organique détermine les emplois ou fonctions, autres que ceux mentionnés au troisième alinéa, pour lesquels, en raison de leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation [nous soulignons], le pouvoir de nomination du président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée* ». Cet alinéa est entré en application avec la loi organique du 23 juillet 2010³⁶ qui vient préciser les emplois concernés. Elle énumère cinquante-deux fonctions dont celle de Président de l'Autorité de la concurrence³⁷ qui remplit les deux critères énoncés par l'alinéa 5 de l'article 13 : en veillant au bon fonctionnement concurrentiel des marchés, l'Autorité préserve, comme nous le verrons dans la seconde partie de l'article des « droits et libertés », la liberté de concurrence qui contribue à la « vie économique et sociale » du pays. Ainsi, la procédure de nomination du Président de l'Autorité de la concurrence est strictement encadrée. La nomination est précédée d'un avis des commissions parlementaires compétentes à la suite d'une audition publique³⁸. Le nom du candidat à la fonction est rendu public au moins huit jours avant son audition par la

³³ Voir à ce propos la Question écrite n° 10598 de Mme Samia Ghali, publiée dans le JO Sénat du 22 octobre 2009, p. 2458. La Sénatrice souligne l'utilité de l'institution et le risque de dilution de ses missions au sein d'un nouveau Défenseur des droits (qui n'aurait aucun périmètre défini concernant la mission de protection des droits fondamentaux de l'enfant), et cela malgré l'utilité de l'institution ayant reçu en moins de dix ans près de 20 000 réclamations.

³⁴ G. CARCASSONNE, M. GUILLAUME, *La Constitution*, Paris, Seuil, 2019, p. 286.

³⁵ Article 5 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République, JORF n° 0171 du 24 juillet 2008, p. 11890.

³⁶ Loi organique n° 2010-837 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution, JORF n° 0169 du 24 juillet 2010, p. 13642.

³⁷ Loi organique du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution précitée, article 3, annexe.

³⁸ Loi ordinaire n° 2010-838 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution précitée, article 1 : « Les commissions permanentes de chaque assemblée parlementaire compétentes pour émettre un avis sur les nominations aux emplois et fonctions pour lesquels le pouvoir de nomination du Président de la République s'exerce dans les conditions fixées au cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution sont celles figurant dans la liste annexée à la présente loi. L'avis mentionné au premier alinéa est précédé d'une audition par les commissions permanentes de la personne dont la nomination est envisagée. L'audition est publique sous réserve que la préservation du secret professionnel ou du secret de la défense nationale. Cette audition ne peut avoir lieu moins de huit jours après que le nom de la personne dont la nomination est envisagée a été rendu public ».

commission permanente compétente de chaque Assemblée parlementaire. Au terme de cette audition publique, les membres des deux commissions permanentes peuvent s'opposer à la nomination à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés, les voix des membres des deux commissions s'additionnant. Le contrôle « parlementaire » portant sur la nomination du collège de l'ACNC ne pouvait pas être prévu par la loi organique du 23 juillet 2010 puisqu'à cette date, l'AAI n'avait pas encore été créé mais il sera organisé de la même manière que pour la nomination du Président de l'Autorité de la concurrence métropolitaine. Ainsi, les membres permanents sont nommés par arrêté du Gouvernement³⁹ à la condition préalable que le Congrès de la Nouvelle-Calédonie approuve la proposition gouvernementale par un vote à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés⁴⁰. Le rejet en 2017 par le Congrès néo-calédonien du premier collège de l'ACNC sur lequel nous reviendrons par la suite témoigne de l'utilité de l'encadrement parlementaire du « pouvoir de nomination » par le Chef de l'État des membres les plus influents des institutions publiques. Ce « droit de regard » du Parlement sur les nominations est en effet essentiel pour éviter les nominations de complaisance permettant, comme le souligne Guy Carcassonne, de « gratifier un collaborateur plus connu pour sa fidélité ou ses attachements partisans que pour ses qualités professionnelles et morales⁴¹ ». Ce contrôle renforcera alors l'indépendance des AAI en garantissant aux yeux des citoyens la probité et l'impartialité de ses membres.

2. Le contrôle exercé en aval de la mise en œuvre de l'ACNC

Le Parlement exerce aussi un contrôle de l'ACNC en aval de sa création par le biais de l'obligation qui incombe aux autorités administratives indépendantes de soumettre un rapport annuel d'activité. Le rapport du Conseil d'État de 2001 recommandait déjà aux AAI « d'éditer des documents clairs et pédagogiques, indiquant les conditions dans lesquelles elles interviennent et précisant le contenu des règles en vigueur, l'interprétation jurisprudentielle qui en a été donnée et la doctrine dont elles entendent faire application, sous le contrôle du juge⁴² ». Les rapports annuels et, de manière

³⁹ Voir à ce propos l'arrêté n° 2018-65/GNC du 16 janvier 2018 (JONC du 25 janvier 2018) portant nomination de Mme Auréle Zoude-Le-Berre en qualité de président de l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie ; ou encore l'arrêté n° 2018-69/GNC du 16 janvier 2018 (JONC du 25 janvier 2018) portant nomination de M. Mathieu Buchberger en qualité de membre non permanent de l'autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie.

⁴⁰ La loi organique n° 2013-1027 du 15 novembre 2013, article 1, portant actualisation de l'article 93-1 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, créant l'article Lp. 461-1 II du Code du commerce applicable en Nouvelle-Calédonie : « Les membres d'une autorité administrative indépendante créée dans les conditions prévues à l'article 27-1 sont nommés par arrêté du Gouvernement. Cette nomination ne peut intervenir que si, après une audition publique du candidat proposé par le Gouvernement, le Congrès approuve, par un avis adopté à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés, la candidature ainsi proposée ».

⁴¹ G. CARCASSONNE, M. GUILLAUME, *op. cit.*, p. 114. Sur les effets du contrôle parlementaire de manière plus générale, voir aussi A. LE DIVELLEC, « Des effets du contrôle parlementaire », *Pouvoirs*, 2010/3, n° 134, p. 123-139.

⁴² Conseil d'État, Rapport public 2001, *Jurisprudence et avis de 2000*. Les Autorités administratives indépendantes, Études et documents n° 52, La Documentation française, Paris, 2001, p. 372.

générale, les publications des autorités administratives indépendantes sont un moyen de communication essentiel permettant de présenter aux pouvoirs publics et aux acteurs concernés les activités de l'institution pour les éclairer sur ses priorités, ses objectifs, ou encore son interprétation des réglementations. La soumission de ces rapports constitue à cet égard un élément central pour l'activité parlementaire de contrôle et d'évaluation des politiques publiques évoquée précédemment. Pour renforcer la portée de ces documents, le Sénateur Gélard préconisait qu'ils soient systématiquement déposés devant le Parlement et que ce dépôt soit accompagné d'une présentation systématique devant les commissions permanentes compétentes de chaque Assemblée⁴³. Gélard recommandait en outre un encadrement légal de son contenu et la présence de rubriques obligatoires ayant plus précisément trait aux aspects financiers de l'institution. Selon lui, la présence du bilan de l'utilisation par l'autorité des crédits ou encore la mise en œuvre des règles de déontologie participerait à la recherche de transparence et accroîtrait la légitimité des autorités⁴⁴. Finalement, l'article 21 de la loi du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI reprend dans les grandes lignes ces recommandations et dispose que « Toute autorité administrative indépendante [...] adresse chaque année, avant le 1^{er} juin, au Gouvernement et au Parlement un rapport public rendant compte de l'exercice de ses missions et de ses moyens ». L'article poursuit en précisant que le rapport « comporte un schéma pluriannuel d'optimisation de ses dépenses qui évalue l'impact prévisionnel sur ses effectifs et sur chaque catégorie de dépenses des mesures de mutualisation de ses services avec les services d'autres autorités administratives indépendantes ». L'article Lp 461-5 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie⁴⁵ prévoit dans ce sens la soumission annuelle, avant le 30 juin, d'un rapport public d'activité au Gouvernement ainsi qu'au Congrès de la Nouvelle-Calédonie⁴⁶. Si l'article est silencieux quant au contenu du rapport, les rapports annuels

⁴³ Sénat, Rapport d'information n° 616 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur les autorités administratives indépendantes par Patrice Gélard (sénateur), 2014, recommandation n° 27, p. 22 et recommandation n° 29, p. 23.

⁴⁴ Sénat, Rapport d'information n° 616 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur les autorités administratives indépendantes par Patrice Gélard (sénateur), 2014, recommandation n° 28, p. 23.

⁴⁵ Article 9 de la loi du pays du 24 avril 2014 portant création de l'ACNC qui modifie l'article Lp. 461-5 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie et transpose aux institutions du territoire ultramarin les dispositions concernant l'Autorité métropolitaine de la concurrence.

⁴⁶ Article Lp. 461-5 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, créé par l'article 9 de la loi du pays n° 2014-12 du 24 avril 2014 portant création de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie : « Le Congrès de la Nouvelle-Calédonie peut entendre le président de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie et consulter celle-ci sur toute question entrant dans le champ de ses compétences. Le président de l'autorité rend compte des activités de celle-ci devant le Congrès de la Nouvelle-Calédonie, à sa demande. L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie établit chaque année, avant le 30 juin, un rapport public rendant compte de son activité qu'elle adresse au Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et au Congrès de la Nouvelle-Calédonie ». Cet article a été modifié par la loi du pays n° 2019-10 du 19 avril 2019 (JONC du 25 avril 2019, p. 7811), art. 39 : le deuxième alinéa dispose maintenant que « Le président de l'autorité rend compte des activités de celle-ci devant le Congrès de la Nouvelle-Calédonie, à sa demande » ; le premier et le troisième alinéas demeurent inchangés.

d'activité de l'ACNC de 2018⁴⁷ et de 2019⁴⁸ font bien état des « moyens » financiers employés par l'Autorité et présentent tous deux leur budget, avec une répartition des dépenses, une synthèse de la consommation des crédits d'investissements et de fonctionnement, ainsi que les recettes que cette dernière perçoit grâce aux sanctions qu'elle inflige⁴⁹. Cependant, la présentation du budget ne dispense pas les AAI de l'exercice d'un contrôle parlementaire sur leurs dépenses. L'article 18 alinéa 2 de la loi du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI exclut pour ces dernières l'application de la loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées⁵⁰ qui prévoit un contrôle financier *a priori* sur les actes émanant d'un ministre ou d'un fonctionnaire de l'administration centrale. Néanmoins, l'article 23 de la loi du 20 janvier 2017 prévoit un examen *a posteriori* des coûts financiers des AAI exercé par le Parlement grâce à la présentation par le Gouvernement d'un rapport présenté au moins cinq jours avant l'examen du projet de loi de finances et porté en annexe. Ce rapport doit permettre de rendre compte des dépenses de chaque AAI, de la rémunération de leurs membres ou encore exposer les objectifs et les indicateurs de performance de l'institution. Tous ces éléments sont l'occasion de vérifier l'adéquation des moyens donnés aux AAI avec leur mission⁵¹, sans porter toutefois atteinte à leur indépendance. En outre, les AAI peuvent être soumises, sur la base du volontariat, au contrôle budgétaire des contrôleurs budgétaires et comptables ministériels (CBCM) dans le cadre d'un arrêté du ministre chargé du budget⁵².

⁴⁷ ACNC, *Rapport d'activité*, 2018.

⁴⁸ ACNC, *Rapport annuel*, 2019, adopté par délibération le 5 juin 2020.

⁴⁹ En 2019, l'ACNC a infligé une sanction de 7,6 millions de francs à des entreprises d'ascenseurs ayant mis en œuvre des accords exclusifs d'importation. Voir à ce propos la décision ACNC n° 2019-PAC-05 du 26 décembre 2019 et le Rapport annuel d'activité de 2019 de l'ACNC, p. 18.

⁵⁰ Loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées, JORF du 14 août 1922, p. 8558. Cette loi instaurait dans les administrations centrales un contrôle préalable des engagements de dépense, le contrôle financier central. Voir à ce propos J. RENY, « À propos de la loi du 10 août 1922. Défense et illustration du contrôle financier central », *La Revue administrative*, 42^e Année, n° 252 (nov. – déc. 1989), p. 526-537.

⁵¹ Article 23 de la loi n° 2017-55 portant statut général des autorités administratives indépendantes : « Le Gouvernement présente, en annexe générale au projet de loi de finances de l'année, un rapport sur la gestion des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes. Cette annexe générale récapitule, par autorité et pour le dernier exercice connu, l'exercice budgétaire en cours d'exécution et l'exercice suivant : a) Le montant constaté ou prévu de leurs dépenses et leur répartition par titres ; b) Le montant constaté ou prévu des produits des impositions de toutes natures, des subventions budgétaires et des autres ressources dont elles bénéficient ; [...] e) Les rémunérations et avantages du président et des membres de l'autorité. [...] 3. Cette annexe générale comporte enfin [...] une présentation stratégique avec la définition d'objectifs et d'indicateurs de performance, une présentation des actions et une présentation des dépenses et des emplois avec une justification au premier euro. [...] Elle est déposée sur le bureau des assemblées parlementaires et distribuée au moins cinq jours francs avant l'examen du projet de loi de finances de l'année qui autorise la perception des impôts, produits et revenus affectés aux organismes divers habilités à les percevoir ».

⁵² L'arrêté est pris en application de l'article 88-I du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique (JORF n° 0262 du 10 novembre 2012). Cet arrêté dispose que « Le contrôle budgétaire des services centraux des ministères et des autorités administratives indépendantes est exercé par le contrôleur budgétaire et comptable ministériel, dans les conditions fixées par arrêté du ministre chargé du budget ».

Le contrôle parlementaire sur l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie est très important puisqu'il porte sur son existence, l'ACNC dépendant d'un vote du Congrès, sur sa substance, la nomination des membres du collège étant soumis à l'aval du Congrès, et sur son activité ainsi que ses finances, contrôlées par le prisme de ses rapports annuels. En effet, seul le législateur est « à même non seulement de légitimer, mais également de garantir l'indépendance de ces autorités administratives⁵³ ». Ce contrôle est nécessaire car il permet d'éviter les dérives d'une institution qui exerce des pouvoirs étendus. En outre, il lui assure une légitimité démocratique et participe à l'équilibre du pouvoir nécessaire à tout État de droit⁵⁴. Le contrôle de l'ACNC n'est donc nullement incompatible avec son indépendance, mais constitue *a contrario* un « moyen » de mise en œuvre de l'indépendance de l'institution. Dans ce sens, le législateur néo-calédonien a transposé les dispositions légales de la loi du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et doté sa première autorité administrative indépendante de tous les attributs nécessaires pour assurer son indépendance.

B. L'indépendance de l'ACNC au service de sa pérennité au sein des institutions étatiques

L'indépendance, c'est-à-dire la « garantie pour les citoyens que ceux qui font profession de les juger [...] sont en situation d'exercer leur métier à l'abri de toutes pressions » constitue l'assurance « pour les citoyens de leur propre liberté » et le « principe sans lequel les citoyens ne pourraient accorder leur confiance aux institutions⁵⁵ ». Ainsi, pour être qualifiés d'« indépendants », les institutions et leurs membres ne doivent pas subir de pressions qui entraveraient leur action, ni être soumis aux instructions d'une quelconque autorité⁵⁶. La législation du droit de l'Union européenne a été pionnière concernant l'exigence de l'indépendance des autorités de régulation. La directive du 13 juillet 2009 relative aux règles communes pour le marché intérieur de l'électricité⁵⁷ prévoyait à cet égard que les États doivent garantir

⁵³ Rapport d'information n° 616 du Sénat fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur les autorités administratives indépendantes par Patrice Gélard (sénateur), 2014, recommandation n° 27, p. 22 et recommandation n° 29, p. 14.

⁵⁴ Rappelons la célèbre citation de Montesquieu tirée de *l'Esprit des Loix* (1748) : « Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses le pouvoir arrête le pouvoir ».

⁵⁵ D. ROUSSEAU, « Indépendance de la justice », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F. SUDRE, *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, p. 515.

⁵⁶ Dans l'arrêt de la CEDH, *Ciraklar c. Turquie*, du 28 octobre 1998, aff. n° 19601/92, la Cour énonce que « pour établir si un tribunal peut passer pour indépendant aux fins de l'article 6§1 [selon lequel « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial »], il faut notamment prendre en compte le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance » (§ 38).

⁵⁷ Directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE, JOUE du 14 août 2009, L. 211/55.

« l'indépendance des autorités de régulation et veiller à ce qu'elles exercent leurs compétences de manière impartiale et transparente⁵⁸ ». Dans cette optique, l'article 9 de la loi du 20 décembre 2017 dispose que les membres des AAI sont indépendants du pouvoir public, et à ce titre, ils ne « reçoivent ni ne sollicitent d'instruction d'aucune autorité⁵⁹ ».

Des règles concernant non seulement la composition, mais aussi l'organisation de ces instances assureront aux autorités administratives indépendantes une indépendance à l'égard du Gouvernement. Ainsi, le régime légal de l'ACNC prévoit son indépendance organique, vis-à-vis du pouvoir politique (1), et fonctionnelle, dans l'exercice de son activité (2).

1. L'indépendance organique de l'ACNC

L'indépendance « organique » des AAI, assimilable pour Julien Mouchette à une « indépendance d'esprit⁶⁰ », concerne la substance même de l'« organe » institutionnel, c'est-à-dire sa composition, et plus précisément les modalités entourant la nomination et la révocation de ses membres ainsi que l'absence de conflit d'intérêts de ces derniers vis-à-vis du secteur régulé. Pour assurer l'émancipation des membres des AAI à l'égard des autorités qui les ont nommés, l'article 7 de la loi du 20 janvier 2017 prévoit un mandat renouvelable seulement une fois, d'une durée comprise entre trois et six ans⁶¹. Le rapport Gélard de 2014 suggérait la règle de non-reconduction du mandat⁶² mais cette solution n'a sans doute pas été retenue en raison de la difficulté du recrutement des membres des AAI très spécialisées. Pour tenir compte de cette limitation, l'article 9 de la loi du pays du 24 avril 2014 portant création de l'ACNC qui prévoyait que « le mandat des membres du collège est renouvelable sans limitation, à l'exception de celui du Président qui n'est renouvelable qu'une seule fois⁶³ » a été modifié par la loi du pays du 30 septembre 2016⁶⁴. Le mandat du Président est harmonisé avec celui des autres membres du collège et l'article Lp. 461-1 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie dispose désormais que « Le mandat des membres du collège n'est renouvelable qu'une seule fois » pour une durée de cinq ans⁶⁵. De plus, toujours dans

⁵⁸ Directive 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 (JOUE du 14 août 2009, L. 211/94), concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE, article 39§4.

⁵⁹ Article 9 al. 2 de la loi n° 2017-55 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes précitée.

⁶⁰ J. MOUCHETTE, *op. cit.*, p. 54.

⁶¹ Article 5 de la loi n° 2017-55 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes précitée.

⁶² Rapport d'information n° 616 du Sénat fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur les autorités administratives indépendantes par Patrice Gélard (sénateur), 2014, p. 41.

⁶³ Article Lp. 461-1 III du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, créé par l'article 9 de la loi du pays n° 2014-12 du 24 avril 2014 portant création de l'ACNC.

⁶⁴ Loi du pays n° 2016-15 du 30 septembre 2016, JONC du 11 octobre 2016, art. 3.

⁶⁵ Article 9 de la loi du pays n° 2014-12 portant création de l'ACNC, créant l'article Lp. 461-1, II du Code du commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

l'optique d'assurer l'indépendance organique des AAI, l'article 6 de la loi du 20 janvier 2017 organise l'irrévocabilité du mandat⁶⁶. La loi suit ici les recommandations du rapport Gélard qui estimait que la procédure de révocation des membres des AAI doit être strictement prévue par la loi pour éviter toute pression à leur rencontre, énumérant les cas justifiant une révocation⁶⁷ et exigeant qu'elle soit « prononcée par le collège à une majorité qualifiée⁶⁸ ». Enfin, l'indépendance organique des AAI est assurée par l'existence de critères relatifs à la maîtrise de savoirs exigée pour la nomination des membres des autorités administratives indépendantes. Ce critère de compétence entraîne une « diversification des profils » et l'ouverture de la composition des collèges des AAI⁶⁹. Or cette ouverture à la société civile tend à éviter, comme le soulignait le rapport du Sénateur Mézard en 2015, la « professionnalisation » des AAI, certains fonctionnaires faisant des carrières longues en passant d'une AAI à l'autre, et l'influence des « grands corps de l'État⁷⁰ » au sein de ces institutions ; 167 des 544 sièges des AAI, soit près de 30 %, étaient occupés au moment de la rédaction du rapport par des membres du Conseil d'État, de la Cour des comptes ou de la Cour de cassation. La participation de personnes d'origines et de compétences diverses, notamment de professionnels du secteur permet d'inclure des « experts » dans les institutions. Ces derniers sont d'autant plus importants au sein des autorités de la concurrence qu'ils sont capables de « garantir la parfaite information de l'instance de décision sur les tenants et aboutissants des mesures à prendre, d'assurer la bonne adaptation de ces mesures aux réalités de terrain et de permettre de réagir avec souplesse aux mouvements de fond du marché⁷¹ ». Le travail des experts participe finalement à la singularité des AAI qui vient, comme le souligne Julien Mouchette, de « leur capacité autonome de recueil des informations utiles à la connaissance des difficultés et des dysfonctionnements du secteur en question soumis à leur autorité », passant nécessairement par « la détention d'une information originale, pertinente, crédible et complète⁷² ». À ce propos, le rapport Gélard de 2014 avait déjà retenu l'importance pour assurer la légitimité des AAI de la nomination de personnalités qualifiées, soumises « à des exigences de compétence en

⁶⁶ Article 6 al. 1 de la loi n° 2017-55 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes précitée.

⁶⁷ Article 6 al. 2 et s. de la loi n° 2017-55 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes précitée. Le mandat peut être suspendu en cas d'empêchement à exercer les fonctions de membre du collège. La cessation de fonction peut aussi résulter d'une démission, être provoquée par un manquement grave aux obligations légales, par une incapacité définitive empêchant la poursuite du mandat, ou encore en cas de situation d'incompatibilité.

⁶⁸ Rapport d'information n° 616 du Sénat fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur les autorités administratives indépendantes par Patrice Gélard (sénateur), 2014, p. 41.

⁶⁹ Sénat, Rapport n° 126 fait au nom de la commission d'enquête sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes, fait par Jacques Mézard, publié au Journal Officiel le 29 octobre 2015, p. 73-74.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 36.

⁷¹ Conseil d'État, Rapport public 2001, *Les Autorités administratives indépendantes*, Études et documents n° 52, p. 276.

⁷² J. MOUCHETTE, *op. cit.*, p. 149.

rapport direct avec le domaine d'intervention de l'autorité⁷³ ». Ainsi l'article Lp. 461-1 II du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie requiert que le président de l'ACNC soit désigné « en raison de ses compétences dans les domaines juridiques ou économiques ». Avant 2016, le Président devait être désigné « en raison de ses compétences dans les domaines juridiques et économiques, *ainsi qu'en* [nous soulignons] raison de son expérience significative en droit et en pratique en matière de concurrence ». Cette double exigence, supprimée par la suite, avait cependant rendu le recrutement très difficile, aucun candidat réunissant l'ensemble des conditions n'avait été trouvé⁷⁴.

L'expertise développée par les AAI ne sera néanmoins acceptée et intégrée par les acteurs publics et privés concernés pour autant, rappelle le rapport du Conseil d'État de 2001, « que la diversité des métiers représentés au sein de la formation empêche toute collusion, que la qualité des membres de l'institution constitue un rempart au corporatisme et que son caractère suffisamment collégial interdit toute partialité⁷⁵ ». L'indépendance des AAI doit en effet exister autant à l'égard de la sphère politique que des milieux économiques. Il s'agira ici de prohiber tout « conflit d'intérêts », c'est-à-dire « toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction⁷⁶ ». Cette recherche de probité de l'institution et de ses membres est nécessaire pour assurer la transparence de la vie politique, assurée autant dans la législation nationale⁷⁷ que dans celle de l'Union européenne⁷⁸. Dans cette

⁷³ Rapport d'information n° 616 du Sénat fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur les autorités administratives indépendantes par Patrice Gélard (sénateur), 2014, p. 41.

⁷⁴ Voir à ce propos l'avis de vacance de poste dans la fonction publique, n° CI14-3135-565 du 8 octobre 2014.

⁷⁵ Conseil d'État, Rapport public 2001, *Les Autorités administratives indépendantes*. Études et documents n° 52, p. 276.

⁷⁶ Article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique (JORF n° 0238 du 12 octobre 2013, p. 16829, texte n° 2).

⁷⁷ En France, plusieurs lois ont été adoptées, notamment la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique luttant contre les conflits d'intérêts et la transparence démocratique (Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, JORF n° 0238 du 12 octobre 2013, p. 16829) puis, dans le domaine économique, la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique instituant notamment l'Agence française anticorruption ainsi que des dispositions mettant en place un régime spécifique de protection des lanceurs d'alerte (Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique, JORF n° 0287 du 10 décembre 2016).

⁷⁸ L'article 15 § 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE, JOUE du 26 octobre 2012, C 326/47) prévoit un « droit d'accès aux documents des institutions, organes et organismes de l'Union » pour toute personne physique ou morale de l'Union ainsi que la transparence des travaux pour « chaque institution, organe ou organisme » de l'Union. Des instruments normatifs sectoriels y font référence : Directive 2013/50/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 modifiant la directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs immobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé (JOUE du 6 novembre 2013, L 294/12) ; Directive du Conseil n° 90/313 du 7 juin 1990 relative à la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement (JOCE n° L158 du 23 juin 1990, p. 56) ; Règlement (UE) 2019/2088 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers (JOUE du 9 décembre 2019 L 317/1), créant de nouvelles règles de transparence pour les acteurs

optique, le chapitre premier de la loi de 2017 portant statut général des AAI est consacré à la « déontologie des membres », et l'article 9 dispose que « Les membres des autorités administratives indépendantes [...] exercent leurs fonctions avec dignité, probité et intégrité et veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts ». Pour réaliser ces objectifs, la loi de 2017 prévoit de nombreuses mesures, comme des incompatibilités entre le mandat de membre d'une AAI avec de nombreux autres mandats, notamment la fonction de maire, de Président de conseil départemental ou de la métropole de Lyon⁷⁹. De plus, il est interdit d'être membre de plusieurs AAI⁸⁰. À cet égard, la loi organique du 19 mars 1999 modifiée par celle du 25 avril 2016 précise à propos des incompatibilités des membres de l'ACNC que « La composition et les modalités de désignation des membres de l'autorité administrative indépendante doivent être de nature à assurer son indépendance⁸¹ » ; la fonction de membre est incompatible avec « tout mandat électif » – la règle de non-cumul des mandats étant ici plus stricte que ce qu'impose le régime général des AAI – et « toute détention, directe ou indirecte, d'intérêts dans une entreprise du secteur dont ladite autorité assure la régulation⁸² ». De plus, « Nul ne peut être désigné membre d'une autorité administrative indépendante si, au cours des trois années précédant sa désignation, il a [...] détenu des intérêts considérés comme incompatibles avec cette fonction, en application du deuxième alinéa du présent article⁸³ ». En outre, l'article Lp. 461-2 al. 2 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie dispose que « *Tout membre de l'Autorité de la concurrence doit informer le Président des intérêts qu'il détient ou vient à acquérir et des fonctions qu'il exerce dans une activité économique. Il doit également informer le Président de l'ACNC de toute fonction rémunérée qu'il a eue durant les cinq dernières années au sein d'une entreprise exerçant directement ou indirectement, une activité à but lucratif en Nouvelle-Calédonie, ainsi que de toute fonction de conseil qu'il a eue, directement ou indirectement, au bénéfice d'une telle entreprise* ». Pour garantir cette transparence de manière efficace par des instruments cohérents, la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique dispose que les membres des AAI doivent déposer auprès du président de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) une déclaration « exhaustive, exacte et sincère⁸⁴ » de leur situation

des marchés financiers et les conseillers financiers ; Règlement (UE) 2019/1381 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relatif à la transparence et à la pérennité de l'évaluation des risques de l'Union dans la chaîne alimentaire (JOUE du 6 septembre 2019, L. 231/1) ; Règlement (UE) 2019/1150 du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, dit « PtoB » (JOUE du 11 juillet 2019, L 186/57).

⁷⁹ Article 10 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives et publiques indépendantes.

⁸⁰ Article 8 al. 1 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives et publiques indépendantes.

⁸¹ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 tel que modifiée par la loi n° 2016-507 du 25 avril 2016, art. 27-1 al. 2.

⁸² *Ibid.*, art. 27-1, al. 3.

⁸³ *Ibid.*, art. 27-1, al. 4.

⁸⁴ Article 11, I, 6° de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique : « Adressent également au président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique une déclaration de situation patrimoniale et une déclaration d'intérêts [...] dans les deux mois qui suivent leur

patrimoniale ainsi qu'une déclaration d'intérêt telle que définie par la loi. Ces mesures seront reprises dans la loi sur les AAI de 2017⁸⁵, ainsi que dans les lois relatives au statut des différentes autorités de concurrences⁸⁶. De la sorte, l'ACNC a adopté la décision n° 2019-D-01 du 16 juin 2019, modifiant son règlement intérieur⁸⁷. Ainsi, tout comme les autres personnes relevant du champ de la loi n° 2014-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, les membres de l'Autorité doivent transmettre au président de la HATVP une déclaration de situation patrimoniale et une déclaration d'intérêt au début et à la fin de leur mandat. Malgré ces mesures garantes de l'indépendance et de la probité de l'ACNC, il s'avère complexe de trouver un équilibre entre la connaissance nécessaire à l'exercice des fonctions qui suppose une certaine proximité avec le secteur, et la distance permettant d'éviter toute « collusion » avec le secteur régulé. Quatre années se sont ainsi écoulées entre le vote de la loi du pays du 24 avril 2014 portant création de l'ACNC et son entrée en fonction, le 2 mars 2018, car en 2017, le Congrès de la Nouvelle-Calédonie s'était opposé à la nomination de cinq personnalités proposées par le Gouvernement. Le parcours professionnel du candidat à la Présidence de l'ACNC était alors sujet à caution⁸⁸.

entrée en fonctions : [...] Les membres des collèges [...], les membres des commissions investies de pouvoirs de sanction, ainsi que les directeurs généraux et secrétaires généraux et leurs adjoints des organismes suivants : [...] l'Autorité de la concurrence ».

⁸⁵ Article 11 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives et publiques indépendantes : « La déclaration d'intérêts déposée par un membre d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante en application du 6° du I de l'article 11 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique est mise, de manière permanente, à la disposition des autres membres de l'autorité au sein de laquelle il siège ».

⁸⁶ Concernant l'ACNC, voir la Lp. 461-2 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie ; voir aussi le Règlement intérieur de l'ACNC, article 6 selon lequel les membres de l'Autorité « sont tenus au respect d'obligations déontologiques [...] Dans ce cadre, ils remplissent les déclarations de situation patrimoniale et d'intérêts telles que prévues aux articles 7 et 8 du présent règlement intérieur » ; article 7 relatif aux déclarations de situation patrimoniale : « Les membres de l'Autorité sont soumis à une obligation de déclaration de leur situation patrimoniale auprès du président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique dans les conditions définies par la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique » ; article 8 relatif à la déclaration d'intérêts : « Conformément à l'article Lp. 461-2 du Code de commerce, chaque membre effectue une déclaration : - des intérêts qu'il détient ou vient à acquérir et des fonctions qu'il exerce dans une activité économique ; - de toute fonction rémunérée qu'il a eue durant les cinq dernières années au sein d'une entreprise exerçant, directement ou indirectement, une activité à but lucratif en Nouvelle-Calédonie ; - de toute fonction de conseil qu'il a eue durant les cinq dernières années, directement ou indirectement, au bénéfice d'une telle entreprise. [...] Les membres de l'Autorité sont également soumis à une obligation de déclaration d'intérêts auprès du président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique dans les conditions prévues par la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique ».

⁸⁷ ACNC, Décision n° 2019-D-01 du 16 juin 2019, portant modification du Règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie.

⁸⁸ Ce dernier avait en effet occupé le poste de « directeur juridique groupe adjoint », en charge de la concurrence et de la régulation pour l'ensemble du groupe, au sein d'*Engie*, société présente sur le territoire ultra-marin, dans la distribution de l'électricité et de l'eau (groupe *EEC Engie et Calédonienne des eaux*). Or l'ACNC aurait pu être amenée à se prononcer sur les problèmes de régulation de cette industrie de réseaux.

Outre ces modalités permettant de garantir à l'ACNC une indépendance organique, l'indépendance de l'autorité néo-calédonienne doit aussi être assurée sur le plan « fonctionnel », c'est-à-dire qu'elle doit pouvoir jouir d'une indépendance d'« action⁸⁹ », une liberté d'agir de manière autonome en dehors de toute hiérarchie administrative. Cette indépendance doit se manifester dans l'ensemble des « pouvoirs » exercés par l'autorité, que ce soit le pouvoir réglementaire ou disciplinaire. Mais cette liberté n'est pas absolue, l'ensemble de ses activités étant soumis au contrôle de la justice et bénéficiant des garanties du droit processuel.

2. L'indépendance fonctionnelle de l'ACNC

En premier lieu, l'ACNC exerce un pouvoir réglementaire, c'est-à-dire qu'elle dispose de la capacité légale d'édicter de manière unilatérale des actes à portée générale et impersonnelle, des « quasi-réglementations », prenant la forme d'autorisations ou d'agrément, voire de règles générales subordonnant la délivrance de ces titres. Cette forme dissimulée d'édiction de normes juridiques traduit certes l'indépendance de l'institution, mais une indépendance ici encore « encadrée » et limitée. En effet, le pouvoir réglementaire général est exercé par le Premier ministre en vertu de l'article 21 de la Constitution⁹⁰. Mais dans sa décision du 18 septembre 1986, le Conseil constitutionnel a considéré que l'article 21 de la Constitution ne faisait pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité autre que le Premier ministre « le soin de fixer, dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements, des normes permettant de mettre en œuvre la loi⁹¹ ». Ainsi, le pouvoir réglementaire de l'ACNC n'est pas autonome mais délégué. Il est subordonné organiquement à l'autorité habilitante, ici le Congrès de la Nouvelle-Calédonie, à l'origine de la création et de la délimitation des pouvoirs de l'ACNC. Il est en outre limité matériellement, c'est-à-dire qu'il ne porte que sur des mesures de portée limitée par leur champ d'application et leur contenu, ici la concurrence. Le pouvoir réglementaire détenu par l'ACNC est en outre soumis au contrôle du juge⁹². Cette exigence concerne désormais l'ensemble des productions normatives des AAI, qu'elles aient ou non une valeur contraignante. À cet égard, depuis

⁸⁹ J. MOUCHETTE, *op. cit.*, p. 54.

⁹⁰ Article 21 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Sous réserve des dispositions de l'article 13, [le Premier ministre] exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois civils et militaires ».

⁹¹ Conseil constitutionnel, 18 septembre 1986, n° 86-217 DC, Loi relative à la liberté de communication, cons. 58.

⁹² Rappelons que depuis la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 relative au Conseil de la concurrence, il a été mis fin à l'automaticité entre la nature administrative des AAI et la compétence du juge administratif. Les juridictions judiciaires et administratives peuvent donc être compétentes pour examiner le contentieux des AAI et plus précisément de l'ACNC. Voir à ce propos Conseil constitutionnel, n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, § 17 : « Considérant que, si le conseil de la concurrence, organique administratif, est appelé à jouer un rôle important dans l'application de certaines règles relatives au droit de la concurrence, il n'en demeure pas moins que le juge pénal participe également à la répression des pratiques anticoncurrentielles [...] qu'à des titres divers le juge civil ou commercial est appelé à connaître d'actions en responsabilité ou en nullité fondées sur le droit de la concurrence ; que la loi présentement examinée tend à unifier sous l'autorité de la Cour de cassation l'ensemble de ce contentieux ».

les décisions du Conseil d'État du 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH et Société Numéricable*, les instruments dits « souples » des AAI comme les directives, les lignes directrices, les avis, les recommandations ou encore les prises de position, bien qu'ils soient dépourvus de force obligatoire, peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir soit « lorsqu'ils revêtent le caractère de disposition générale et impérative ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance », soit « lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent⁹³ ». Ces derniers sont désormais considérés comme des « actes décisifs », c'est-à-dire des actes dotés d'une portée normative, produisant des effets juridiques et agissant sur les comportements, bien que leurs effets passent plus par la persuasion que par la contrainte. L'extension du contrôle juridictionnel à même de vérifier la légalité de ses actes est ici encore une garantie assurant l'indépendance et la légitimité de l'ACNC.

En second lieu, l'ACNC dispose d'un pouvoir de « sanction » qui lui confère une fonction « quasi-juridictionnelle ». Le pouvoir disciplinaire accordé par la loi à certaines AAI a été validé par le Conseil constitutionnel dans deux décisions, du 17 janvier 1989⁹⁴ à propos du pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) et du 28 juillet 1989 à propos de celui de la Commission des opérations de Bourse (COB). Dans cette dernière décision, les juges de la rue Montpensier estiment que l'existence d'un pouvoir de sanction à l'autorité boursière et, plus généralement, à toute autorité administrative indépendante est possible « dès lors, d'une part que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice de pouvoirs de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis⁹⁵ ». De plus, elle ne peut être accordée que « dans la limite nécessaire à l'accomplissement de la mission⁹⁶ ». Le

⁹³ Conseil d'État, Assemblée, du 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta International GMBH et autres*, § 4 ; Conseil d'État, Assemblée, 21 mars 2016, *Société NC Numéricable*, n° 390023, § 5.

⁹⁴ Conseil constitutionnel, décision 88-248 DC du 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, § 27 : « Considérant que, pour la réalisation de [la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels], il est loisible au législateur de [...] charger une autorité administrative indépendante de veiller au respect des principes constitutionnels en matière de communication audiovisuelle ; que la loi peut, de même, sans qu'il soit porté atteinte au principe de séparation des pouvoirs, doter l'autorité indépendante chargée de garantir l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle de pouvoirs de sanction dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission ».

⁹⁵ Conseil constitutionnel, décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, § 6 « Considérant que le principe de séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis ».

⁹⁶ Conseil constitutionnel, décision 88-248 DC du 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, § 27.

pouvoir disciplinaire des AAI est donc strictement encadré par le droit. De la sorte, l'article Lp. 464-2 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie dispose que l'ACNC peut être amenée à prononcer des sanctions pécuniaires « *proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction* ». Le montant de la sanction ne peut excéder 5 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxe et 2,5 % de leur chiffre d'affaires réalisé en Nouvelle-Calédonie⁹⁷. La première sanction a été prise par l'ACNC dans la décision du 26 décembre 2019 à l'encontre de quatre entreprises ayant conclu des accords exclusifs d'importation dans le secteur des ascenseurs⁹⁸. Ces droits exclusifs sont prohibés car ils empêchent le détaillant de faire jouer la concurrence entre les grossistes pour leur approvisionnement et conduisent les détaillants à renchérir *in fine* le prix des produits vendus⁹⁹. En l'espèce, le montant relativement faible de la sanction – 7,6 millions de francs pacifique, soit près de 64 000 euros – s'explique par la mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs¹⁰⁰, permettant de réduire de moitié le plafond des sanctions pécuniaires encourues dès lors que les sociétés en cause renoncent à contester la réalité des pratiques visées ainsi que leur qualification au regard des dispositions du Code de commerce et leur responsabilité dans la mise en œuvre des pratiques. Cette procédure témoigne de la démarche avant tout « promotionnelle¹⁰¹ » du droit que poursuit l'Autorité ultra-marine de la concurrence, recherchant plus l'adhésion et la coopération des acteurs concernés par sa politique concurrentielle que la répression. Malgré tout, l'ACNC exerce bien un pouvoir disciplinaire et doit donc être soumise aux exigences propres aux juridictions normalement habilitées à l'exercer. Comme pour les quasi-réglementations des AAI, les sanctions des autorités administratives indépendantes peuvent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. En 1992, dans son rapport annuel, la Cour de cassation avait déjà relevé que le Conseil de la concurrence était un organe « quasi-juridictionnel » et par conséquent que « les exigences de la procédure contentieuses, et notamment celles de l'impartialité,

⁹⁷ Article Lp. 464-2 III du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

⁹⁸ ACNC, décision n° 2019-PAC-05 du 26 décembre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Kone Elevators Ltd, Otis SCS, Socometra SAS et Pacific Ascenseurs SARL dans le secteur des ascenseurs en Nouvelle-Calédonie.

⁹⁹ Article Lp. 421-2-1 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie : « Sont prohibés les accords ou pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation à une entreprise ou à un groupe d'entreprises ». Ils sont à cet égard prohibés sauf si leurs auteurs justifient que ces accords et droits exclusifs « sont fondés sur des objectifs tirés de l'efficacité économique et qui réservent aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte », article Lp. 421-4, I, 2 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

¹⁰⁰ Article Lp. 464-2, III du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

¹⁰¹ La fonction promotionnelle du droit permet de « rendre possible la coopération des individus (ou des groupes) qui poursuivent une finalité commune », N. BOBBIO, *De la Structure à la fonction*, Paris, Dalloz, 2012, p. 81.

s'imposaient à elle¹⁰² ». Dans un premier temps, le Conseil d'État rejetait les moyens tirés de la violation de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH) relatif au droit à un procès équitable¹⁰³ en ce qui concerne les sanctions à caractère disciplinaire¹⁰⁴. Puis la Cour de cassation a, quant à elle, estimé dans une décision du 5 février 1999 que la procédure suivie devant la Commission des opérations de bourse ne satisfaisait pas aux exigences du procès équitable garanties par la CESDH¹⁰⁵, position suivie la même année par le Conseil d'État dans son arrêt *Didier* du 3 décembre 1999 relatif aux sanctions financières du Conseil des marchés financiers¹⁰⁶ et confirmée par la suite¹⁰⁷. Il a ainsi semblé nécessaire que les AAI satisfassent à l'exigence d'impartialité car, comme le rappelle le Conseil d'État dans son rapport de 2001, les AAI ont été créées pour « offrir à l'opinion une garantie renforcée d'impartialité des interventions de l'État¹⁰⁸ ». Finalement, la jurisprudence constitutionnelle, dans la décision QPC du 5 juillet 2013, *Société Numéricâble et autres* a confirmé que « lorsqu'elles prononcent des sanctions ayant le caractère d'une punition, les autorités administratives indépendantes doivent respecter notamment le principe d'impartialité¹⁰⁹ ». Le juge contrôlera donc le respect par ces autorités des dispositions de l'article 6§1 de la CESDH. De la sorte, plusieurs dispositions ayant trait au droit

¹⁰² Cour de cassation, 1993, *Rapport annuel de la Cour de cassation 1992*, La Documentation française.

¹⁰³ Article 6§1 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

¹⁰⁴ Conseil d'État, 4 mai 1998, *Société de bourse Patrice Wargny*, req. n° 16294 : « même lorsqu'il statue en matière disciplinaire », le Conseil d'État estime que le Conseil du marché « n'est pas une juridiction ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que la procédure suivie devant lui ne respecterait pas les stipulations de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme est inopérant ».

¹⁰⁵ Cass. Ass. Plén., 5 février 1999, *Commission des opérations de Bourse c. Oury et agent judiciaire du Trésor*, n° 97-16440 : « en ne faisant pas usage de la faculté que lui offrait l'article 3 du décret [...] du 23 mars 1990 [...] de décider [...] qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure, la Commission n'a pas statué à l'égard de la personne intéressée et n'avait donc pas à rendre une décision motivée, si bien qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a méconnu l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentale ».

¹⁰⁶ Conseil d'État, Ass., 3 déc. 1999, *Didier*, req. n° 207434 : « quand il est saisi d'agissements pouvant donner lieu aux sanctions [...], le Conseil des marchés financiers doit être regardé comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale au sens des stipulations précitées [les stipulations de l'article 6-1] de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

¹⁰⁷ Conseil d'État, Sect., 20 octobre 2000, *Société Habib Bank Limited*, 2000, req. n° 180122 où le Conseil d'État assimile la Commission bancaire à un tribunal au sens de l'article 6-1 de la CESDH et Conseil d'État, Sect., 27 octobre 2006, *Parents et a.*, req. n° 276069 à propos de la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers, qui doit être regardé « comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale au sens des stipulations précitées de la CESDH ».

¹⁰⁸ Conseil d'État, Rapport public 2001, *Les Autorités administratives indépendantes*. Études et documents n° 52, p. 275.

¹⁰⁹ Cons. Const., 5 juillet 2013, n° 2013-331 QPC, *Société Numéricâble SAS et autre*, § 5 à propos de la censure des sanctions de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, qui n'assurerait pas la séparation des fonctions de poursuite et instruction de celles de jugement des manquements, ce qui est contraire au principe d'impartialité.

procédural assurent l'impartialité de l'ACNC. La procédure contradictoire est imposée dans le cadre de leur procédure d'enquête ou leur activité consultative et d'expertise¹¹⁰, ainsi que le respect de la proportionnalité entre la mesure prise par l'autorité et les faits la motivant¹¹¹. Ces exigences sont nécessaires car elles constituent des garanties légales dont la vocation est de sauvegarder les droits de la défense. Elles sont essentielles pour l'ACNC qui dispose de pouvoirs coercitifs, les services d'instruction¹¹² pouvant procéder,

¹¹⁰ Article Lp. 463-1 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie : « L'instruction et la procédure devant l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie sont contradictoires » ; article Lp. 463-8 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie : le « déroulement des opérations d'expertise se fait de façon contradictoire » ; article L. 462-2-1 du Code de commerce : « l'engagement d'une procédure d'avis en application du présent article est rendu public dans les cinq jours ouvrables, afin de permettre aux associations de défense des consommateurs agréées au niveau national pour ester en justice ainsi qu'aux organisations professionnelles ou aux instances concernées d'adresser leurs observations à l'Autorité de la concurrence » ; article L. 462-3 du Code de commerce qui impose le contradictoire pour les consultations de l'Autorité de la concurrence initiées par les juridictions saisies à propos de pratiques anticoncurrentielles : « L'Autorité peut être consultée par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles [...]. Elle ne peut donner un avis qu'après une procédure contradictoire ».

¹¹¹ Article Lp. 464-2 I du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie : les sanctions pécuniaires infligées par l'ACNC « sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées » par le droit de la concurrence ». Dans ce sens, voir aussi la décision du Conseil constitutionnel, n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication : § 30 « Considérant que le pouvoir d'infliger les sanctions énumérées à l'article 42-1 est conféré au Conseil supérieur de l'audiovisuel qui constitue une instance indépendante [...] que, comme le prescrit l'article 42-6, toute décision prononçant une sanction doit être motivée ; que la diversité des mesures susceptibles d'être prises sur le fondement de l'article 42-1 correspond à la volonté du législateur de proportionner la répression à « la gravité du manquement » reproché au titulaire d'une autorisation ; que le principe de proportionnalité doit pareillement recevoir application pour l'une quelconque des sanctions énumérées à l'article 42-1 ».

¹¹² Les services d'instructions sont présents dans les autorités de la concurrence depuis la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie qui met en place au sein de l'Autorité de la concurrence des pouvoirs d'instruction propres (articles L. 450-1 et 461-4 du Code de commerce). Elle peut être aidée par les agents de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF). L'ACNC dispose elle-aussi de tels pouvoirs d'enquête et, à cet effet, d'un service d'instruction. L'article Lp. 461-4 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie lui permet de procéder à des auditions dans le même cadre que l'Autorité de la concurrence (Article Lp. 463-7, al. 2 du Code de commerce). En outre, les AAI peuvent solliciter une expertise externe, de l'administration ou d'un organe consultatif. Dans cette optique, l'article L. 440-1, I du Code de commerce prévoit que l'Autorité de la concurrence peut saisir la commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC), l'organe consultatif d'expertise relatif aux pratiques commerciales. Outre ces institutions publiques, l'Autorité de la concurrence s'est souciée de la prise en compte de l'information issue de la société civile, et plus spécifiquement des travaux d'analyse économique provenant des entreprises ou des cabinets d'expertise. Elle a ainsi émis des recommandations relatives à la présentation et au contenu de ces études (Autorité de la concurrence, *Recommandations pour la soumission d'études économiques à l'Autorité de la concurrence*, Paris, Autorité de la concurrence, juillet 2013. Ici, l'Autorité de la concurrence précise les modalités de soumission de études économiques qu'elle reçoit dans le cadre de ses missions. Ces dernières ne sont en effet utiles que dans la mesure où elles rendent compte des « concepts, méthodes et données utilisés » et qu'elle assure la transparence des résultats obtenus). L'Autorité de la concurrence métropolitaine et calédonienne réalise aussi des consultations des acteurs d'un secteur donné dans le cadre de sa faculté d'auto-saisine et dispose en outre d'un droit d'accès à l'information prévu par l'article L. 463-7 al. 2 du Code de commerce et Lp. 463-7 al. 2 du Code de commerce applicable en

lors des contrôles, à des auditions, diligenter des investigations ou encore des vérifications sur place¹¹³, et ainsi porter atteinte au respect de la vie privée, à l'inviolabilité du domicile ou encore au secret de la correspondance.

L'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie, figure de la « décentralisation fonctionnelle¹¹⁴ », témoigne du processus d'autonomisation du territoire ultra-marin depuis la conclusion des Accords de Nouméa. Elle permet à la collectivité *sui generis* de mettre en place ses propres institutions pour prendre en main son économie fortement encadrée par l'État. Le succès de l'ACNC est assuré par les nombreuses garanties légales synthétisées dans la loi du 20 janvier 2017 posant les bases du statut général des AAI. L'indépendance, encadrée, de l'ACNC garantit sa légitimité démocratique, ce qui est d'autant plus important qu'en veillant au bon fonctionnement concurrentiel du marché, elle se prononce dans un domaine sensible, la protection des droits et libertés économiques dans un contexte politique animé de tensions indépendantistes. L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie a donc toutes les cartes en main pour pouvoir jouer un rôle dans la protection de la liberté de concurrence et pallier les carences des institutions publiques existantes incapables de résoudre la crise socio-économique des territoires ultra-marins.

II. La contribution de l'ACNC à l'indépendance économique de la Nouvelle-Calédonie.

Vers une protection accrue des droits et libertés socio-économiques

Bien que la Nouvelle-Calédonie soit un territoire riche, classé au 25^{ème} rang mondial de PIB par habitant¹¹⁵, qui connaît une forte croissance économique, de près de 4 % entre 1998 et 2008¹¹⁶, soit près du double de celle de la Métropole, le pays connaît aussi de très fortes inégalités sociales et économiques. Le coût élevé de la vie exclut des circuits économiques les populations les plus vulnérables et accroît l'impact des inégalités de richesse. Or, comme le soulignent les *Accords économiques et sociaux* du 12 juin 2012, ces inégalités « fragilisent le lien communautaire entre les populations », pourtant essentiel « pour favoriser l'émergence d'une communauté de destin » dans un pays

Nouvelle-Calédonie selon lequel l'Autorité peut « entendre toute personne dont l'audition lui paraît susceptible de contribuer à son information ». Les AAI sont ainsi le lieu du savoir et sont, de fait, déconnectées de l'appareil administratif.

¹¹³ Articles L. 450-3 et L. 450-4 du Code de commerce ; articles Lp. 450-1 et s. du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

¹¹⁴ La décentralisation fonctionnelle est un « procédé qui permet d'octroyer à certains services publics la qualité de personne publique, en associant parfois agents et usagers à la gestion de ceux-ci », C. GUETTIER, *Institutions administratives*, Paris, Dalloz, 2019, p. 258.

¹¹⁵ Haut-Commissariat de la République en Nouvelle-Calédonie, Nouvelle-Calédonie 2025. Schéma d'aménagement et de développement de la Nouvelle-Calédonie, Centre culturel Tjibaou, 5 mars 2009, p. 42.

¹¹⁶ Institut d'Émission d'Outre-mer (IEOM), Rapport annuel 2010, p. 28.

marqué par la colonisation passée et le *melting pot* présent d'une société pluriethnique¹¹⁷. L'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie a donc été créée pour comprendre les enjeux de modernisation de l'économie ultra-marine et apporter des solutions efficaces à ces problématiques majeures. L'ACNC aurait ainsi vocation à participer au rééquilibrage économique et social de la Nouvelle-Calédonie ainsi qu'à son intégration dans l'économie régionale et mondiale. En effet, l'accroissement de sa compétitivité nécessiterait son intégration à la « famille européenne » et son assujettissement au droit de l'Union européenne. Ces objectifs s'inscrivent dans la « politique d'association » des « pays et territoires d'outre-mer » (PTOM) formulée dans la quatrième partie du TFUE qui œuvre à la « promotion du développement économique et social » des PTOM. Le développement économique des territoires ultra-marins passe en effet par « l'établissement de relations économiques étroites entre eux et l'Union dans son ensemble¹¹⁸ ». L'Autorité calédonienne de la concurrence a donc pour mission de réaliser un objectif déjà énoncé par la « décision d'association outre-mer » du Conseil [de l'Union européenne] de 2011, à savoir l'« accroissement de la compétitivité dans les pays et territoires d'outre-mer, le renforcement de leur capacité d'adaptation, la réduction de leur vulnérabilité économique et environnementale et la promotion de leur coopération avec d'autres partenaires¹¹⁹ ».

Ainsi, la politique de rattachement des PTOM à la « famille européenne » nécessite l'intervention de l'ACNC pour le renouvellement et l'adaptation du droit de la concurrence (B), d'autant plus nécessaire que ces territoires sont marqués par un interventionnisme fort de l'État dans l'économie incapable de lutter contre les inégalités économiques (A).

A. La lutte de l'ACNC contre l'intervention de l'État dans l'économie

L'économie calédonienne, très fortement administrée, cumule des dispositifs de protection de marché et d'intervention directe des opérateurs publics, prenant la forme d'aides d'État ou encore de défiscalisation. Cette protection intérieure et extérieure de son économie permet de pallier les carences du marché propres aux petites économies insulaires (1), mais elle réduit aussi la liberté de concurrence. Les entreprises en position dominante n'ont alors pas de raisons de renforcer leur position concurrentielle sur le marché. Or les comportements de « pouvoir de marché¹²⁰ » nuisent au bien-être du consommateur et sont responsables du phénomène de la « vie chère » (2). L'expertise de

¹¹⁷ La population de la Nouvelle-Calédonie est composée d'environ douze ethnies, et plus précisément des communautés d'origine mélanésiennes, polynésienne (wallisienne, futunienne, tahitienne), vietnamienne, indonésienne (javanaise et malaise), antillaise (martinaquaise et guadeloupéenne), vanuataise, italienne, espagnole et chinoise mandarinophone.

¹¹⁸ Article 198 al. 2 du TFUE.

¹¹⁹ Article 3-2° de la décision du Conseil du 27 novembre 2001 relative à l'association des pays et territoires d'outre-mer à la Communauté européenne (« décision d'association outre-mer »), JOCE du 30 novembre 2001, L 314/1.

¹²⁰ Le « pouvoir de marché » désigne en économie la capacité des entreprises à fixer des prix supérieurs au coût marginal d'une manière que ceci soit rentable.

l'ACNC sera alors utile pour contrôler la nécessité et l'efficacité des dispositifs de protection et proposer le cas échéant des alternatives.

1. L'intervention de l'État dans l'économie néo-calédonienne nécessaire à la prise en compte des spécificités du territoire

Située dans l'océan Pacifique à 17 000 km de la Métropole, la Nouvelle-Calédonie est constituée d'une grande île principale, et de trois autres îles appelées Îles de Loyauté. D'une superficie totale de 18 516 km², soit près de 30 fois moins que la France métropolitaine¹²¹, peuplée par 250 000 habitants, soit 256 fois moins que celle de la Métropole¹²², la Nouvelle-Calédonie est un « petit pays » et dispose donc d'un « petit marché ». Forte de ces spécificités, la « révolution concurrentielle¹²³ » poussée par le droit de l'Union européenne n'a pas complètement imprégné le droit néo-calédonien. La protection du marché ultra-marin repose tout d'abord sur des critères « objectifs » propres à la situation géographique du territoire ultra-marin. Le marché doit être d'une taille suffisamment importante pour que les opérateurs puissent obtenir des rendements. De ce fait, dans les petites économies insulaires, l'étroitesse du marché rend plus difficile l'atteinte de « l'échelle minimale efficiente », c'est-à-dire de la « taille à partir de laquelle une entreprise est à même d'exploiter le fruit des rendements d'échelle pour abaisser ses coûts¹²⁴ ». Pour cette raison, les possibilités de concurrence sont limitées dans les « petits pays » dotés d'un « petit marché intérieur », ce qui facilite la « domination par certaines entreprises¹²⁵ » et favorise les concentrations¹²⁶. En outre, les structures de marché concentrées et l'accroissement de la taille des distributeurs sont favorisés lorsque l'éloignement géographique entre la zone de production et celle de distribution renchérit les coûts des marchandises. Il semble alors pertinent que les achats soient effectués en grande quantité pour éviter une fragmentation des transports. La limitation du nombre d'opérateurs sur un marché et le renchérissement des prix peuvent « représenter la seule façon pour une entreprise de couvrir les coûts d'importation des produits, particulièrement dans le cas de petites îles où les coûts de transport sont particulièrement élevés¹²⁷ ». Ensuite, la protection du marché en

¹²¹ La France métropolitaine s'étend sur près de 552 000 km².

¹²² La population de la France métropolitaine est composée de près de 64 millions d'habitants.

¹²³ D. BRIAND-MELEDO, « Autorité sectorielle et autorité de concurrence : acteurs de la régulation », *Revue internationale de droit économique*, 2007/3, t. XXI, 3, p. 346.

¹²⁴ A. PERROT, « La grande distribution : trop de régulation tue la concurrence », in S.-M. CABON, C. MONTET, F. VENAYRE (dir.), *Le Droit de la concurrence en Polynésie française et dans les petites économies insulaires du Pacifique*. Bilan et perspectives, Paris, LexisNexis, 2018, p. 148.

¹²⁵ L. BRIGUGLIO, « Droit et politique de la concurrence dans les petits territoires », in S.-M. CABON, C. MONTET, F. VENAYRE (dir.), *op. cit.*, p. 28.

¹²⁶ Article L. 430-1, I du Code de commerce : « Une opération de concentration est réalisée : 1° Lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ; 2° Lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent [...] le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs entreprises ».

¹²⁷ L. BRIGUGLIO, « Droit et politique de la concurrence dans les petits territoires », in S.-M. CABON, C. MONTET, F. VENAYRE (dir.), *op. cit.*, p. 32.

Nouvelle-Calédonie repose sur des critères « subjectifs » tenant à la protection de l'intérêt général. Dans ce sens, l'ACNC reprend dans sa recommandation du 9 novembre 2018 les arguments des producteurs locaux justifiant l'instauration de mesures protectionnistes en Nouvelle-Calédonie. Ces mesures permettent de « compenser le surcoût auquel sont confrontées les entreprises calédoniennes en raison des spécificités du territoire¹²⁸ » et revalorisent la filière locale, ce qui participe à « l'emploi des jeunes et l'emploi peu qualifié », impactant *in fine* le pouvoir d'achat des Calédoniens¹²⁹. Or la protection des entreprises locales ou encore la préservation des emplois sont des priorités pour les politiques publiques qui commandent des règles de nature à ignorer le développement du processus concurrentiel. Ainsi, l'article 1 de la Délibération du Congrès néo-calédonien du 28 décembre 2006 relative aux protections de marché en Nouvelle-Calédonie dispose qu'« *en vue de favoriser l'écoulement de produits fabriqués en Nouvelle-Calédonie sur le marché local, de leur permettre de devenir concurrentiels par rapport aux produits importés et de favoriser ainsi le développement des entreprises locales, il peut être instauré, lorsque l'intérêt économique général de la Nouvelle-Calédonie le justifie, dans les conditions définies par la présente délibération, des mesures de protection des marchés destinées à restreindre l'importation de produits concurrents*¹³⁰ ». Le *lobbying* local fait alors valoir l'étroitesse du marché qui ne supporterait pas son atomisation entre plusieurs opérateurs pour justifier les mesures protectionnistes à tendance monopolistiques. En outre, les marchés étant bien servis par les entreprises en place, cela laisse peu de chance aux nouveaux entrants. Dans sa décision QPC *Établissement Bargigant S.A.* du 22 juin 2012, le Conseil constitutionnel confirme cette politique protectionniste et estime qu'« eu égard aux particularités de la Nouvelle-Calédonie et aux besoins d'approvisionnement du marché local, l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre par le monopole confié à l'OCEF [Office de commercialisation et d'entreposage frigorifique] en complément de sa mission de service public ne revêt pas un caractère disproportionné¹³¹ ».

Le processus concurrentiel néo-calédonien a donc été freiné par ces différents facteurs géographiques et sociaux, engendrant de très fortes disparités entre la Métropole et le territoire ultra-marin. L'économie de la Nouvelle-Calédonie est demeurée fortement « encadrée » par l'État. Elle bénéficie plus spécifiquement d'une protection « intérieure » et « extérieure » de son économie. La protection « intérieure » passe par des dispositifs d'aides d'État, c'est-à-dire des subventions publiques qui protègent les entreprises nationales voire, ici, locales au détriment des autres entreprises¹³². En vertu de l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union

¹²⁸ Recommandation n° 2018-R-02 du 9 novembre 2018 visant à la modernisation de la réglementation relative aux protections de marché en Nouvelle-Calédonie, § 209, p. 47.

¹²⁹ *Ibid.*, § 210, p. 47-48.

¹³⁰ Délibération n° 252 du 28 décembre 2006 relative aux protections de marché en Nouvelle-Calédonie, JONC du 29 décembre 2006, p. 9918.

¹³¹ Conseil constitutionnel, décision QPC 22 juin 2012, n° 2012-258, *Établissement Bargigant S.A.*, § 8.

¹³² L'aide d'État constitue plus précisément une faveur, sans contrepartie, consistant en un accroissement de l'actif ou une diminution du passif du bénéficiaire de l'aide. L'aide publique suppose un transfert direct ou indirect des ressources d'État ou organismes de l'État ou d'une entité qui agit sous son contrôle au

européenne (TFUE), ces aides publiques « faussent ou menacent de fausser le jeu de la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions¹³³ ». Elles peuvent néanmoins être autorisées sous certaines conditions fondées sur la finalité de l'aide, la protection sociale ou environnementale par exemple, les aides étant alors considérées comme compatibles avec le marché intérieur¹³⁴. Cependant, les critères justifiant des exceptions à l'interdiction de mesures anticoncurrentielles doivent être strictement appréciés, comme en témoignent les critiques adressées par la Cour des comptes à l'encontre d'aides d'État aux industries du nickel de Nouvelle-Calédonie. Dans un référé du 3 janvier 2020¹³⁵, la Cour des comptes s'est alarmée des aides de l'État prenant la forme de mesures de défiscalisation, d'avances, de prêts et de garanties d'emprunt accordées à la filière du nickel alors que la compétence relative à l'extraction minière et l'industrie métallurgique ont été transférées à la Nouvelle-Calédonie depuis 2000¹³⁶. Elle exige à cet égard le remboursement des prêts¹³⁷ et remet de plus en question ces régimes de défiscalisation jugés « complexes, coûteux et à l'efficacité incertaine¹³⁸ ».

moyen de ressources d'État au profit d'entreprises. De même, l'aide peut provenir d'un organisme public ou privé désigné ou institué par l'État. L'aide peut émaner de toutes les autorités publiques, à l'échelon national ou territorial, collectivité locale, entreprise publique. À ce propos, voir M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, Paris, Dalloz, 2020, p. 335-354 ; M. KARPENSCHIF, *Droit européen des aides d'État*, Bruxelles, Bruylant, 2017 ; V. TOMLJENOVIC (éd.), *EU Competition and State Aid Rules: Public and Private Enforcement*, Berlin, Springer, 2017.

¹³³ Article 107 § 1 du TFUE.

¹³⁴ Article 107 § 2 et 3 : Sont ainsi considérées comme « compatibles avec le marché intérieur : a) les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits, b) les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires » (§ 2) ou encore « les aides destinées à favoriser le développement économique de régions par lesquelles le niveau de vie est anormalement bas » (§ 3).

¹³⁵ Cour des comptes, Référé du 3 janvier 2020, ayant pour objet « Vingt ans de soutien financier de l'État à la filière du nickel en Nouvelle-Calédonie ». En application du Code des juridictions financières (article R. 143-11), les référés sont adressés par le Premier président de la Cour des comptes au Premier ministre ou aux ministres concernés pour leur faire part de leurs observations et recommandations relatives à la gestion des services de l'État ou des organismes publics. Les destinataires disposent d'un délai de deux mois pour y répondre, et ces référés seront ensuite transmis aux commissions des finances, et, dans leur domaine de compétence, aux commissions des affaires sociales, de l'Assemblée nationale et du Sénat. Ils sont rendus publics.

¹³⁶ Suite au transfert de compétence mis en place par les Accords de Nouméa de 1998 et la loi organique du 19 mars 1999, la Nouvelle-Calédonie est compétente en matière de « réglementation des prix et organisation des marchés, sous réserve de la compétence des provinces en matière d'urbanisme commercial » (Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, art. 22, 19°). De ce fait, le livre IV du titre IV du Code de commerce métropolitain intitulé « De la liberté des prix et de la concurrence » ne lui est pas, sauf en matière de pouvoir d'enquêtes, applicable. C'est la délibération n° 14 du 6 octobre 2004 (Délibération n° 14 du 6 octobre 2004 portant réglementation économique, JONC du 26 octobre 2004, p. 6073) qui élabore les règles du territoire calédonien en matière de concurrence.

¹³⁷ Cour des comptes, Référé du 3 janvier 2020, ayant pour objet « Vingt ans de soutien financier de l'État à la filière du nickel en Nouvelle-Calédonie », p. 2 à propos du prêt de 200 millions d'euros de l'État accordé en avril 2016 à la Société Le Nickel (SLN) qui doit être « intégralement remboursé en 2024 ». Le remboursement du prêt de 200 millions d'euros accordé à Vale en 2016 doit lui aussi être suivi car le groupe annonce vouloir quitter la Nouvelle-Calédonie (p. 4-5).

¹³⁸ Cour des comptes, Référé du 3 janvier 2020, ayant pour objet « Vingt ans de soutien financier de l'État à la filière du nickel en Nouvelle-Calédonie », p. 4.

La protection « extérieure » du marché propre à la Nouvelle-Calédonie affecte elle aussi la libre concurrence. Ces protections peuvent être de nature tarifaire et prendre la forme de taxations spécifiques sur les produits importés¹³⁹. Elles peuvent aussi être de nature quantitative, comme les quotas permettant à l'entreprise d'écouler ses stocks¹⁴⁰ ou la prohibition de l'importation de certaines marchandises, appelés « stop » à l'importation¹⁴¹. Face à des dispositifs qui nuisent à la liberté de concurrence en freinant la libre circulation des marchandises et des services, l'Autorité néo-calédonienne de la concurrence est mobilisée pour contrôler la pertinence des protections de marché susceptibles d'être accordées par le Gouvernement calédonien. En effet, si un projet de loi du pays, une délibération ou un arrêté tend à soumettre l'accès à un marché à des restrictions quantitatives, l'ACNC, saisie obligatoirement¹⁴², vérifiera que la mesure de protection de marché contribue au « progrès économique » du territoire par la création d'emploi, la garantie de la compétitivité des entreprises locales ou encore l'insertion de la jeunesse. Ensuite, elle regardera si la mesure de protection de marché permet de réserver aux utilisateurs (transformateurs, grossistes, détaillants) une part équitable du profit qui en résulte, c'est-à-dire si les avantages obtenus par les utilisateurs compensent les inconvénients qui en résultent. L'ACNC contrôlera aussi que la mesure de protection de marché ne conduit pas à une élimination de la concurrence pour une partie substantielle des produits concernés. Enfin, l'Autorité examinera si la mesure de protection est indispensable pour parvenir au progrès économique poursuivi¹⁴³. À cet

¹³⁹ La Nouvelle-Calédonie est autonome fiscalement (article 22 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie), et compétente en matière de douanes et de commerce extérieur (article 6 de la loi organique n° 99-209 précitée). Des taxes à l'importation s'appliquent aux produits qui entrent sur le territoire calédonien. Ainsi, deux taxes supplémentaires aux taxes générales (taxe de péage d'un taux de 1 % pour les marchandises importées empruntant la voie maritime, taxe générale à l'importation d'un taux de 5 % pour toutes les marchandises importées à l'exception de certains produits comme le lait, le riz ou encore la farine, taxe sur le fret aérien de 8 % pour toutes les marchandises importées empruntant la voie aérienne à l'exception du lait, riz, blé ou farine, taxe de consommation sur les produits importés qui s'applique aux marchandises habituellement surtaxées) renchérissent le coût des produits importés et diminuent leur compétitivité, à savoir la taxe de soutien aux productions agricoles et agroalimentaires (TSPA) exigible sur les produits importés concurrents de ceux susceptibles d'être obtenus localement (coqs, poules, dindes, café, miel, légumes, fruits, yaourt, thon, saumon, fromage) et la taxe conjoncturelle pour la protection de la production locale due sur les produits d'importation transformés (TCPPL), variant de 2 à 60 %, exigible sur les produits importés susceptibles d'être concurrents de produits transformés localement, concernant un ensemble de produits alimentaires, comme le foie gras, les bières, les confiseries, l'eau minérale, les jus de fruits, les glaces et les sirops.

¹⁴⁰ Le rapport de l'Autorité de la concurrence de 2012 établi par T. Decruyenaere et P. Sauze (p. 17) précise ainsi que pour 2012, les produits concernés, près de 300, sont listés à l'annexe 1 de l'arrêté n° 2011-3201/GNC du 27 décembre 2011 relatif au programme annuel des importations.

¹⁴¹ Ces mesures concernent notamment le papier toilette, les serviettes en papier ou encore les produits lessiviels. Autorité de la concurrence, *Rapport* établi par T. DECRUYENAERE et P. SAUZE *relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie*, p. 16.

¹⁴² Article Lp. 462-2 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

¹⁴³ ACNC, Avis n° 2018-A-02 du 17 mai 2018 relatif au projet de loi du pays modifiant les dispositifs de l'article Lp. 442-2 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie et au projet de loi du pays modifiant les articles Lp. 411-2 et Lp. 412-4 du Code de commerce, certaines dispositions de la loi du pays n° 2016-15 du 30 septembre 2016 ainsi que les dispositions spécifiques de remboursement des taxes sur les stocks, §§ 96-97.

égard, l'ACNC s'est prononcée en faveur d'une restriction quantitative dans un avis du 14 novembre 2019 sur la proposition de loi du pays relative à l'interdiction d'importation et de mise sur le marché d'écrans corporels solaires contenant des perturbateurs endocriniens¹⁴⁴ au motif que ces mesures, bien que contraires au droit de la concurrence, sont justifiées par un motif d'intérêt général de protection de l'environnement et de santé publique¹⁴⁵. Mais, en dehors d'un contexte de protection de l'intérêt général, l'ACNC préconise, dans une recommandation du 9 novembre 2018, de préférer le recours aux mesures de contingentements limitant l'importation et la distribution des produits et aux barrières tarifaires plutôt qu'aux mesures de suspension qui conduisent, elles, à l'élimination totale de la concurrence et à la dépendance des clients envers l'opérateur en situation de monopole¹⁴⁶. Il s'agira ainsi de rechercher la solution la moins néfaste pour la liberté de la concurrence et la plus bénéfique à l'intégration de la Nouvelle-Calédonie dans l'économie mondiale.

L'ACNC doit concilier l'objectif à long terme d'une économie reposant sur le libre jeu de la concurrence poussée notamment par le droit de l'Union européenne, et des impératifs de plus court terme de protection du tissu économique local. Elle devra à cet égard trouver les instruments les plus efficaces pour y parvenir. Finalement, après deux années d'existence, son expertise mettra en lumière les effets « pervers » des mesures de protection de marché et d'encadrement des prix. Si les finalités des mesures de protection économique néo-calédoniennes – la protection de l'économie locale ou encore la garantie de la stabilité du marché économique¹⁴⁷ – ne sont pas remises en cause, les moyens eux ont été contestés quant à leur efficacité et leur bénéfice pour le bien-être des consommateurs subissant, *in fine*, le phénomène de la « vie chère ».

2. L'encadrement étatique de l'économie de la Nouvelle-Calédonie responsable des inégalités socio-économiques du territoire

Nancy Vignal souligne à propos des protections du marché calédonien que, « du point de vue strictement concurrentiel, de telles protections sont naturellement

¹⁴⁴ Avis n° 2019-A-04 du 14 novembre 2019 relatif à la proposition de loi du pays relative à l'interdiction d'importation et de mise sur le marché d'écrans corporels solaires contenant des perturbateurs endocriniens.

¹⁴⁵ Avis n° 2019-A-04 du 14 novembre 2019 relatif à la proposition de loi du pays relative à l'interdiction d'importation et de mise sur le marché d'écrans corporels solaires contenant des perturbateurs endocriniens, § 114.

¹⁴⁶ Recommandation n° 2018-R-02 du 9 novembre 2018 visant à la modernisation de la réglementation relative aux protections de marché en Nouvelle-Calédonie, § 269.

¹⁴⁷ Lino Briguglio précise à cet égard que « Dans les petits pays, les risques de déstabilisation des marchés par les nouveaux entrants sont relativement plus élevés que dans les grands marchés. Dans un petit marché intérieur, un entrant relativement important est susceptible de prendre le contrôle d'une grande part du marché, et cela entraîne une déstabilisation de tout le marché. Si cette même entreprise décide de quitter le marché de manière soudaine et imprévue, laissant éventuellement des entreprises avec des créances impayées, l'environnement des affaires autour de ce marché risque d'être déstabilisé une nouvelle fois au détriment des consommateurs », L. BRIGUGLIO, « Droit et politique de la concurrence dans les petits territoires », in S.-M. CABON, C. MONTET, F. VENAYRE (dir.), *op. cit.*, p. 32.

néfastes », ces dernières « diminuant la compétitivité des importations et réduisant la pression concurrentielle sur des opérateurs locaux par ailleurs peu nombreux¹⁴⁸ ». Ces pratiques favorisent en effet la fixation de prix élevés par les industriels calédoniens¹⁴⁹. L'ACNC rendra à ce propos le 23 juillet 2018 un avis où elle évoque la réticence générale des autorités de la concurrence « à toutes formes de protection quantitative car l'interdiction et le contournement des importations comportent plusieurs effets anticoncurrentiels¹⁵⁰ ». Les dispositifs ont un effet « isolationniste » nuisant aux consommateurs, les coûts de production élevés des produits locaux dus à l'étroitesse du marché se répercutant sur le prix au détail, un effet « inflationniste », les produits importés bénéficiant d'un grand attrait et leur prix est très élevé alors que leur valeur marchande sur un marché concurrentiel serait faible, un effet « d'éviction » causé par la réduction des choix pour le consommateur, les produits étant trop chers ou indisponibles, ainsi qu'un effet « de dégradation » car en l'absence de concurrence, les producteurs locaux ne sont pas incités à innover ou améliorer la qualité des produits offerts aux consommateurs. En outre, dans sa recommandation du 9 novembre 2018, l'Autorité ajoutera un effet de « contournement » de la législation de la part des importateurs conduisant indirectement à une augmentation des coûts de production. L'Autorité prend ici l'exemple d'un importateur demandant à un fournisseur de lui procurer des bacs de glace de 2,1 litres pour échapper à l'interdiction d'importation de bacs de 2 litres, le surcoût venant de la production en faible quantité pour l'entreprise en particulier¹⁵¹.

Outre les critiques relatives aux protections intérieures et extérieures de l'économie, l'encadrement des prix a été remis en question. Le régime général dispose que, « sauf dispositions spécifiques, les prix des biens, produits et services marchands sont librement déterminés par le jeu de la concurrence¹⁵² », mais la Délibération n° 14 du 6 octobre 2004 portant réglementation économique¹⁵³ a introduit la possibilité pour le Gouvernement calédonien de réglementer les prix, comme le permettait au lendemain de la Seconde Guerre mondiale l'ordonnance du 30 juin 1945¹⁵⁴. Ainsi, depuis 2010, le Congrès a habilité pendant trois ans le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie à prendre par arrêté des mesures de fixation des prix pour les produits, alimentaires et

¹⁴⁸ N. VIGNAL, « La Nouvelle Calédonie, entre concurrence et protectionnisme », in S.-M. CABON, C. MONTET, F. VENAYRE (dir.), *op. cit.*, p. 144.

¹⁴⁹ À ce propos, voir le tableau de comparaison de prix moyens en 2007 entre Nouméa et la Métropole, source Isee, 2008, présent dans le rapport de l'Autorité de la concurrence établi par Thibault Decruyenaere et Philippe Sauze relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie de 2012, p. 6.

¹⁵⁰ Avis n° 2018-A-04 du 23 juillet 2018 relatif à l'organisation de la filière Fruits et Légumes, § 171.

¹⁵¹ Recommandation n° 2018-R-02 du 9 novembre 2018 visant à la modernisation de la réglementation relative aux protections de marché en Nouvelle-Calédonie, § 254.

¹⁵² Article Lp. 410-2 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

¹⁵³ Délibération n° 14 du 6 octobre 2004 portant réglementation économique, JONC du 26 octobre 2004, p. 6073, Titre 1, Réglementation générale des prix, art. 2 et s.

¹⁵⁴ Ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, permettant le blocage des prix de certains produits et services, art. 16 et s. Par la suite, cette ordonnance d'après-guerre permettant le blocage des prix a été abrogée par l'ordonnance du 1^{er} déc. 1986 (n° 86-1243) relative à la liberté des prix et de la concurrence.

non alimentaires, d'origine locale ou importée, ainsi que pour les prestations de service. Suite à l'accord trouvé avec les professionnels du 29 juillet 2010, l'arrêté du 3 août 2010¹⁵⁵ énumère cent quinze produits, notamment des produits de première nécessité et de grande consommation, du secteur de l'alimentation, de l'hygiène et de l'entretien. Dans un second temps, l'arrêté du 5 juin 2012¹⁵⁶ encadra temporairement les prix de vente des grossistes aux commerçants détaillants ainsi que les prix de vente des détaillants aux consommateurs de plus de quatre cents produits dont l'électricité, le gaz, le carburant, les loyers et le tabac, ainsi que de prestations de service comme la main-d'œuvre automobile pour la réparation des véhicules, ou encore les prestations de crèche et de garde d'enfants. Cependant, le rapport du 21 septembre 2012 de l'Autorité de la concurrence relatif aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie établi par Mme Geneviève Wibaux (ci-après « Rapport Wibaux »)¹⁵⁷ constate que cette politique d'encadrement des prix, opérée par la Direction des affaires économiques (DAE) n'a pas été efficace¹⁵⁸. En effet, les prix encadrés ont continué à augmenter, notamment sur l'île Loyauté, où seulement 56 % des prix médians ont baissé ou sont restés stables, contre 79 % dans le grand Nouméa. Cet échec partiel s'explique par le fait que les professionnels, réfractaires à ces mesures, utilisent des procédés de détournement du dispositif que nous avons évoqués précédemment, consistant par exemple à proposer des équivalents non réglementés des produits¹⁵⁹ ou encore à fournir les produits réglementés en quantité faible¹⁶⁰. En outre, il a entraîné certes une stabilité relative des prix, mais aussi un décrochage des tarifs par rapport au marché mondial¹⁶¹. L'encadrement des prix est donc de manière générale un dispositif à éviter, ce que l'Autorité de la concurrence avait déjà constaté en 2009 dans son Avis « Dom¹⁶² », où elle rappelle que « la réglementation des prix doit demeurer une mesure exceptionnelle, décidée vis-à-vis de secteurs clairement identifiés et visant des problèmes de tarification ou d'approvisionnement précis¹⁶³ ». Le Rapport Wibaux préconise donc une « régulation » de la concurrence plus qu'un « contrôle » des prix¹⁶⁴. Pour ce faire,

¹⁵⁵ Arrêté n° 2010-2715/GNC du 3 août 2010 fixant les prix de certains produits de première nécessité et de grande consommation, JONC du 12 août 2010, p. 6885.

¹⁵⁶ Arrêté n° 2012-1291/GNC du 5 juin 2012 fixant les prix de certains produits de première nécessité et de grande consommation et des prestations de services, JONC du 12 juin 2012, p. 4081.

¹⁵⁷ Autorité de la concurrence, *Rapport de l'Autorité de la concurrence relative aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie*, établi par Mme Geneviève Wibaux, 21 septembre 2012.

¹⁵⁸ Autorité de la concurrence, *Rapport relatif aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie*, établi par Mme Geneviève Wibaux, Rapporteuse, le 21 septembre 2012, p. 13.

¹⁵⁹ Le rapport Wibaux, p. 15, donne l'exemple des tablettes de chocolat « Biscochoc ». Celles de 100 g sont encadrées et ne sont quasiment pas présentes dans les rayons, au profit de celle de 75 g, non encadrées.

¹⁶⁰ Le rapport Wibaux, p. 15, note que dans les stations service et boucherie, il y a entre 16 et 26 % de produits encadrés, et dans les petits commerces, entre 18 et 33 %, contre 43 à 75 % dans les grandes et moyennes surfaces.

¹⁶¹ Autorité de la concurrence, *Rapport relatif aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie*, établi par Mme Geneviève Wibaux, Rapporteuse, le 21 septembre 2012, p. 13.

¹⁶² Autorité de la concurrence, *Avis « Dom », n° 09-A-45 du 8 septembre 2009 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation des départements d'outre-mer*.

¹⁶³ *Ibid.*, § 120, p. 45.

¹⁶⁴ Autorité de la concurrence, *Rapport relatif aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie*, établi par Mme Geneviève Wibaux, Rapporteuse, le 21 septembre 2012, p. 20.

l'Autorité recommandait dans l'Avis « Dom » un système de « liberté surveillée » qui pourrait passer par une autorité de régulation¹⁶⁵ et posait ici les prémisses de la création de l'ACNC.

Le travail de l'Autorité de la concurrence puis de l'ACNC a permis de mettre en lumière l'inefficacité des dispositifs de protection de l'économie spécifiques à la Nouvelle-Calédonie, en grande partie incapables de lutter contre les inégalités socio-économiques. Comme le rappelle Raphaële Raymond, « *derrière la carte postale, masquée par des images de sable blanc, de lagons turquoise et de bananeraies verdoyantes, se terre une réalité source de conflits sociaux récurrents dans les territoires ultramarins français : la vie chère*¹⁶⁶ ». Or les écarts importants de prix à la consommation par rapport à la Métropole sont notamment dus à un déficit de concurrence, et c'est en cela que l'ACNC doit proposer des instruments normatifs adéquats pour répondre à la crise sociale subie par une partie de la population néo-calédonienne.

B. La mise en œuvre par l'ACNC du droit de la concurrence

L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie a été créée pour mettre en œuvre les règles du jeu de la concurrence et ainsi faire face aux exigences posées par le droit de l'Union européenne, tout en adaptant le droit aux spécificités du territoire. Elle permet alors d'assurer la transition d'une structure monopolistique propre à une économie fortement encadrée par l'État à une structure concurrentielle du marché, impliquant la séparation de l'organe contrôlant « régulateur », l'autorité de concurrence, et l'organe agissant « opérateur », l'entreprise ou l'État dans le cas des entreprises d'État. Le fonctionnement du système économique concurrentiel appelle en effet un arbitre fort et indépendant pour réguler les rapports de force entre les acteurs économiques et participer ainsi au développement des libertés socio-économiques.

En assurant le « fonctionnement du marché intérieur¹⁶⁷ », c'est-à-dire la constitution d'un marché unique européen que le droit de l'Union européenne tend à réaliser par la mise en œuvre adaptée du droit de la concurrence sur le territoire ultramarin (1), l'ACNC contribue à la promotion des droits sociaux¹⁶⁸ et lutte contre le phénomène de la « vie chère » (2).

¹⁶⁵ Autorité de la concurrence, Avis « Dom », n° 09-A-45 du 8 septembre 2009 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation des départements d'outre-mer, § 119, p. 44.

¹⁶⁶ R. RAYMOND, « État des lieux du droit de la concurrence dans les outre-mer », *Revue Lamy de la concurrence*, 2013, n° 37, p. 131.

¹⁶⁷ En effet, le Traité CEE assignait à la (CEE) pour mission d'établir « un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur », article 3 f) du Traité instituant la Communauté économique européenne (CEE). La Cour de justice des communautés européennes estime que la concurrence est une « disposition fondamentale indispensable pour l'accomplissement des missions confiées à la Communauté, et en particulier pour le fonctionnement du marché intérieur », CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd contre Benetton International Nv*, Aff. C-126/97.

¹⁶⁸ À propos des droits sociaux, voir notamment l'article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du

1. L'adaptation par l'ACNC du droit de la concurrence aux spécificités du territoire néo-calédonien

Du latin *concurrere*, « courir de manière à se rassembler sur un point¹⁶⁹ », la concurrence désigne une compétition économique, une « offre, par plusieurs entreprises distinctes et rivales, de produits ou de services qui tendent à satisfaire des besoins équivalents avec, pour les entreprises, une chance réciproque de gagner ou de perdre les faveurs de la clientèle¹⁷⁰ ». Fruit du libéralisme économique, la libre concurrence serait un moyen d'obtenir le meilleur produit au meilleur prix. La « liberté de la concurrence » est bénéfique pour l'économie générale car en recherchant le prix le plus bas, elle est favorable au consommateur mais elle peut aussi porter « en elle-même sa propre destruction » lorsque l'acteur le plus compétitif l'emporte sur ses adversaires et « peut alors dicter sa loi à ses concurrents et aux consommateurs¹⁷¹ ». Tout l'enjeu de la régulation de la concurrence qu'opère le droit sera d'équilibrer les rapports de force des différents acteurs économiques et de s'assurer que le « jeu » de la concurrence reste ouvert aux nouveaux entrants. Le droit de la concurrence, outil de contrôle des comportements, les pratiques anticoncurrentielles – par exemple les ententes¹⁷² ou les abus de position dominante¹⁷³ – et des structures – les concentrations notamment –

16 décembre 1966 (entré en vigueur le 3 janvier 1976) ; il dispose au § 1 que « Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit à toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille » et au § 2 « le droit fondamental qu'a toute personne d'être à l'abri de la faim ». Voir aussi C.-M. HERRERA, *Les Droits sociaux*, Paris, PUF, 2009, ou encore J.-M. THOUVENIN, A. TREBILCOCK, *Le Droit international social. Droits économiques, sociaux et culturels*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

¹⁶⁹ F. GAFFIOT, *Dictionnaire Latin-Français*, 1934, p. 376.

¹⁷⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2005, p. 197.

¹⁷¹ M. MALAURIE-VIGNAL, *op. cit.*, p. 1.

¹⁷² Une « entente » désigne une concertation réalisée entre plusieurs entreprises, portant atteinte au marché en pleine connaissance de cause, pouvant prendre la forme d'entente sur les prix limitant la libre fixation des prix ou des clauses d'exclusivité instituant des barrières à l'entrée sur un marché. Voir à ce propos l'article Lp. 421-1 et s. du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie : « Sont prohibées, même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implanté hors de Nouvelle-Calédonie, lorsqu'elles ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalition entre professionnels, notamment lorsqu'elles tendent à 1° faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; 2° répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ; 3° limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence ; 4° limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou les progrès techniques ». L'entente est aussi condamnée au niveau national par l'article L. 420-1 du Code de commerce et l'article 101 du TFUE.

¹⁷³ Article Lp. 421-2 al. 1 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie : « Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article Lp. 421-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci ». L'abus de position dominante est aussi prohibé par l'article 102 du TFUE : « est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci ». L'article 420-2 Code de commerce dispose lui aussi qu'« est prohibée, dans des conditions prévues à l'article 420-2, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci ».

justifie donc la surveillance et parfois la limitation de l'exercice des libertés économiques¹⁷⁴. Les opérateurs sont incités à la « vertu économique » bénéfique à la fois pour le marché, de par sa contribution à l'innovation et à l'investissement ainsi que pour le bien-être du consommateur jouissant de ces progrès¹⁷⁵. Le droit de la concurrence national et de l'Union européenne¹⁷⁶ veillera par là à assurer le double objectif de protection de l'ordre public économique¹⁷⁷ et des droits sociaux des citoyens. De ce fait, les mesures qui prohibent des comportements anti-concurrentiels sont accompagnées d'exceptions permettant de concilier la protection du marché ainsi que celle du consommateur. Par exemple, l'interdiction faite aux États membres de prendre toutes mesures susceptibles de constituer des barrières à la libre circulation des marchandises¹⁷⁸ et l'interdiction des restrictions quantitatives à l'importation entre les États membres¹⁷⁹ ou toutes mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative

¹⁷⁴ La liberté de commerce et d'industrie comprend trois volets : la liberté d'entreprendre (droit pour tout individu de se livrer à l'activité commerciale de son choix, d'accéder à toute profession), la liberté d'exploiter (droit pour l'entrepreneur de gérer ses affaires comme il l'entend) et la liberté de la concurrence (droit pour l'entrepreneur d'utiliser tous les moyens loyaux pour attirer à lui la clientèle ; ce droit n'est pas absolu, mais le principe est la liberté de la concurrence, les restrictions, comme l'interdiction de certaines pratiques de concurrence déloyales, art. 1382 du Code civil et d'agissements parasitaires ou discriminatoires, l'exception).

¹⁷⁵ En effet, le marché désigne un « système d'échanges qui renvoie aux principes libéraux de libre accès pour les offreurs, de compétition possible entre eux, de liberté des demandeurs d'acquérir, l'ensemble supposant la liberté contractuelle et la propriété privée », M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Droit et économie de la régulation. Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Paris, Presses de Science Po, 2004, t. 1, p. 9.

¹⁷⁶ La liberté de concurrence est mise en œuvre au sein des traités dans différents articles, notamment à l'article 3 a) du Traité de Rome (Traité instituant la Communauté économique européenne (dit Traité de Rome), signé à Rome le 25 mars 1957, entré en vigueur le 25 mars 1957 (non publié au Journal officiel) qui énonce les « actions » de la Communauté, au titre desquelles figure en premier lieu « l'élimination, entre les États membres, des droits de douane et des restrictions quantitatives à l'entrée et à la sortie de marchandises, ainsi que de toutes autres mesures d'effet équivalent » à une restriction quantitative (MERCQ). Dans le même sens, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) affirmera au titre des politiques et actions internes de l'Union la libre circulation des marchandises (article 28 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), ex. article 23 TCE), des services (Article 26 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), ex. article 14 TCE ; article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), ex. article 49 TCE à propos du droit pour une personne physique ou morale d'offrir des services sur le sol d'un autre État membre) et des capitaux (directive européenne 88/361/CEE du Conseil du 24 juillet 1988 sur la libéralisation des capitaux, et article 63 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), ex. article 56 TCE), ou encore la liberté d'établissement (Article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), ex. article 43 TCE). L'ensemble de ces libertés constituent des déclinaisons du principe de la « liberté de commerce et de l'industrie ».

¹⁷⁷ Voir l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence (JORF n° 0265 du 14 novembre 2008, p. 17391) sur la « régulation concurrentielle », qui se rattache à l'objectif plus large de valeur constitutionnelle, la prévention et la répression des infractions, c'est-à-dire la garantie de l'ordre public, dans sa composante économique, lié à la liberté d'entreprendre.

¹⁷⁸ Voir, outre les articles 34 et 35 du TFUE précités, l'arrêt de la CJCE, *Procureur du Roi c. Benoît Dassonville*, 11 juillet 1974, aff. C-8/74, précisant que constitue une entrave « toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire ».

¹⁷⁹ Article 34 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), ex. article 28 TCE.

(MEERQ)¹⁸⁰ connaît des exceptions pour des raisons tenant à la protection de l'intérêt général¹⁸¹. L'appréciation du droit de la concurrence dépendra ainsi de ses conséquences sur le consommateur. À cet égard, dans une décision de l'ACNC du 26 décembre 2019 relative à la conclusion par plusieurs entreprises d'accords exclusifs d'importation dans le secteur des ascenseurs¹⁸², exclusivité qui « confère [...] un monopole à un importateur-distributeur au détriment de ses concurrents sur le marché de la vente et de l'installation d'ascenseurs¹⁸³ » empêchant le « libre jeu de la concurrence intra-marque entre les distributeurs¹⁸⁴ », l'Autorité s'appuie sur l'impact sur les consommateurs subissant une augmentation des charges pour les locataires ou les propriétaires des immeubles disposant d'ascenseurs pour qualifier la gravité de la pratique monopolistique et la sanctionner¹⁸⁵. Dans cette décision, nous retrouvons bien la recherche de conciliation entre les différents intérêts, celui des entreprises bénéficiant de la situation monopolistique et celui du consommateur voulant jouir du meilleur produit ou service au meilleur prix. L'ACNC doit parvenir à une situation d'équilibre entre deux objectifs interdépendants du droit de la concurrence, à savoir le développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques – protection du marché –, nécessaire à assurer un niveau d'emploi et de protection sociale élevée – protection du consommateur-citoyen.

La création en Nouvelle-Calédonie d'une autorité de régulation dans le domaine de la concurrence permet ainsi de répondre aux enjeux socio-économiques spécifiques posés par l'« association » des territoires ultra-marins à la concurrence mondiale et régionale. L'ACNC joue un rôle central dans l'adaptation des dispositions législatives et réglementaires du droit de la concurrence aux spécificités de l'économie locale. Elle a influencé notamment la modification du contrôle des concentrations qui s'est opéré entre 2013 et 2020. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du pays du 24 octobre 2013¹⁸⁶, la Nouvelle-Calédonie dispose d'un contrôle des concentrations car si ces dernières

¹⁸⁰ Les mesures d'effet équivalant à une restriction quantitative (MEERQ) sont des mesures discriminatoires, c'est-à-dire des mesures imposant aux produits des conditions différentes de celles auxquelles ils sont soumis dans l'État d'origine ou encore une mesure ayant pour effet d'entraver l'accès au marché. Les critères des MEERQ sont définis dans l'arrêt de la CJUE, *Ker-Optika bt c. ANTSZ Dél-dunantulli Regionális Intézet*, du 2 décembre 2010, C-108-09.

¹⁸¹ Article 36 du TFUE, à propos des exceptions aux MERCQ pour des motifs de « moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale ». Voir à ce propos CJCE, 20 février 1979, aff. C-120/78, *Cassis de Dijon* sur le principe de reconnaissance mutuelle, c'est-à-dire l'obligation pour les États membres d'accepter sur leur territoire les produits fabriqués légalement sur un autre territoire, même si cela ne respecte pas la législation du pays, sauf si cela met en péril les exigences impératives d'intérêt public.

¹⁸² Décision n° 2019-PAC-05 du 26 décembre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Kone Elevators Ltd, Otis SCS, Socometra SAS et Pacific Ascenseurs SARL dans le secteur des ascenseurs en Nouvelle-Calédonie.

¹⁸³ *Ibid.*, § 150.

¹⁸⁴ *Ibid.*, § 151.

¹⁸⁵ *Ibid.*, § 173.

¹⁸⁶ Lp. n° 2013-8 du 24 octobre 2013 relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie, Titre 1, De la concentration économique, articles 1 à 16.

permettent aux entreprises d'améliorer leur compétitivité en dégagant des gains d'efficacité économiques pouvant se répercuter positivement sur le pouvoir d'achat de consommateur bénéficiant de prix plus bas, les concentrations peuvent aussi entraver le libre jeu de la concurrence et conduire à des comportements prédateurs de la part de ces entreprises regroupées et donc en position dominante. Elles sont alors prohibées. Leur contrôle est d'autant plus nécessaire en Nouvelle-Calédonie que les secteurs de la grande distribution sont très concentrés, deux groupes possédant plus de 80 % de parts de marché en surface de vente. À cet égard, la loi du pays du 24 octobre 2013 organisant le contrôle des concentrations avait fixé un seuil pour que l'opération soit contrôlable qui concernait le chiffre d'affaires « global » réalisé par les entreprises et s'élevait à 600 millions de francs CFP, soit près de 5 millions d'euros en Nouvelle-Calédonie alors qu'en Métropole, le chiffre d'affaires réalisé en France doit être d'au moins 15 millions d'euros dans le commerce en détail et doit en outre être réalisé par chacune des entreprises parties à l'opération¹⁸⁷. L'intention du législateur calédonien était clairement de pouvoir « capter » des opérations de concentration dès lors qu'elles étaient susceptibles d'avoir un impact, même faible, sur le territoire calédonien. Cependant, depuis la loi du pays du 20 janvier 2020 de soutien à la croissance de l'économie calédonienne, ce seuil est passé à 10 millions d'euros¹⁸⁸, et cela, suite aux recommandations émises par l'ACNC dans un avis du 22 août 2019 relatif à la modification des seuils de contrôle des opérations de concentration et des opérations dans le secteur du commerce de détail¹⁸⁹. Ici, l'Autorité avait proposé une réforme des seuils de déclenchement du contrôle des opérations de concentration en remarquant après une étude que les seuils initialement prévus par le Code de commerce conduisaient à « faire entrer dans le champ du contrôle un très grand nombre d'opérations n'ayant aucune influence négative sur la concurrence ». Dans une recherche d'efficacité, elle recommandait donc de doubler le seuil du chiffre d'affaires total réalisé par les entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration en Nouvelle-Calédonie. À travers cet exemple, nous remarquons le rôle que peut jouer l'ACNC pour l'adaptation du droit de la concurrence, résultat d'un dialogue inter-institutionnel avec les institutions publiques traditionnelles œuvrant à la fabrication du droit. Cela témoigne de l'importance de l'Autorité de la concurrence et de la plus-value de cette institution « experte » vis-à-vis des institutions publiques existantes.

Le transfert de compétence de la concurrence à la Nouvelle-Calédonie et les adaptations du droit de la concurrence mises en œuvre par l'ACNC tentent de répondre aux enjeux économiques et sociaux propres au pays. En effet, les Accords économiques et sociaux du 12 juin 2012, conclus suite à des manifestations ayant eu lieu à Nouméa

¹⁸⁷ Article L. 430-2 du Code de commerce.

¹⁸⁸ Lp. n° 2013-8 du 24 octobre 2013 relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie, art. 2, modifié par la loi du pays n° 2020-2 du 20 janvier 2020, art. 46, qui double le seuil, passant de 600 000 000 francs CFP à 1 200 000 000 francs CFP. Codifié à l'art. Lp. 431-2 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

¹⁸⁹ ACNC, Avis n° 2019-A-03 du 22 août 2019 relatif à la modification des seuils de contrôle des opérations de concentration et des opérations dans le secteur du commerce de détail.

contre la « vie chère » en avril 2006 ainsi qu'en mai 2011¹⁹⁰, faisaient état des « inégalités de richesse [qui] se sont accentuées ». En 2008, un foyer néo-calédonien sur quatre vivait en dessous du seuil de pauvreté relative, soit quatre fois plus qu'en Métropole¹⁹¹ et 20 % des ménages les plus riches percevaient 55 % du total des revenus déclarés¹⁹². Outre l'adaptation du droit de la concurrence, l'expertise de l'ACNC sera fondamentale pour trouver des instruments efficaces permettant de lutter contre les inégalités sociales, comme le remplacement récent du dispositif d'encadrement des prix par le « bouclier qualité prix » (BQP).

2. La lutte de l'ACNC contre les inégalités économiques et le phénomène de la « vie chère »

En Nouvelle-Calédonie, malgré une situation économique favorable¹⁹³, de très fortes inégalités économiques demeurent. Le Rapport « NC 2025 : Diagnostic et enjeux » relève que 20 % des ménages ayant les plus hauts revenus reçoivent près de 46 % du total des revenus des ménages néo-calédoniens, soit en moyenne 7 833 euros, 50 % de plus que les ménages métropolitains, et 21 % des ménages sont sous le seuil de pauvreté relative, soit trois fois plus qu'en Métropole, le double de la moyenne OCDE. Malgré ces inégalités sociales, les prix sont globalement élevés. La Nouvelle-Calédonie se situe en effet entre le 2^{ème} et le 3^{ème} pays le plus cher au monde, classement par indice « Big Mac ». Or la « vie chère » et les prix élevés sont autant de vecteurs qui renforcent les inégalités sociales. Pour réduire ces inégalités et améliorer le pouvoir d'achat et l'insertion par l'emploi, des réformes ont été jugées nécessaires. À cet effet, le président de l'Autorité de la concurrence Bruno Lasserre, le président du Gouvernement de Nouvelle-Calédonie, Harold Martin, et le Haut-commissaire de la République française ont conclu le 30 janvier 2012 une convention-cadre d'assistance technique afin de renforcer l'expertise de la collectivité d'outre-mer et les outils en matière de lutte contre les pratiques anti-concurrentielles. Dans ce cadre, le Congrès sollicita pour avis l'Autorité métropolitaine de la concurrence afin que cette dernière produise une expertise quant à la situation concurrentielle sur le territoire. Une mission d'expertise a ainsi été mise en place pour réaliser des études sur le fonctionnement de la concurrence dans les circuits de distribution des produits de grande consommation ainsi que les structures de contrôle en matière de concurrence. L'objectif était d'évaluer les moyens mis à disposition des structures de contrôle pour lutter contre les pratiques

¹⁹⁰ Commission spéciale auprès du Congrès pour l'élaboration et le suivi d'accords économiques et sociaux, signés le 12 juin 2012.

¹⁹¹ Comptes économiques rapides de l'Outre-mer (CEROM), *Les défis de la croissance calédonienne* [en ligne], 2008, p. 46. [Consulté le 30 novembre 2020] Disponible sur internet : <https://www.cerom-outremer.fr/IMG/pdf/defis_croissance_caledonienne_122008.pdf>

¹⁹² *Ibid.*, p. 7.

¹⁹³ La Nouvelle-Calédonie a connu une croissance économique importante, le PIB étant multiplié par deux entre 1998 et 2007, passant de 317 millions d'euros à 655 millions d'euros, et un taux de chômage inférieur à 7 %. Voir à ce propos Comptes économiques rapides de l'Outre-mer (CEROM), *Les défis de la croissance calédonienne* [en ligne], 2008, p. 46, *loc. cit.*

anticoncurrentielles dans l'économie néo-calédonienne, ainsi que de trouver des solutions pour faire respecter les règles en matière de concurrence. Cela a conduit à la rédaction de deux rapports, dont la tendance libérale rompt avec les politiques de protection de l'économie menées depuis les années 60 en Nouvelle-Calédonie. Le premier rapport de l'Autorité de la concurrence relatif aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie, établi par Mme Geneviève Wibaux du 21 septembre 2012¹⁹⁴ fait état de la « vie chère », qui a conduit à la création par le Congrès de la Nouvelle-Calédonie de la commission « spéciale vie chère », ayant pour but de réfléchir à la modernisation de l'économie, l'amélioration du pouvoir d'achat et à la maîtrise et la transparence des prix. Le second rapport est établi par Thibault Decruyenaere et Philippe Sauze, rapporteurs auprès de l'Autorité de la concurrence, et traite des mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie¹⁹⁵. Ici aussi, le Rapport analyse les causes de la vie chère liées à la protection de marché, préconisant des dispositifs de protection de marché plus efficaces et une amélioration de la concurrence dans le secteur de la distribution du détail passant notamment par la suppression des barrières administratives à l'entrée.

De nombreuses réformes ont été opérées suite à ces deux rapports. Ainsi, la loi du pays du 20 janvier 2020 de soutien à la croissance de l'économie calédonienne¹⁹⁶ visant à moderniser la concurrence proposera un outil concret pour transformer et diversifier l'économie néo-calédonienne, le « Bouclier-Qualité-Prix¹⁹⁷ » (BQP). Ce dispositif repose sur une négociation annuelle entre le Gouvernement et les principaux acteurs de la chaîne de la production à la distribution, pour déterminer le montant maximal d'un panier global de produits de première nécessité ou de grande consommation répondant à certains critères de qualité, dont le nombre est adapté en fonction de la taille des magasins les commercialisant, et en leur laissant la liberté de fixer le prix de chaque produit au sein du panier¹⁹⁸. Le BQP a pour vocation de remplacer le plafonnement généralisé des marges, tout en répondant à la problématique de la vie chère. Saisie en amont par le Gouvernement dans sa qualité d'autorité consultative obligatoirement saisie pour tout projet de loi du pays ayant pour effet d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix¹⁹⁹, l'ACNC rendit au préalable un Avis du 6 décembre 2019, où elle émet plusieurs recommandations concernant le BQP. L'ACNC considère qu'il porte une atteinte limitée, adaptée et proportionnée à la liberté d'entreprendre des opérateurs

¹⁹⁴ Autorité de la concurrence, *Rapport de l'Autorité de la concurrence relative aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie*, établi par Mme Geneviève Wibaux, 21 septembre 2012.

¹⁹⁵ Autorité de la concurrence, *Rapport relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie*, établi par Thibault Decruyenaere et Philippe Sauze, 21 septembre 2012.

¹⁹⁶ Loi du pays n° 2020-2 du 20 janvier 2020 de soutien à la croissance de l'économie calédonienne.

¹⁹⁷ Article 42 de l'avant-projet de loi du pays de soutien à la croissance de l'économie calédonienne, introduisant le dispositif du « bouclier-qualité-prix », à l'article Lp. 411-2-1 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

¹⁹⁸ ACNC, Avis n° 2019-A-05, § 345, § 66.

¹⁹⁹ Article Lp. 462-2 du Code de commerce applicable à la Nouvelle-Calédonie.

engagés dans le processus de négociation du BQP et permet de protéger *in fine* le consommateur. En effet, en réintroduisant la liberté dans la fixation des prix de chaque produit²⁰⁰, le risque d'alignement à la hausse du panier – « effet taquet » – est évité²⁰¹, tout comme celui de l'homogénéisation des prix des produits du panier par les distributeurs, les produits du BQP demeurant en outre soumis à la concurrence par les prix des produits substituables n'entrant pas dans le BQP. Pour écarter l'« effet d'éviction », c'est-à-dire l'indisponibilité des produits, ou de « dégradation », la réduction de leur qualité, une obligation de s'assurer de la disponibilité des produits est imposée au distributeur²⁰². De plus, la liste des produits doit être suffisamment précise pour éviter le risque de contournement du dispositif. Finalement, l'Avis est très intéressant car, outre l'analyse de la pertinence du dispositif légal du BQP, il anticipe une problématique à venir et prévient de la réaction de l'Autorité si elle venait à se produire. Si le dispositif du BQP devait conduire à un report de marge sur les produits qui n'y sont pas inclus, entraînant alors un « effet de rattrapage », l'Autorité annonce qu'elle engagerait une procédure d'injonction structurelle²⁰³. Cet avis, non contraignant, illustre l'importance des compétences consultatives des autorités de concurrence. Comme le rappelle le Président de l'Autorité métropolitaine de la concurrence Bruno Lasserre, cela constitue un « levier d'exercice de “soft power” », permettant à l'Autorité d'adresser des signaux aux entreprises, qui peuvent en tirer des enseignements et

²⁰⁰ Comme les accords interprofessionnels des 27 et 28 octobre 2019, le dispositif du BQP « permet de concilier une mesure d'encadrement du prix d'une liste de produits, une nécessaire démarche de négociation sur ce prix et sur le contenu de la liste, tout en maintenant de la concurrence entre les opérateurs sur la fixation du prix de chaque produit », ACNC, Avis n° 2019-A-05, § 105.

²⁰¹ ACNC, Avis n° 2019-A-05, § 127.

²⁰² ACNC, Avis n° 2019-A-05, § 128.

²⁰³ Article Lp. 422-1 du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, dans la mesure où l'Autorité constate une dérive des prix ou des marges en comparaison des moyennes habituellement constatées, quel que soit le type de produit considéré. Les autorités de concurrence peuvent ainsi, dans le cadre de dossiers contentieux, prononcer des injonctions et des sanctions à l'encontre d'entreprises ou d'organismes ayant mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles. Les « injonctions structurelles », c'est-à-dire les mesures permettant aux autorités de concurrence de contraindre une entreprise ou un groupe d'entreprises à céder certains de leurs actifs, ont été introduites par la loi du pays du 24 octobre 2013 relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie et codifiée dans le Code de commerce (Lp. n° 2013-8 du 24 octobre 2013 relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie, JONC du 21 novembre 2013, p. 9244, art. 16). S'inspirant du mécanisme de l'injonction structurelle introduit par la loi « Lurel » du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer (Loi n° 2012-1270 dite loi « Lurel » du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer, JORF n° 0271 du 21 novembre 2012, p. 18329) pour les territoires ultramarins dans le secteur du commerce de détail (Code de commerce, art. L. 752-27 relatif au contrôle de l'Autorité de la concurrence en cas de position dominante et de la possibilité de procéder à des injonctions et des sanctions pécuniaires), la Nouvelle-Calédonie a introduit un dispositif analogue, quoi que plus large, afin de pouvoir agir *ex-post* sur des structures de marchés locaux qui soulèvent des préoccupations de concurrence. À cet égard, si ces préoccupations reposent sur le critère de « prix ou de marges élevés » que l'entreprise pratique, en « comparaison des moyennes habituellement constatées dans le secteur économique concerné », le dispositif calédonien diffère sur deux points. Tout d'abord, ne sont pas uniquement concernées les entreprises en « position dominante » mais également lorsqu'une entreprise détient plus de 25 % de parts de marché dans une zone de chalandise pour un chiffre d'affaire d'au moins 600 millions de francs pacifique, soit près de 5 millions d'euros. Ensuite, cette injonction structurelle ne vise pas uniquement le commerce de détail.

modifier leurs comportements sur le marché²⁰⁴ ». En effet, si l'avis est général et non contraignant, il offre un cadre juridique « idéal » qui s'appliquera par la suite. À cet égard, l'avocate Véronique Sélinsky explique que « Dans sa mission d'*advocacy* l'Autorité [ici l'Autorité polynésienne de la concurrence] peut ainsi expliciter et synthétiser les grilles d'analyse concurrentielles qui ont vocation à s'appliquer à la matière contentieuse²⁰⁵ », et, de ce fait, « La fonction programmatique, pour sa part, permet d'éclairer, sinon de concevoir, une véritable politique de concurrence dans le cadre d'une véritable magistrature morale, modèle de conscience des pouvoirs publics²⁰⁶ ».

Conclusion

Dans son rapport de 2001, le Conseil d'État soulignait la raison d'être des autorités administratives indépendantes. Ainsi « *dès lors qu'il songe à intervenir dans des domaines touchant davantage que d'autres aux droits et libertés, par nature presque, l'État est réputé partial, tandis que les autorités administratives indépendantes semblent parées dès leur naissance d'une onction qui les ferait bénéficier d'une irréfragable présomption d'impartialité*²⁰⁷ ». Les AAI révèlent en effet l'incapacité de l'administration à satisfaire certaines demandes sociétales. Après des décennies de protestation et de manifestations contre le phénomène de la « vie chère » qui touche les populations les plus vulnérables économiquement, le Congrès néo-calédonien a donc sollicité le transfert de compétence de la concurrence ainsi que la possibilité de créer ses propres autorités administratives indépendantes. L'ACNC pallie alors les carences des institutions publiques existantes pour lutter contre les inégalités sociales très fortes dans les territoires ultra-marins. À cet effet, la souplesse de l'autorité contraste avec la traditionnelle rigidité de l'administration²⁰⁸. L'absence de formalisme est garantie par l'existence de règles de fonctionnement simplifiées²⁰⁹ et « l'autonomie conférée aux autorités administratives indépendantes permet de prendre des décisions plus rapidement que dans une administration centrale », ces dernières ne devant pas se soumettre à l'« arbitrage

²⁰⁴ Autorité de la concurrence, Rapport annuel 2011, Paris, Autorité de la concurrence, 2012, p. V.

²⁰⁵ V. SELINSKY, « Les avis de l'APC : un mode de régulation efficace ? », in S.-M. CABON, C. MONTET, F. VENAYRE (dir.), *op. cit.*, p. 161.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 162.

²⁰⁷ Conseil d'État, Rapport public 2001, *Les autorités administratives indépendantes*, Études et documents n° 52, p. 275.

²⁰⁸ À ce propos, voir notamment M. CROZIER, « Crise et renouveau dans l'administration française », *Sociologie du travail*, Paris, Seuil, 1966, 8-3, p. 227-248 ou plus récemment J. CHEVALLIER, « L'administration face au public », in J. CHEVALLIER, R. DRAÏ, F. RANGEON, *La Communication administration-administrés*, Paris, PUF, 1983, p. 13-60, et plus spécifiquement, p. 15 : « plus encore que les autres organisations, l'administration manifeste une propension à la fermeture ; prototype de l'organisation bureaucratique, elle tend à s'isoler de la société, et ses rapports avec l'extérieur sont caractérisés par la rigidité et l'unilatéralité ».

²⁰⁹ La célérité de l'Autorité de la concurrence est mise en avant par le rapport du Conseil d'État de 2001 précité (p. 277), ce dernier parlant d'un délai moyen de trois ans pour l'Autorité de la concurrence.

interministériel²¹⁰ ». Les AAI ont en effet l'avantage de pouvoir décider dès qu'elles se sentent suffisamment éclairées, en dehors de toute considération exogène au secteur dont elles ont la charge. Or cette souplesse inhérente à la structure même des AAI est fondamentale dans des matières comme la concurrence qui évoluent rapidement et imposent à cet égard une capacité de réaction immédiate. Elle est d'autant plus importante que les pouvoirs des AAI peuvent être étendus. L'ACNC agit en effet sur tous les plans : par ses avis et ses recommandations, elle contribue à l'élaboration de la loi ; par ses quasi-réglementations, elle participe à l'exécution du droit ; et enfin par ses sanctions, elle veille à son application.

Notre étude de l'ACNC nous confirme que les AAI ont acquis au fil du temps un « pouvoir d'influence²¹¹ » toujours plus important. « La parole est le fruit du silence » nous rapporte l'écrivaine et femme politique kanake Déwé Gorodé²¹² ; l'ACNC est quant à elle le résultat d'années de lutte de certains partis politiques pour l'indépendance²¹³ aboutissant à une décentralisation territoriale toujours plus importante²¹⁴ permettant de faire entendre la voix du peuple calédonien. À ce titre, ces institutions ne pourraient-elles pas constituer un modèle institutionnel duplicable à d'autres domaines d'action pour conduire des politiques sensibles et répondre à des enjeux sociétaux majeurs, comme peut l'être par exemple la protection de l'environnement ? Il serait en effet envisageable que la collectivité néo-calédonienne, compétente en matière d'environnement et qui a consacré dans le Code de l'environnement de la Province des Îles Loyauté des droits subjectifs à la nature²¹⁵, mette en œuvre une « Autorité de la défense environnementale » ou encore un « Défenseur de l'environnement » pour contribuer à l'« effectivité » de ces droits. Ces institutions hybrides mettant en place une nouvelle façon de gouverner ne manqueront pas d'animer de futurs débats.

²¹⁰ Conseil d'État, Rapport public 2001, *Les Autorités administratives indépendantes*, Études et documents n° 52, p. 276.

²¹¹ *Ibid.*, p. 290.

²¹² Collectif, « Référendum en Nouvelle-Calédonie : “La posture anticoloniale venue de la métropole nous indignent car elle nous déresponsabilise” », *Le Monde* [en ligne], 16 septembre 2020. [Consulté le 30 novembre 2020] Disponible sur internet : <https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/09/16/referendum-en-nouvelle-caledonie-la-posture-anticoloniale-venue-de-la-metropole-nous-indignent-car-elle-nous-deresponsabilise_6052350_3232.html>

²¹³ Citons le Front de libération nationale kanak et socialiste (FLNKS) fondé en 1984 par Jean-Marie Tjibaou ; l'Union calédonienne, fondée en 1953 par Maurice Lenormand et Rock Pidjot ; le Parti de libération kanak fondé en 1975 par la fusion de plusieurs groupes indépendantistes ; le Rassemblement démocratique océanien fondé en 1994 par Aloisio Sako, etc. Voir à ce propos D. A. Chappell, *Le Réveil kanak. La montée du nationalisme en Nouvelle-Calédonie*, Nouméa, Madrépores, Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie, 2017.

²¹⁴ La décentralisation territoriale est une « technique qui consiste à octroyer le statut de personne morale de droit public à des collectivités géographiques infra-étatiques, en donnant à leurs agents, généralement désignés par l'élection, des compétences d'auto-administration », C. GUETTIER, *op. cit.*, p. 250.

²¹⁵ Article L. 110-3 du Code de l'environnement de la Province des Îles Loyauté (Nouvelle-Calédonie).

Mondialisation de la RSE et droit des sociétés par actions : deux décennies de construction de la *hard law*

Ivan TCHOTOURIAN*
Loïc GEELHAND DE MERXEM**
Alexis LANGENFELD***
Margaux MORTEO****
Audrey HOULE*****

Summary: *CSR has now become a must for companies. A legal branch long limited to a technical and utilitarian vision, the law of joint stock companies is also evolving and making way for CSR. This law shows that it is driven by a dynamic that is gradually gaining ground: giving substance to the societal role of the company and recognizing the interests of stakeholders and their contribution to its long-term success. The objective of this comparative article is to highlight one of the strategies put in place by States to promote the integration of CSR logic: the use of hard law or standards that increasingly resemble it. In several countries, corporate law no longer hesitates to reform itself or to debate ambitious bills. New legal structures, a redefinition of the social interest, a development of the duty of care and greater non-financial transparency are the key words of 21st century corporate law. CSR is less and less perceived as a voluntary approach and is gradually becoming a legal instrument generating obligations for companies (especially large ones such as multinationals).*

Keywords: *CSR, hard law, comparative law, evolution, best interest of corporation, benefit corporation, duty of care, non-financial reporting.*

* Professeur agrégé, codirecteur du Centre d'études en droit économique (CÉDÉ), Faculté de droit de l'Université Laval ; maître de conférences à l'Université de Nantes (France) ; membre-fondateur du laboratoire interdisciplinaire sur la RSE (LIRSE), Faculté des sciences de l'administration de l'Université Laval (FSA) ; et chercheur régulier à l'Institut Hydro-Québec en environnement, développement et société (EDS).

@ : ivan.Tchotourian@fd.ulaval.ca / ORCID : 0000-0002-9306-0613

** Étudiant titulaire d'une licence et d'un master 1 de l'Université Montpellier, inscrit au doctorat en droit à l'Université Laval et étudiant-chercheur au CÉDÉ et à l'Institut EDS.

@ : loic.geelhand-de-merxem-ecuyer.1@ulaval.ca / ORCID : 0000-0002-3545-6716

*** Étudiant titulaire d'une licence de l'Université Rennes 1 et d'une maîtrise en droit des affaires de l'Université Laval, boursier FRQ-SC inscrit en cotutelle aux Faculté de droit de l'Université Laval (Canada) et Faculté de droit de l'Université de Perpignan (France) et étudiant-chercheur au CÉDÉ et à l'Institut EDS.

@ : alexis.langenfeld.1@ulaval.ca / ORCID : 0000-0003-2531-5765

**** Étudiante titulaire d'une licence et d'un master 1 de l'Université Nice Sophia-Antipolis, inscrite en cotutelle aux Faculté de droit de l'Université Laval et Faculté de droit de Paris 1 Panthéon-Sorbonne et étudiante-chercheuse au CÉDÉ et à l'Institut EDS.

@ : margaux.morteo.1@ulaval.ca / ORCID : 0000-0002-3115-477X

***** Étudiante titulaire d'un master 2 de l'Université Paris-Saclay et d'un DESS en droit des affaires de l'Université Laval.

@ : audrey.houle.2@ulaval.ca / ORCID : 0000-0002-7501-6707

Résumé : La RSE est devenue aujourd’hui incontournable pour les entreprises. Branche juridique longtemps limitée à une vision technique et utilitariste, le droit des sociétés par actions est également en pleine évolution et fait place à la RSE. Ce droit montre qu’il est animé d’une dynamique qui s’impose progressivement : donner corps au rôle sociétal de l’entreprise et reconnaître les intérêts des parties prenantes et leur contribution à sa réussite à long terme. L’objectif de cet article comparatif est de mettre en lumière l’une des stratégies mise en place par les États pour favoriser l’intégration de la logique RSE : l’utilisation du droit dur ou de normes lui ressemblant de plus en plus. Dans plusieurs pays, le droit des sociétés n’hésite plus à se réformer ou à débattre de projets de loi ambitieux. De nouvelles structures juridiques, une redéfinition de l’intérêt social, un développement du devoir de vigilance et une plus grande transparence non financière sont les maîtres mots du droit des sociétés par actions du XXI^e siècle. La RSE est de moins en moins perçue comme une démarche volontaire et devient progressivement un instrument juridique générateur d’obligations pour les entreprises (notamment de grande taille comme les multinationales).

Mots-clés : Responsabilité sociale des entreprises (RSE), droit dur, droit comparé, évolution, intérêt social, entreprise à mission, devoir de vigilance, *reporting* non financier.

Pour citer cet article : Ivan TCHOTOURIAN, Loïc GEELHAND DE MERXEM, Alexis LANGENFELD, Margaux MORTEO, Audrey HOULE, « Mondialisation de la RSE et droit des sociétés par actions : deux décennies de construction de la *hard law* », *Revue Juridique de la Sorbonne*, n° 2, décembre 2020, p. 47 - 96.

URL : [https://irjs.pantheonsorbonne.fr/sites/default/files/inline-files/Mondialisation de la RSE et droit des sociétés par actions.pdf](https://irjs.pantheonsorbonne.fr/sites/default/files/inline-files/Mondialisation%20de%20la%20RSE%20et%20droit%20des%20sociétés%20par%20actions.pdf)

Nous sommes à l’évidence dans un entre-deux. La recherche du « tout-profit » et de la maximisation de la valeur actionnariale est en train de passer de mode. [...] [L]es textes se multiplient qui font le plus souvent peser une réglementation tatillonne, ponctuelle et sectorielle, sur les entreprises, sans que l’on ait réellement consacré un nouveau paradigme. La responsabilité sociétale progresse, mais dans le désordre¹.

Introduction

1. La responsabilité sociale des entreprises (ci-après « RSE ») s’est imposée au fil des années dans le monde de l’entreprise. La question de la RSE est loin d’être nouvelle : « *The desirability for corporations to engage in socially responsible behavior has long been hotly debated among economists, lawyers, and business experts* »². Alors que la RSE a été

¹ COMMISSION AD HOC, « Le rôle sociétal de l’entreprise : Éléments de réflexion pour une réforme », Rapport, *Le club des juristes*, avril 2018, p. 47.

² A. FERRELL, H. LIANG et L. RENNEBOOG, « Socially Responsible Firms » (2014) Corporate Governance Institute (ECGI), Document de travail n° 432/2014, p. 1.

assimilée un temps comme la responsabilité unique de faire du profit³, cette notion a évolué pour donner à l'entreprise de nouvelles responsabilités de nature environnementale et sociétale. Née dans la culture américaine, la RSE s'inscrit dans une tradition de philanthropie corporative qui répond tout autant à une inspiration religieuse protestante qu'à des enjeux pratiques⁴. Les grands industriels américains ont initié les premières démarches de responsabilité sociale avec un objectif simple : retourner à la société une partie de la fortune que celle-ci leur avait permis d'acquérir⁵. Dès 1930, les discussions entre Adolph Berle et Merrick Dodd ont lancé le débat. Face à Adolph Berle qui défend une vision actionnariale de l'entreprise⁶, Merrick Dodd répond que les dirigeants sont responsables à l'égard de l'ensemble des groupes qui composent l'entreprise⁷. Finalement, Adolph Berle concédera dans un livre publié quelques années plus tard la justesse de la vision de Merrick Dodd⁸. Durant les années 1950, la RSE émerge dans la littérature aux États-Unis sous la plume d'Howard Bowen avec son livre *Corporate Social Responsibility the Businessman*. Bowen définit alors la RSE par la formule suivante : « *It refers to the obligations of businessmen to pursue those policies, to make those decisions, or to follow those lines of action which are desirable in terms of the objectives and values of our society* »⁹. La RSE a évolué et s'est ouverte à de nouveaux modèles, théories et concepts alternatifs comme l'éthique des affaires, la théorie ou le management des *stakeholders*, la *corporate social responsiveness*, les relations publiques¹⁰... En Europe, il a fallu attendre le début du XXI^e siècle pour que la Commission européenne s'intéresse activement à ce concept et décide de lui accorder une place importante dans les stratégies économiques. Ainsi, elle définit la RSE comme l'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes¹¹. Actualisée en 2011, cette définition fait dorénavant place au droit puisque les préoccupations liées à la RSE y sont considérées comme allant au-delà des obligations juridiques qui

³ M. FRIEDMAN, « The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits », *The New York Times*, 13 septembre 1970.

⁴ J.-P. GOND et J. IGALENS, *La responsabilité sociale de l'entreprise*, Paris, PUF, 2012, coll « Que sais-je ? », p. 8.

⁵ La création successive de fondations par les grandes multinationales s'inscrit directement dans cette démarche, voir : J. PASQUERO, « Commentaire : Éthique des affaires, responsabilité sociale et gouvernance sociétale : démêler l'écheveau » (2007) 32:1 *Gestion* 112, § 16.

⁶ A. A. BERLE, « For Whom Corporate Managers are Trustees: A Note » (1932) 45:8 *Harv. L. Rev.* 1365; A. A. BERLE, « Corporate Powers as Powers in Trust », (1931) 44:7 *Harv. L. Rev.* 1049.

⁷ E. M. DODD, « Is Effective Enforcement of the Fiduciary Duties of Corporate Managers Practicable? » (1935) 2 *U. Chicago L. Rev.* 194; E. M. DODD, « For Whom Corporate Managers are Trustees? » (1932) 45:7 *Harv. L. Rev.* 1145.

⁸ A. A. BERLE, *The 20th Century Capitalist Revolution*, New York, Harcourt Brace, 1954.

⁹ (Nous soulignons) H. R. BOWEN, *Social responsibilities of the businessman*, New York, Harper, 1953, p. 6.

¹⁰ A. B. CARROLL, « Corporate Social Responsibility, Evolution of a Definitional Construct » (1999) 38:3 *Business & Society* 268. Sur les origines de la RSE, voir : COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme, Nouveaux enjeux, nouveaux rôles*, Paris, La Documentation française, 2009, p. 37 et s.

¹¹ CE, COMMISSION EUROPEENNE, *Livre vert : promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, COM(2001) 366 Final, § 20.

incomber aux entreprises à l'égard de la société et de l'environnement¹². Aussi, la RSE a été perçue de différentes manières, comme le professeur Jean Pasquero l'illustre (tableau A).

Tableau A
Perspective historique sur la RSE¹³

La RSE comme...	Origines	Expression actuelle (exemples)
... gestion efficace	Economie classique	Compétence technique
... philanthropie	Traditionnelle (XIXe siècle)	Dons et mécénat d'entreprise
... sollicitude	Début du XXe siècle	Besoins des employés
... limitation des nuisances	Années 1960	Priorité à l'environnement
... réceptivité sociale	Années 1970	Système de « gestion sociétale »
... rectitude éthique	Années 1990	Codes de bonne conduite
... reddition des comptes	Années 2000	Triple bilan
... participation « citoyenne »	Années 2000	« Engagement proactif »

2. Une philosophie commune a émergé de cette évolution : les États, la communauté internationale dans son ensemble et les acteurs privés ont pris conscience de la nécessité de réconcilier milieu des affaires et société. La RSE est aussi devenue un moyen de réguler un espace dont la dimension ne permet plus aux législations nationales, non harmonisées, de jouer leur rôle de régulateur. La normativité particulière de la RSE¹⁴ et les sanctions de marché de type réputationnel qui l'accompagnent¹⁵ sont un outil

¹² CE, COMMISSION EUROPEENNE, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014*, COM(2011), 681.

¹³ J. PASQUERO, « La responsabilité sociale de l'entreprise comme objet des sciences de gestion. Un regard historique », in M.-F. TURCOTTE et A. SALMON (dir.), *Responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2005, 80, p. 119.

¹⁴ R. DE QUENAUDON, *Droit de la responsabilité sociétale des organisations*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 39 et s.

¹⁵ Pour certains, la réputation serait une sanction spécifique à la RSE de type « boomerang » (C. MALECKI, *Responsabilité sociale des entreprises : perspectives de la gouvernance d'entreprise durable*, Paris, LGDJ/Lextenso, 2014, p. 340 et s., § 440 et s). À propos du risque de réputation, voir : E. M. IACOBUCCI, « On the Interaction between Legal and Reputational Sanctions » (2014) 43 *Journal of Legal Studies* 189 ; V. RINDOVA et L. L. MARTINS, « Show Me The Money: A Multidimensional Perspective on Reputation As An Intangible Asset », in M. L. BARNETT et T. G. POLLOCK (par), *The Oxford handbook of corporate reputation*, 1^{re} éd., Oxford, Oxford University Press, 2014, coll. Oxford handbooks ; L. P. K. ADEOSUN et R. A. GANIYU, « Corporate Reputation as a Strategic Asset » (2013) 4 *International Journal of Business and Social Science* 220 ; N. DE MARCELLIS-WARIN et S. TEODORESCO, « Corporate Reputation: Is your Most Strategic Asset at Risk? », CIRANO [en ligne], avril 2012. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet :

pertinent pour répondre au défi de l'effectivité du droit traditionnel. La RSE regroupe aujourd'hui un large éventail de pratiques classées selon trois types de facteurs : les facteurs environnementaux, sociaux et de gouvernance (critères dits « ESG »). En fin de compte, la RSE peut être perçue comme l'intégration par une entreprise des préoccupations environnementales, sociales et économiques et procède d'un authentique souci d'organiser la relation entre l'entreprise et les parties prenantes afin de lui permettre de continuer à opérer sur le terrain dans la durée¹⁶. La prise en considération des externalités négatives des entreprises et la reconnaissance des intérêts d'autres parties prenantes sont au fondement du concept de RSE, où la production de richesse est considérée avant tout comme une activité sociale¹⁷.

3. La RSE s'est imposée pour les entreprises¹⁸, ne serait-ce qu'en raison de ses effets positifs. Si la littérature sur le sujet est dense et donne lieu à diverses controverses¹⁹, les effets bénéfiques suivants peuvent être notés : l'accessibilité à de meilleures conditions de financement²⁰, l'amélioration du dialogue social et de l'intégration de l'entreprise dans son environnement immédiat, l'accroissement du degré de confiance des parties prenantes dans l'entreprise, la contribution à une meilleure image et communication, l'augmentation de sa notation extra-financière²¹. En parallèle de ces avantages, l'adoption d'un comportement RSE évite aussi plusieurs désagréments aux entreprises liés à l'édiction d'une future réglementation contraignante ou à la réalisation de risques (comme le risque judiciaire²²) porteurs de coûts qui pourraient affecter leur croissance, leur compétitivité ou leur rentabilité liés aux condamnations pour dommages environnementaux, pour des comportements sur les marchés (rétention ou défaillance de l'information, corruption...) ou pour des atteintes aux droits de l'Homme. « En clair,

<<http://www.cirano.qc.ca/pdf/publication/2012RB-01.pdf>> ; et plus ancien : C. FOMBRUN et C. VAN RIEL, « The Reputational Landscape » (1997) 1:2 5 ; G. BESSE, « À qui profite la responsabilité sociétale des entreprises (RSE) ? La responsabilité sociétale des entreprises peut-elle réguler les effets sociaux de la mondialisation ? » (2005) 11 *Droit social* 991.

¹⁶ P. HERBEL, « La responsabilité sociétale de l'entreprise en tant que vecteur pour faire avancer les droits de l'Homme par l'entreprise » (2013) 23 *Recueil Dalloz* 1570.

¹⁷ S. BENHAMOU, M.-A. DIAÏE, avec la collab de P. CRIFO, *Responsabilité sociale des entreprises et compétitivité : Évaluation et approche stratégique*, Paris, France Stratégie, 2016, p. 21.

¹⁸ K. DAVIS, « Can business afford to ignore social responsibilities? » (1960) 2:3 *California Management Review* 70.

¹⁹ Il en va ainsi de la performance de l'entreprise. Il existe plus d'une centaine d'études empiriques sur le lien entre RSE et performance économique. L'une des plus anciennes dates de 1972 : J. H. BRAGDON et J. A. T. MARLIN, « Is pollution profitable? » (1972) 19:4 *Risk Management* 9.

²⁰ Voir notamment : M. BENLEMLIH, « Corporate social responsibility and firm financing decisions: A literature review » (2017) 42 *Journal of Multinational Financial Management* 1 ; B. CHENG, I. IOANNOU et G. SERAFEIM, « Corporate social responsibility and access to finance » (2013) 35:1 *Strategic management journal* 1.

²¹ J.-P. DOM, *Responsabilité sociale des entreprises : Identifier les initiatives et les instruments de niveau européen capables d'améliorer l'efficacité juridique dans le champ de la responsabilité sociale des entreprises*, Étude, Bruxelles, Parlement Européen, 2012, p. 27.

²² O. DI IORIO et E. HERBRETEAU, *Responsabilité Sociale d'Entreprise : le coût des sanctions*, Paris, Vigeo-Eiris [en ligne], 2015. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <www.vigeo-eiris.com/wp-content/uploads/2016/10/2015_Related-Sanctions_FR.pdf?x9198>.

l'adoption d'un comportement socialement responsable permettrait d'acquérir des avantages et/ou d'éviter des inconvénients : *doing well by doing good* »²³.

4. L'objectif de cet article est de mettre en lumière l'une des stratégies contemporaines des États pour favoriser la RSE : l'utilisation du droit dur (ou « *hard law* ») ou de normes lui ressemblant de plus en plus²⁴. Si nous ne questionnons pas le point de savoir si les entreprises devraient ou non poursuivre une démarche de long terme, nous démontrons que le droit des sociétés par actions de plusieurs pays se transforme (avec une intensité variable) pour faire place à de nouvelles préoccupations. L'enjeu est de taille : « *From a company law perspective, the key challenge of such efforts is to reconcile considerations of long-termism and social or ecological interests with the fundamental purposes and objectives of companies* »²⁵. Longtemps porté par un objectif de rentabilité et vecteur d'une financiarisation de l'économie, ce droit (loi ou simplement projet) montre qu'il est animé d'une dynamique : donner corps au rôle sociétal de l'entreprise et reconnaître les intérêts des parties prenantes et leur contribution à la réussite à long terme de l'entreprise. Si le droit des sociétés le faisait déjà de manière « indirecte » (aux États-Unis par exemple, aucun tribunal n'a jamais sanctionné une décision d'affaires privilégiant les parties prenantes ou une démarche de RSE²⁶), il le fait aujourd'hui de manière « directe » en n'hésitant plus à se réformer et à faire l'objet de projets de loi ambitieux. Récemment, les professeurs Moslein et Sorensen ont relevé que : « *Legislators have increasingly intervened to encourage companies to pursue specific, predefined goals. Their intention has been to cultivate corporate conscience in order to incentivize companies to behave in socially responsible ways and to take long-term considerations into account* »²⁷. Au milieu des années 2000, le professeur

²³ I. CORBISIER, « L'innovation au regard des valeurs et finalités de l'entreprise et de sa responsabilité sociale : un regard européen » (2020) 53:1 *Revue juridique Thémis* 171, p. 189.

²⁴ Nous entendons le droit dur (ou « droit qui impose » [R. DE QUENAUDON, *op. cit.*, p. 60]) comme ayant une valeur juridique impérative et coercitive dotée d'une force contraignante forte. En comparaison, le droit souple (« *soft law* » ou « droit qui guide » [R. DE QUENAUDON, *ibid.*]) a une valeur juridique facultative et incitative et a une force contraignante variable (absente ou faible). Toutefois, cette dichotomie répond à une logique binaire qui bien que traditionnelle, peut se révéler artificielle dans le domaine de la RSE. « Les évolutions qu'a connues le concept de RSE depuis le début du millénaire conduisent à mettre en évidence une certaine complexité des relations *hard law/soft law*, plutôt qu'une opposition binaire » (A. DELMAS, *La RSE : une voie pour la transition économique, sociale et environnementale, avis du conseil économique, social et environnemental*, avis du Conseil économique, social et environnemental, 2013, p. 18). « [U]ne obligation de *hard law* n'est pas un pléonasme, une mesure de *soft law* contraignante n'est pas un contresens » (I. CADET, *Responsabilité sociale de l'entreprise (RSE), responsabilité éthique et utopies, Les fondements normatifs de la RSE, Étude de la place du droit dans les organisations*, thèse de gestion et management, Conservatoire national des arts et métiers – CNAM, 2014, 201, p. 65).

²⁵ (Nous soulignons) F. MOSLEIN et K. ENGSIG SORENSEN, « Nudging for Corporate Long-Termism and Sustainability: Regulatory Instruments from a Comparative and Functional Perspective », (2017) 24 *Colum. J. Eur. L.* 391, p. 393.

²⁶ J. E. FISCH, « Measuring Efficiency in Corporate Law: The Role of Shareholder Primacy », (2006) 31 *Journal of Corporate Law* 637, p. 651.

²⁷ (Nous soulignons) F. MOSLEIN et K. ENGSIG SORENSEN, « Nudging for Corporate Long-Termism and Sustainability: Regulatory Instruments from a Comparative and Functional Perspective », *loc. cit.*, p. 394.

Kent Greenfield avait déjà démontré que les parties prenantes faisaient l'objet d'une préoccupation certaine du législateur américain non seulement en droit des sociétés par actions, mais encore dans d'autres disciplines juridiques (tableau B). Mais les choses paraissent s'accélérer aujourd'hui et il y a une réception grandissante dans le droit dur des sociétés par actions lui-même de l'ensemble des préoccupations liées à la RSE.

Tableau B
Législation américaine de protection des parties prenantes²⁸

Stakeholders	Regulatory Focus		
	Results	Actions / Process	Structure
Shareholders	Limited Liability Profit-maximization norm Capital markets (Quasi-legal)	Duty of Care Duty of Loyalty Disclosure Law Anti-Fraud Law (10b-5) Insider trading law	Shareholder voting for directors Right to sue derivatively Right to vote on major corporate
Workers	Min wage OSHA	ERISA (limited protection); Tort / Wkrs' Comp Law Anti-discrimination law WARN Act Labor Law (limited)	
Community / Environment	*Command and control* statutes: EPA, CERCLA, CAA, CWA, etc.	Tort law WARN Act NEPA Planning/permitting Processes	
Customers	Contract law Consumer Safety law Regulatory protections (FAA, FDA, NHTSA, etc)	Anti-fraud law Tort law Anti-trust	
Creditors	Contract Law	Good faith in Contract / UCC Anti-fraud law Bankruptcy law	

5. La RSE a intégré le monde juridique depuis un moment déjà²⁹. À ce titre, elle est à l'origine d'une multiplicité d'outils (dont plusieurs sont encore embryonnaires) annonciateurs d'un système réglementaire en émergence³⁰. Il en va ainsi du droit souple³¹, qu'il s'agisse des textes internationaux (OCDE, OIT, normes ISO...), des codes de gouvernance nationaux quand ils existent, des codes de conduite ou des chartes

²⁸ K. GREENFIELD, « Debate: Saving the World with Corporate Law? », (2007-2008) 57:4 *Emory LJ* 947, p. 972.

²⁹ Sur cette rencontre du droit et de la RSE, voir : J.-Cl. JAVILLIER, « Responsabilité sociétale des entreprises et Droit : des synergies indispensables pour un développement durable » in J.-Cl. JAVILLIER (dir.), *Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises*, Genève, Institut international d'études sociales, 2007, 24 ; T. F. McINERNEY, « Putting regulation before responsibility: the limits of voluntary corporate social responsibility », (2005) 11-3 *Voices of Development Jurists* 1.

³⁰ C. GENDRON, A. LAPOINTE et M.-F. TURCOTTE, « Responsabilité sociale et régulation de l'entreprise mondialisée », (2004) 59-1 *Relations industrielles/Industrial* 73, p. 92.

³¹ CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple. Étude annuelle du Conseil d'État*, Paris, La documentation française, 2013.

éthiques³² qui compilent des engagements spontanés et volontaires³³ d'entreprises en matière écologique et sociale. Il est intéressant de relever l'évolution du discours de la Commission européenne à cet égard. En 2001, la Commission définissait la RSE comme « [...] un concept qui désigne l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes ». Cette définition révèle le caractère, tout d'abord, volontaire de la démarche RSE. Pour le droit dur, deux mondes se sont longtemps opposés : celui de la RSE, d'un côté, et celui du droit dur, d'un autre côté. Vis-à-vis du droit dur, le mouvement de saisine de la RSE est récent. La professeur Isabelle Corbisier résume bien le passage de la *soft* à la *hard law* : « L'évolution de la "soft" à la "hard law" résulte généralement d'un constat d'ineffectivité ou de la trop grande... mollesse de la contrainte introduite par la *soft law* »³⁴. Aussi, il est faux d'affirmer à l'heure actuelle que la RSE n'est pas du droit : c'est non seulement du droit souple, mais aussi – et de plus en plus – du droit dur.

6. Dans plusieurs pays, la loi combinée à la jurisprudence (auxquelles s'ajoutent des projets de loi) donne de la force à la RSE et démontre un mouvement inarrêtable de mondialisation³⁵. Au-delà de toute tradition juridique, le droit de la RSE devient progressivement plat pour paraphraser Thomas L. Friedman³⁶ :

- De nouvelles structures juridiques, qui portent la RSE dans leur ADN, intègrent le droit des sociétés par actions au travers de réformes législatives (I) ;
- Une redéfinition de l'intérêt social et une intégration grandissante dans les devoirs des administrateurs des préoccupations liées à la RSE et au long terme, ont lieu (II) ;
- Un nouveau devoir à la charge des entreprises émerge qui entend responsabiliser ces dernières. Même si elle est encore inégale selon les pays, la judiciarisation de la RSE³⁷ progresse et montre parallèlement le durcissement du droit (III) ;

³² I. RODIC, *Responsabilité sociale des entreprises : le développement du cadre européen*, Mémoire d'études approfondies en études européennes, Institut européen de l'Université de Genève, Genève, 2007, p. 62 ; B. M'ZALI, C. HERVIEUX, M. M'HAMDI, *Un regard croisé d'experts et chercheurs sur la RSE : d'un contexte global de pays émergents*, Montréal, JFD, 2017, p. 80.

³³ I. CADET, « Aspects juridiques de la responsabilité sociale » (2016) 53:1 *I2D – Information, données & documents* 37, p. 37.

³⁴ I. CORBISIER, « L'innovation au regard des valeurs et finalités de l'entreprise et de sa responsabilité sociale : un regard européen » (2020) 53:1 *Revue juridique Thémis* 171, p. 194.

³⁵ À la différence de la globalisation qui renvoie à un processus économique et à la métamorphose d'un capitalisme émancipé du cadre national et financiarisé, la mondialisation concerne davantage les registres social, culturel, environnemental et politique et évoque l'avènement d'un « territoire-monde » et d'une « société-monde » (É. TASSIN, « La mondialisation contre la globalisation : un point de vue cosmopolitique » (2012) 44:1 *Sociologie du cosmopolitisme* 143, § 2 et 4 et s). Les événements et les décisions survenant en un lieu de la planète retentissent plus ou moins intensément sur les individus et les collectivités vivant en d'autres lieux (H. BARTOLI cité dans : « Globalisation versus mondialisation » 112 *Sciences humaines* [en ligne], 2001. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <https://www.scienceshumaines.com/globalisation-versus-mondialisation_fr_1044.html>).

³⁶ T. L. FRIEDMAN, *The World is Flat*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2005.

³⁷ G. MARAIN, *La judiciarisation de la responsabilité sociétale des entreprises*, Aix-en-Provence, PUAM, 2016, coll. « Institut Droit des affaires ».

- La transparence est de plus en questionnée pour faire une place croissante aux données non financières et assurer leur crédibilité et comparabilité (IV).

I. Structure juridique : l'avènement de l'entreprise à mission³⁸

7. Les évolutions du droit dur de part et d'autre de l'Atlantique consacrent une organisation qui pousse les entreprises vers un idéal qui répond d'une manière équilibrée aux besoins financiers et sociaux : l'entreprise hybride ou à mission. Si les États-Unis (1), plusieurs pays européens et l'UE (2) ont avancé sur ce sujet (à des rythmes différents), le Canada paraît accuser du retard (3)³⁹. Loin d'un effet de mode, l'entreprise à mission est là pour rester d'autant que la pandémie mondiale constitue un puissant incitatif à son développement⁴⁰. Or, cette évolution juridique est d'importance, tant certains doutent que les entreprises lucratives traditionnelles puissent donner à la RSE toute sa portée en l'absence d'une consécration de l'entreprise à mission : « [...] *path dependence almost assures the continued dominance of shareholder primacy for the foreseeable future* »⁴¹.

³⁸ Cette partie ne détaille pas les formes juridiques spécifiques qui ont adopté le modèle de la coopérative, de la mutuelle, de l'association ou de la fondation et qui sont présentes depuis longtemps dans les États servant à l'analyse.

³⁹ Pour une comparaison des positions étatiques, voir : THOMSON REUTERS FOUNDATION, ORRICK et UNLTD, *Balancing purpose and profit. Legal mechanism to lock in social mission for "profit with purpose" businesses across the G8* [en ligne], 2014. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.trust.org/publications/i/?id=id3b4f99-2a65-49f9-9bco-39585bc52cac>> ; et la mise à jour effectuée en juin 2016 : THOMSON REUTERS FOUNDATION, ORRICK et UNLTD, *Balancing purpose and profit. Legal mechanism to lock in social mission for "profit with purpose" businesses across the G8. Addendum: Review of legal and policy developments since 2014* [en ligne], 2016. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet :

<<https://www.trust.org/publications/i/?id=2435372d-3e6d-42d7-a726-aife21cba400>>.

⁴⁰ J. M. SAIZ-ÁLVAREZ, A. VEGA, A. E. ACEVEDO DUQUE et D. CASTILLO, « B Corps: A Socioeconomic Approach for the COVID-19 Post-crisis » (2020) 11 *Frontiers in Psychology* 1 ; M. MOORE, « B Corps: A Socioeconomic Approach for the COVID-19 Post-crisis », *Fortune* [en ligne], 7 juillet 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://fortune.com/2020/07/07/danone-emmanuel-faber-b-corp-movement/>> ; S. MORRISON, « In an Economy Ravaged By COVID-19, B Corps Open a Door for Change », *Poole College of Management News* [en ligne], 1 juin 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://poole.ncsu.edu/news/2020/06/01/need-to-know-in-an-economy-ravaged-by-covid-19-b-corps-open-a-door-for-change/>> ; J. GALANG, « Do B Corps Treat Their Employees Better During Times Of Crisis? », *Future of Good* [en ligne], 14 avril 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet :

<<https://futureofgood.co/lessons-from-b-corps-about-supporting-employees-through-covid-19/>> ;

E. CHHABRA, « How This Pandemic Could Help Fix Capitalism », *Forbes* [en ligne], 30 avril 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet :

<<https://www.forbes.com/sites/eshachhabra/2020/04/30/how-this-pandemic-could-help-fix-capitalism/#2cod34a02d56>> ; A. PETERS, « How businesses could emerge better after COVID-19, according to B Lab », *Fast Company* [en ligne], 31 mars 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet :

<<https://www.fastcompany.com/90483730/how-businesses-could-emerge-better-after-covid-19-according-to-b-lab>>.

⁴¹ C. LIAO, « Limits to Corporate Reform and Alternative Legal Structures », in B. SJAFJELL et B. J. RICHARDSON (dir.), *Company Law and Sustainability. Legal Barriers and Opportunities*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 274, p. 276.

1. États-Unis : des lois à l'écho mondial

8. Alors que la certification *B Corp* délivrée par l'organisme à but non lucratif *B Lab* est apparue en 2006 aux États-Unis, il a fallu attendre 2010 pour que le législateur américain donne naissance aux premières formes sociales spécifiques. Celles-ci sont apparues dans les États du Maryland (avec la *Benefit Corporation*⁴²) et de la Californie (avec la *Flexible purpose corporation*⁴³ qui a changé de nom par la suite). Adoptée dans plus d'une trentaine d'États américains et en processus d'adoption dans d'autres, la *Benefit Corporation* a été la forme la plus médiatisée d'entreprise à mission. En 2013, c'est l'important État du Delaware lui-même qui a modifié son droit des sociétés par actions pour y inclure la *Public Benefit Corporation*⁴⁴.

9. Entreprise à finalité lucrative⁴⁵ à laquelle est adjointe une finalité sociale, la *Public Benefit Corporation* modifie la mission traditionnelle des sociétés commerciales. La *Public Benefit Corporation* a un double objectif : réaliser des profits et engendrer un bénéfice public général (et, possiblement, un ou plusieurs bénéfices sociaux spécifiques tels que la préservation de l'environnement, l'amélioration de la santé, la promotion des arts et des sciences...) en administrant l'entreprise de façon durable et responsable⁴⁶. Pour qu'une entreprise puisse se constituer en *Public Benefit Corporation*, elle doit inclure dans ses statuts au moins un apport positif ou une réduction d'effets négatifs sur une certaine catégorie de personnes, entités, communautés ou intérêts⁴⁷.

10. La *Public Benefit Corporation* remodèle le fonctionnement de l'entreprise :

- Les devoirs fiduciaires des administrateurs et des dirigeants sont assouplis. Les administrateurs doivent adopter un processus de décision organisationnelle qui évalue l'intérêt financier des actionnaires, l'intérêt des parties prenantes touchées et les considérations sociétales indiquées dans les statuts⁴⁸. Le non-respect de la prise en compte des effets de leurs décisions sur les actionnaires, les salariés, les clients, les tiers, l'environnement tant local que global, etc. ou de la réalisation du but d'intérêt public poursuivi par la société peut donner lieu à un recours judiciaire. Depuis la loi n° 341 du 16 juillet 2020⁴⁹, un tel recours doit être intenté par des plaignants qui « [...] own

⁴² *Senate Bill 690*, ch. 97 (Maryland).

⁴³ *Senate Bill 201*, ch. 740 (Californie) [en ligne], 2011. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <http://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201120120SB201>.

⁴⁴ *Senate Bill n° 47* (Delaware), 147th General Assembly, 17 juillet 2013.

⁴⁵ Del. Code. Ann. Tit. 8, § 362 (a).

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Del. Code. Ann. Tit. 8, § 362 (a)(1)-(2).

⁴⁸ Del. Code. Ann. Tit. 8, § 362 (a) et § 365 (a).

⁴⁹ *House Bill n° 341* (Delaware), 150th General Assembly [en ligne], 16 juillet 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://legiscan.com/DE/text/HB341/2019>>. Voir : C. POSNER, « Will there be a renewed interest in IPOs of public benefit corporations? », *Colley PubCo* [en ligne], 22 juin 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://cooleypubco.com/2020/06/22/ipos-public-benefit-corporations/>>.

individually or collectively, as of the date of instituting such action, at least 2 % of the corporation's outstanding shares or, in the case of a corporation with shares listed on a national securities exchange, the lesser of such percentage or shares of the corporation with a market value of at least \$2,000,000 as of the date the action is instituted »⁵⁰. La loi du 16 juillet 2020⁵¹ renforce aussi la protection des administrateurs, puisque ces derniers ne sont plus considérés comme « intéressés » en raison de leur détention d'actions de la société, sauf si une telle propriété créait un conflit d'intérêts au cas où la société ne serait pas une *Public Benefit Corporation*. En l'absence de conflit d'intérêts, le non-respect de l'exigence d'équilibrage des intérêts ne constitue pas un acte de mauvaise foi ou une violation du devoir de loyauté, sauf si les statuts le prévoient.

- En matière de gouvernance, le dispositif réglementaire de la *Public Benefit Corporation* comporte une règle de majorité renforcée pour la prise de certaines décisions. Il en va ainsi en cas de changement des bénéfices spécifiques prévus dans les statuts ou de modifications relativement à la fréquence, à la publicité et à l'évaluation du rapport sur les bénéfices. Depuis la loi n° 341 du 16 juillet 2020⁵², la conversion en *Public Benefit Corporation* d'une société par actions traditionnelle⁵³ (et réciproquement) et la fusion convertissant les actions d'une société par actions traditionnelle en actions d'une *Public Benefit Corporation* (et réciproquement) ne sont plus soumises à une majorité des deux tiers⁵⁴.

- Les exigences de transparence sont renforcées. En complément du rapport annuel classique, les administrateurs doivent produire un rapport au moins une fois tous les deux ans. Ce rapport détaille les actions prises pour respecter les engagements inscrits dans les statuts, le résultat des actions menées et d'autres informations indiquées dans la législation. Ce rapport doit respecter le standard de référence choisi par l'entreprise et contenir une évaluation de l'effet sur les intérêts de ceux qui sont affectés, de manière importante, par la conduite de la société et tout avantage public spécifique. À travers une indication expresse figurant dans les statuts, il est toutefois possible d'exiger la publication du rapport sur une base plus fréquente⁵⁵, de le rendre public⁵⁶, ou encore de prévoir une évaluation par une tierce partie⁵⁷.

2. Union européenne : un monde en mouvement

11. Plusieurs pays européens ont fait également place à de nouvelles organisations alliant objectif lucratif et sociétal. Ces pays ont tantôt consacré une forme sociale à part

⁵⁰ Del. Code. Ann. Tit. 8, § 367.

⁵¹ *House Bill n° 341* (Delaware), *loc. cit.*

⁵² *Ibid.*

⁵³ La réforme de juillet 2020 élimine les droits d'évaluation dans cette hypothèse.

⁵⁴ Del. Code. Ann. Tit. 8, § 363.

⁵⁵ Del. Code. Ann. Tit. 8, § 366 (c)(1).

⁵⁶ Del. Code. Ann. Tit. 8, § 366 (c)(2).

⁵⁷ Del. Code. Ann. Tit. 8, § 366.

entière (Angleterre, Italie⁵⁸), tantôt intégré l'idée de l'entreprise à mission sans recourir à une structure juridique particulière (France⁵⁹). Ce dernier choix est celui des instances de l'Union européenne.

12. Historiquement, le plus ancien modèle – et le plus robuste d'Europe⁶⁰ – est celui de la Grande-Bretagne avec la *Community Interest Company* (ci-après « CIC »). La CIC est une forme juridique spécifique du droit des sociétés à visée lucrative au Royaume-Uni. Elle « [...] est une structure pensée pour les besoins du secteur de l'économie sociale et des organisations à but social souhaitant fonctionner comme des sociétés »⁶¹. Le statut de CIC a trois conséquences :

- Les actifs détenus par la société afin d'assurer qu'ils soient destinés au bien-être de la communauté ;
- Des restrictions s'appliquent aux paiements de dividendes et d'intérêts versés aux actionnaires et aux bailleurs de fonds pour s'assurer que le principal objectif demeure la réalisation d'avantages pour la collectivité. En dépit de ces conséquences, la distribution de dividendes est possible. Toutefois, la CIC doit respecter un plafonnement de 35 % du total des bénéfices totaux de la société ;
- Les CIC sont placées sous le contrôle d'une autorité de régulation indépendante : l'*Office of the Regulator of Community Interest Companies*.

Jusqu'à récemment, l'Italie avait uniquement adopté un régime spécial sur l'entreprise sociale entré en vigueur avec les mesures d'application prises le 24 mars 2006 sans consacrer toutefois un statut particulier. Mais avec la loi n° 28 du 28 décembre 2015 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016⁶², l'Italie a fait place à une entreprise à mission dotée de règles particulières s'inspirant largement de la *Benefit*

⁵⁸ Dans un contexte en effervescence, la Belgique, qui est le premier pays européen à avoir légiféré dans le domaine avec une loi du 13 avril 1995 créant la société à finalité sociale (article 661 du Code belge des sociétés), a fait étonnement disparaître cette forme de société dans sa plus récente réforme récente du droit des sociétés (*Loi n° 2019/040586 du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses*, M. B., 4 avril 2019, 33239).

⁵⁹ En plus de la France présentée ci-dessous, peuvent être signalés l'Allemagne ou le Luxembourg avec sa « société d'impact sociétal » entrée en vigueur en décembre 2016 (*Loi du 12 décembre 2016 portant création des sociétés d'impact sociétal* [en ligne], 2016. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2016/12/12/n1/jo>>).

⁶⁰ R. T. ESPOSITO, « The Social Enterprise Revolution in Corporate Law: A Primer on Emerging Corporate Entities in Europe and the United States and the Case for the Benefit Corporation », (2013) 4:2 *William & Mary Business Law Review* 639, p. 674.

⁶¹ COMMISSION AD HOC, « Le rôle sociétal de l'entreprise : Éléments de réflexion pour une réforme », *loc. cit.*, p. 116 et s.

⁶² *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato* (Legge di stabilità 2016). Pour une présentation en anglais de la loi sur la société benefit, voir : *Società Benefit* [en ligne], 2016. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <www.societabenefit.net/wp-content/uploads/2017/03/Italian-benefit-corporation-legislation-courtesy-translation-final.pdf>.

corporation américaine : la *società benefit*⁶³. Les entreprises qui adoptent cette forme doivent mentionner dans leurs statuts un ou plusieurs buts de bénéfice commun ayant un ou plusieurs effets positifs, ou la réduction d'effets négatifs, sur une ou plusieurs des catégories suivantes : personnes, communautés, territoires et environnement, biens et activités culturelles et sociales, organisations, associations et autres porteurs d'intérêts. Elles doivent opérer « de manière responsable, durable et transparente ». La qualité d'entreprise à mission de la *società benefit* fait l'objet d'une déclaration au registre. De plus, la gestion de la *società benefit* doit permettre d'équilibrer l'intérêt des actionnaires, des parties prenantes et les finalités sociales. Une ou des personnes (« gestionnaire d'impact ») se voient alors confier la mission de poursuivre les objectifs de bénéfice commun et d'assurer un *reporting* complet et transparent des activités. À défaut de poursuivre leur mission ou de gérer l'entreprise de manière équilibrée, les dispositions du Code civil italien sur la responsabilité des dirigeants s'appliquent. De plus, l'entreprise à mission peut être sanctionnée sur le fondement de la publicité mensongère ou des règles de droit de la consommation. Chaque année, la *società benefit* doit produire un rapport d'impact certifié par un tiers indépendant qui est disponible en ligne et qui est joint au rapport financier.

13. En dépit de plusieurs évolutions législatives depuis le début des années 2000⁶⁴, la France a franchi une étape en adoptant la loi PACTE et en donnant naissance à la « société à mission ». D'une part, il est désormais possible pour toute société d'énoncer une raison d'être⁶⁵. L'entreprise à mission est alors facultative. L'article 169 de la loi PACTE modifie en ce sens l'article 1835 du Code civil en prévoyant que : « les statuts peuvent préciser une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité ». L'exposé des motifs de la loi PACTE reprenant *in extenso* les termes du rapport *Notat-Sénard* définit la raison d'être comme « l'expression de ce qui est indispensable pour remplir l'objet social ». Elle est le projet d'entreprise sur le long terme imprégné de valeurs qui renvoient à des préoccupations d'intérêt général⁶⁶. La méconnaissance de la raison d'être constitue une violation des statuts de nature à engager la responsabilité des

⁶³ G. CASTELLANI, D. DE ROSSI, L. MAGRASSI et A. RAMPA, « Le Società Benefit (Parte II) », *Fondazione Nazionale Commercialisti* [en ligne], 29 juillet 2016. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.fondazionenazionalecommercialisti.it/node/1078>> ; C. BAUCO, G. CASTELLANI, D. DE ROSSI et L. MAGRASSI, « Società Benefit (Parte III) », *Fondazione Nazionale Commercialisti* [en ligne], 30 janvier 2017. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.fondazionenazionalecommercialisti.it/node/1194>>.

⁶⁴ I. TCHOTOURIAN et M. MORTEO, avec la collab de K. MORIN, *L'entreprise à mission sociétale : Analyse critique et comparative du modèle*, Cowansville, Yvon Blais, 2019, p. 54 et s, § 33 et s.

⁶⁵ I. URBAIN-PARLEANI, « L'article 1835 et la raison d'être » (2019) 10 *Revue des sociétés* 575. Le Conseil d'État a fait remarquer à ce propos que ce n'était pas aussi nouveau que les porteurs du projet de loi voulaient le faire entendre : Conseil d'État, *Avis sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises* [en ligne], 14 juin 2018, p. 39, § 106. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.conseil-etat.fr/ressources/avis-aux-pouvoirs-publics/derniers-avis-publies/projet-de-loi-relatif-a-la-croissance-et-la-transformation-des-entreprises>>.

⁶⁶ I. URBAIN-PARLEANI, « La raison d'être des sociétés dans le projet de loi pacte du 19 juin 2018 » (2018) 11 *Revue des sociétés* 623, p. 626, § 16.

administrateurs ou des dirigeants à l'égard de la société et des associés⁶⁷. D'autre part, les entreprises – de quelque forme commerciale qu'elles soient⁶⁸ – ont aujourd'hui la possibilité de se transformer en société à mission⁶⁹, « [...] en jouant la logique de la "raison d'être" jusqu'au bout »⁷⁰. L'article 176 de la loi PACTE a introduit trois nouveaux articles dans le Code de commerce qui viennent encadrer le contrôle de ce nouveau statut de société à mission⁷¹ qui ne constitue pas une forme sociale à part entière. Les articles L. 210-10 à L. 210-12 du Code de commerce prévoient ainsi qu'une société peut faire publiquement état de sa qualité de société à mission si ses statuts prévoient une raison d'être ; précisent un ou des objectifs environnementaux et/ou sociaux à atteindre ; indiquent les modalités du suivi de l'exécution des missions ; et si la qualité de société à mission fait l'objet d'une déclaration au greffe du tribunal de commerce qui la publie au registre du commerce et des sociétés (RCS)⁷². La loi PACTE instaure deux mécanismes pour garantir la poursuite des objectifs environnementaux et/ou sociaux et l'effectivité du dispositif⁷³ (un contrôle interne et un contrôle externe) :

- Le contrôle interne se fait au travers du suivi des objectifs environnementaux et/ou sociaux par un comité de mission composé d'au moins un salarié (ou, pour les entreprises de moins de 50 salariés, un référent de mission qui peut être un salarié) qui établit un document de suivi de l'exécution des missions qui est joint au rapport de gestion annuel et présenté en assemblée. Ce comité procède à toute vérification qu'il juge opportune et se fait communiquer tout document nécessaire au suivi de l'exécution de la mission⁷⁴ ;

- Le contrôle externe se fait au travers du suivi des objectifs environnementaux et/ou sociaux par un organisme tiers indépendant. Ce contrôle externe a été précisé dans

⁶⁷ Art. L. 223-22 et L. 225-251 C. com. Pour les tiers, une telle action est plus difficile en raison de la condition de la faute détachable des fonctions qu'impose la jurisprudence. Voir : F.-D. POITRINAL, avec la collab. de B. BRIGNON, *La révolution contractuelle du droit des sociétés. Acte 2 : vers l'entreprise citoyenne*, Paris, RB Édition, 2019, p. 265, § 260.

⁶⁸ F.-D. POITRINAL, avec la collab. de B. BRIGNON, *op. cit.*, p. 267, § 260 bis.

⁶⁹ BPI FRANCE, « La qualité de "société à mission" » [en ligne], février 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://bpifrance-creation.fr/encyclopedie/structures-juridiques/choix-du-statut-generalites/qualite-societe-a-mission>>.

⁷⁰ E. DAOUD, « Loi Pacte, raison d'être, et société à mission : comment passer à la pratique ? », *Éditions législatives* [en ligne], 23 janvier 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.editions-legislatives.fr/actualite/loi-pacte-raison-d%E2%80%99etre-et-societe-a-mission-comment-passer-a-la-pratique>>.

⁷¹ R. MORTIER, « La société à mission en France et dans le monde » (2019) 172 *Journal des sociétés* 17 ; F. LARONZE, « Introduction » Conférence "L'entreprise à mission" : Réflexions sur le projet de loi PACTE, 2 mai 2019, *France Stratégie*, 2019, p. 15 ; E. MASSET, « Vers la société à mission ? » (2018) 11 *Revue des sociétés* 635.

⁷² Art. L. 210-10 5° C. com.

⁷³ Sur la base de l'article L. 210-11 du Code de commerce, une entreprise peut perdre son statut d'entreprise à mission.

⁷⁴ Art. L. 210-10 3° C. com.

le décret n° 2020-1 du 2 janvier 2020⁷⁵. Tout d'abord, l'organisme tiers indépendant doit être accrédité par le COFRAC⁷⁶. Il est désigné au sein de la société à mission par son organe en charge de la gestion, pour une durée initiale qui ne peut excéder six exercices⁷⁷. La désignation est renouvelable dans la limite d'une durée totale de douze exercices. L'organisme tiers indépendant réalise les diligences suivantes. Il procède, **tous les deux ans, à la vérification de l'exécution des objectifs sociaux et environnementaux** que la société se donne pour mission de poursuivre dans le cadre de son activité. La première vérification doit avoir lieu dans les 18 mois suivant la publication de la déclaration de la qualité de société à mission au RCS⁷⁸. Pour les entreprises de moins de 50 salariés permanents ne comportant pas de comité de mission, la première vérification a lieu dans les **24 mois** suivant cette publication⁷⁹. Après avoir procédé à toutes les vérifications utiles⁸⁰, sur place ou sur pièces, l'organisme tiers rend **un avis motivé** qui retrace les diligences qu'il a mises en œuvre et indiquera si la société respecte ou non les objectifs fixés⁸¹. Le cas échéant, il mentionne les raisons pour lesquelles, selon lui, les objectifs n'ont pas été atteints ou pour lesquelles il lui a été impossible de parvenir à une conclusion. L'avis de l'organisme tiers indépendant est joint au rapport établi par le comité de mission et publié sur le site internet de la société⁸². Il demeure ensuite accessible publiquement au moins pendant cinq ans⁸³.

14. Au niveau européen, le Parlement a publié une résolution le 5 juillet 2018 qui recommande de créer un « label européen de l'économie sociale » – indépendant de la forme juridique choisie dans le cadre de leur législation nationale – qui devrait être attribué aux entreprises qui remplissent de manière cumulative les critères suivants :

« a) l'organisation devrait être une entité de droit privé, établie sous l'une des formes juridiques existant dans les États membres et relevant du droit de l'Union, et devrait être indépendante de l'État et des autorités publiques ;

b) elle doit avoir un *but essentiellement tourné vers l'intérêt général ou l'utilité publique* ;

c) elle devrait *mener essentiellement une activité d'utilité sociale et solidaire*, c'est-à-dire avoir pour objectif, à travers ses activités, d'apporter un soutien à des personnes en situation vulnérable, de lutter contre les exclusions sociales, les inégalités et les

⁷⁵ Ce décret s'intéresse aussi aux modalités de publicité de la qualité de société à mission. La mention « société à mission » apparaît au RCS ou au répertoire SIRENE (articles R. 123-53 et R. 123-222 C. com.). Les nouvelles sociétés ou les sociétés existantes qui souhaiteraient faire état de la qualité de société à mission devront le préciser dans leur demande d'immatriculation ou d'inscription modificative.

⁷⁶ Art. R. 210-21 I C. com.

⁷⁷ Art. R. 210-21 II C. com.

⁷⁸ Art. R. 210-21 II al. 2 C. com.

⁷⁹ Art. R. 210-21 II al. 3 C. com.

⁸⁰ Art. R. 210-21 III al. 1 C. com.

⁸¹ Art. R. 210-21 III al. 3 C. com.

⁸² Art. L. 210-10 4° et R. 210-21 C. com.

⁸³ Art. R. 210-21 IV C. com.

violations des droits fondamentaux, y compris à l'échelle internationale, ou de concourir à la protection de l'environnement, de la biodiversité, du climat et des ressources naturelles ;

d) elle devrait être soumise à des *restrictions au moins partielles en matière de distribution de ses bénéfices*, ainsi qu'à des *règles particulières de répartition de ses bénéfices et de ses actifs durant toute sa vie*, y compris au moment de sa dissolution ; dans tous les cas, la majeure partie des bénéfices réalisés par l'entreprise devraient être réinvestis ou utilisés d'une autre manière pour la réalisation de sa finalité sociale ;

e) elle devrait être *dirigée conformément à un modèle de gouvernance démocratique*, qui associe ses employés, ses clients et les parties prenantes concernées par ses activités ; le poids et les compétences de ses membres dans la prise de décisions ne peuvent reposer sur les capitaux qu'ils pourraient éventuellement détenir »⁸⁴.

Si la Commission n'a pas bougé depuis, cette résolution est en droite ligne de plusieurs autres positions⁸⁵ cherchant à avancer vers une meilleure reconnaissance de la notion d'« entreprise de l'économie sociale et solidaire » par la création d'une définition juridique de base.

3. *Canada : l'innovation d'une province*⁸⁶

15. Le Canada est peu avancé sur le thème de l'entreprise à mission, du moins en va-t-il ainsi de l'échelon fédéral. À part deux comités qui ont fait allusion en 2009 à cette entreprise⁸⁷, seule une consultation d'Industrie Canada lancée en 2013 est à signaler. Dans ce document, Industrie Canada a consacré un des dix chapitres de son document spécifiquement à la structure de constitution en société pour les entreprises socialement responsables⁸⁸. À cette occasion, Industrie Canada a cherché à savoir si les dispositions de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (ci-après « LCSA ») devaient être modifiées pour permettre la création d'entreprises socialement responsables ou pour appuyer le développement de ces entreprises. Dans ce cadre, le Comité a recommandé

⁸⁴ (Nous soulignons) CE, PARLEMENT EUROPEEN, *Résolution du Parlement européen du 5 juillet 2018 contenant des recommandations à la Commission relatives à un statut pour les entreprises de l'économie sociale et solidaire*, 2016/2237(INL), recommandation 1, Annexe.

⁸⁵ Voir par exemple : CE, PARLEMENT EUROPEEN, *Résolution du Parlement européen du 10 septembre 2015 sur l'entrepreneuriat social et l'innovation sociale dans la lutte contre le chômage*, 2014/2236(INI) ; CE, PARLEMENT EUROPEEN, *Résolution du Parlement européen du 20 novembre 2012 relatif à l'Initiative pour l'entrepreneuriat social – Construire un écosystème pour promouvoir les entreprises sociales au cœur de l'économie et de l'innovation sociales*, 2012/2004(INI) ; CE, PARLEMENT EUROPEEN, *Résolution du Parlement européen du 19 février 2009 sur l'économie sociale*, 2008/2250(INI).

⁸⁶ Pour plus de détails, voir : I. TCHOTOURIAN, « Légiférer sur l'article 1832 du Code civil : une avenue pertinente pour la RSE ? Expérience canadienne » (2018) 4 *Revue des sociétés* 211.

⁸⁷ I. TCHOTOURIAN et M. MORTEO, avec la collab. de K. MORIN, *op. cit.*, p. 73, § 51.

⁸⁸ Canada, DIRECTION DE L'ENTREPRISE, DE LA CONCURRENCE ET DE L'INSOLVABILITE, « Consultation sur la Loi canadienne sur les sociétés par actions », Ottawa, Industrie Canada, 2013.

de tenir des consultations au sujet des entreprises socialement responsables et notamment de pousser la réflexion sur la constitution d'entreprises hybrides (entités à but lucratif et sans but lucratif) conformément à la LCSA⁸⁹.

16. L'entreprise à mission est à chercher du côté de deux provinces : la Nouvelle-Écosse et, surtout, la Colombie-Britannique⁹⁰. Avec son projet de loi 153 (*Nova Scotia's Bill 153*) aussi connu sous le nom de *Community Interest Companies Act* de 2012 entré en vigueur le 15 juin 2016⁹¹, la Nouvelle-Écosse a adopté la *Community Interest Company* qu'elle a soumis à un organisme de réglementation gouvernemental qui a le pouvoir de déterminer si une société est admissible à la désignation de *Community Interest Company* au moment de sa constitution et de surveiller le respect permanent des obligations auxquelles elle est tenue. De son côté, la Colombie-Britannique a adopté deux lois en quelques années pour modifier son *Business Corporation Act* (ci-après « BCA »). Elle propose aujourd'hui deux structures juridiques spécifiques. D'une part, elle offre aux entrepreneurs une forme originale depuis le 29 juillet 2013 avec la *Community Contribution Company* (société à contribution communautaire ou « C3 »)⁹². Ce sont les articles 51.91 à 51.99 (partie 2.2 du BCA) qui prévoient les règles pour l'incorporation de la C3. La C3 a plusieurs caractéristiques majeures :

⁸⁹ Dans sa contribution à la consultation, le Barreau canadien a demandé au gouvernement canadien de changer la loi pour permettre l'adoption d'une *Benefit Corporation* (CHARITIES AND NOT-FOR-PROFIT LAW, BUSINESS LAW, INTERNATIONAL LAW SECTIONS, EQUALITY COMMITTEE AND CANADIAN CORPORATE COUNSEL ASSOCIATION OF THE CANADIAN BAR ASSOCIATION, *Canada Business Corporations Act*, Association du Barreau canadien [en ligne], 2014. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <[https://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/vwapj/Canadian_Bar_Association.pdf/\\$FILE/Canadian_Bar_Association.pdf](https://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/vwapj/Canadian_Bar_Association.pdf/$FILE/Canadian_Bar_Association.pdf)>).

⁹⁰ C. LIAO, « A Critical Canadian Perspective on the Benefit Corporation » (2017) 40 *Seattle U.L. Rev.* 683 ; A. DROST, S. CONSEDINE et I. CESCUTTI, « Comprendre les *benefit corporations* et leur potentiel au Québec » in S.F.C.B.Q., vol. 435, *Développements récents en droit des affaires*, Montréal, Yvon Blais, 2017, 185, p. 13 (PDF) (EYB2017DEV2531).

⁹¹ *Community Interest Companies Act*, Bill 153 (sanctionné – 6 décembre 2012), 4^e sess., 61^e légis. (N.- É.)

⁹² D. C. K. TANG, « Community Contribution Companies: Canada's First Purpose-Built Social Enterprise or Social Entrepreneurship Organizational Structure », *Lexology* [en ligne], 15 mars 2013. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=617db581-566d-4e73-866f-ade94c7ea1ed>>.

- L'importance d'un objectif communautaire⁹³ ;
- La restriction au versement de dividendes à hauteur de 40 % de ses profits pour l'exercice et de tout montant de dividendes non utilisés au cours d'un exercice précédent⁹⁴ ;
- Le verrouillage des actifs au moment de la dissolution⁹⁵ ;
- L'obligation d'avoir trois administrateurs⁹⁶ ;
- La publication d'un rapport annuel accessible au public sur l'apport à la collectivité qui décrit ses activités⁹⁷.

D'autre part, depuis le 30 juin 2020, la *Benefit Company* (ou « société d'intérêt social ») a été introduite en Colombie-Britannique⁹⁸. Elle ne constitue ni plus ni moins qu'une *Benefit Corporation* étatsunienne. À la différence de la C3, aucune restriction au versement des dividendes et aucun verrouillage des actifs ne sont prévus. Une *Benefit Company* est une société à but lucratif qui s'engage, au moyen d'une déclaration d'intérêt social (« *benefit statement* ») et d'une disposition relative à l'intérêt social (« *benefit provision* ») à exercer ses activités de manière responsable et durable, et à promouvoir un ou plusieurs intérêts publics. Le BCA prévoit qu'une société d'intérêt public exerce ses activités de « façon responsable et durable » si elle tient compte du bien-être des personnes touchées par les activités de la société d'intérêt public et si elle s'efforce d'utiliser une part équitable et proportionnée des ressources et capacités environnementales, sociales et économiques disponibles. Toute société peut devenir une *Benefit Company* en incorporant la déclaration d'intérêt social et la disposition relative à l'intérêt social dans ses statuts, auxquels les actionnaires consentent par résolution spéciale. À l'inverse, une *Benefit Company* peut cesser de l'être en retirant la déclaration d'intérêt social et la disposition relative à l'intérêt social de ses statuts, avec une résolution spéciale des actionnaires. Les actionnaires qui s'opposeraient pourraient exercer leur droit à la dissidence et, en cas d'adoption de la mesure, faire racheter leurs actions à leur juste valeur. En plus d'être tenus à une obligation fiduciaire au titre de laquelle ils doivent agir avec intégrité et de bonne foi, au mieux des intérêts de la société⁹⁹, les administrateurs et les dirigeants doivent agir honnêtement et de bonne foi

⁹³ *Business Corporations Act*, S.B.C. 2002, c 57, art. 51.91 et 51.92.

⁹⁴ *Business Corporations Act*, S.B.C. 2002, c 57, art. 51.94.

⁹⁵ *Business Corporations Act*, S.B.C. 2002, c 57, art. 51.931.

⁹⁶ *Business Corporations Act*, S.B.C. 2002, c 57, art. 51.93(1).

⁹⁷ *Business Corporations Act*, S.B.C. 2002, c 57, art. 51.96.

⁹⁸ T. R. SCOTT et A. MACDOUGALL, « La Colombie-Britannique introduit la "société d'intérêt social" (*benefit company*) dans sa législation », *CAIJ* [en ligne], 17 juin 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://edoctrine.caij.qc.ca/publications-cabinets/osler/2020/a121867/fr/id39959fi-98eq-4116-97d8-18ag8adc96oc/>>.

⁹⁹ *Business Corporations Act*, S.B.C. 2002, c 57, art. 142(1)a).

de sorte que l'entreprise exerce ses activités de manière responsable et durable et fasse la promotion des intérêts publics inscrits aux statuts de la société ; et maintenir l'équilibre entre cette obligation et l'obligation fiduciaire¹⁰⁰. Les administrateurs et les dirigeants se voient accorder une protection :

- Dès lors qu'ils agissent conformément aux obligations de la *Benefit Company*, ils sont censés respecter leurs obligations d'agir dans l'intérêt supérieur de la société ;

- Ils n'ont aucune obligation vis-à-vis des personnes dont le bien-être pourrait être affecté par les activités de la société ou qui ont un intérêt public énoncé dans ses statuts, et aucun recours ne peut être intenté contre eux. Seul un actionnaire détenant, au total, au moins 2 % des actions émises de la société ou, dans le cas d'une société cotée, 2 % des actions émises ou des actions émises dont la juste valeur marchande se chiffre à 2 000 000 \$ au moins, si ce montant est moins élevé peut intenter un tel recours¹⁰¹.

Enfin, la *Benefit Company* doit produire un rapport annuel des avantages qui comporte une évaluation des résultats en matière d'intérêts publics de la société selon une norme établie par une tierce partie. Les normes tierces peuvent notamment comprendre celles de la certification *B Corp*, de la *Global Reporting Initiative* et du *Sustainability Accounting Standards Board*. Les *Benefit company* conservent leurs rapports des avantages à leur siège social et doivent les publier sur leur site Web (si elles en ont un).

II. Intérêt social : le long chemin de son ouverture

17. Pour ouvrir l'intérêt social et les devoirs des administrateurs aux préoccupations de RSE¹⁰², certains pays ont fait évoluer leur loi des sociétés par actions (Angleterre,

¹⁰⁰ *Business Corporations Act*, S.B.C. 2002, c 57, art. 51.993(1)a).

¹⁰¹ *Business Corporations Act*, S.B.C. 2002, c 57, art. 51.993(4).

¹⁰² Ils en sont des vecteurs : Y. DE CORDT, *L'intérêt social comme vecteur de la responsabilité sociale*, Louvain-La-Neuve, Bruylant, 2008.

France¹⁰³, Canada)¹⁰⁴ et d'autres s'appuient sur les juges (notamment aux États-Unis¹⁰⁵). Le droit souple est d'ailleurs en droite ligne, ce que confirme une étude montrant que les enjeux de RSE sont de plus en plus intégrés dans les missions et responsabilités du conseil d'administration énoncées dans les codes européens de gouvernance¹⁰⁶ et les prises de position récentes du *Business Roundtable* ou du Forum économique mondial.

1. Angleterre : la divulgation renforcée autour de l'article 172

18. Le *Companies Act de 2006* est entré en vigueur en 2009 et a mis en place de nouvelles dispositions imprégnées de principes de *common law* concernant les devoirs

¹⁰³ Au niveau européen, la signification de l'intérêt social est source de discussions. Dès 2003, une communication de la Commission européenne sur la modernisation du droit des sociétés a affirmé que le rôle des administrateurs indépendants n'était pas uniquement de privilégier la valeur actionnariale, et qu'il importait d'assurer une protection adéquate des tiers afin de protéger les intérêts des actionnaires et des parties prenantes (CE, COMMISSION EUROPEENNE, *Communication de la Commission européenne au Conseil et au Parlement européen. Modernisation du droit des sociétés et renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne : Un plan pour avancer*, COM (2003)/0264 final, 2003). Par la suite, une partie des États membres a progressivement intégré la prise en compte de parties prenantes dans leur droit national. Un guide publié en 2015 le souligne : « The role of stakeholders (employees, financiers, suppliers, local communities, and government) varies considerably across companies, sectors, and countries. In some European countries, the rights of stakeholders are enshrined in company law or other related legislation, such as codetermination and employment-protection legislation. By contrast, companies in other countries have a tradition of focusing more narrowly on the interests of shareholders » ([nous soulignons] IFC et ECODA, *A Guide to Corporate Governance Practices in the European Union*, International Finance Corporation, Washington DC, 2015, p. xii).

¹⁰⁴ L'Inde peut être ajoutée à cette liste (M. NANIWADEKAR et U. VAROTTIL, « The Stakeholder Approach Towards Directors' Duties Under Indian Company Law: A Comparative Analysis » (2016) NUS Document de travail n° 2016/006, NUS Centre for Law & Business Document de travail n° 16/03). Modifié en 2013, son droit des sociétés par actions prévoit dans l'article 166(2) que : « A director of a company shall act in good faith in order to promote the objects of the company for the benefit of its members as a whole, and in the best interests of the company, its employees, the shareholders, the community and for the protection of environment » (nous soulignons). La justification de cette rédaction et son lien avec la RSE a été explicitée par le *Parliamentary Standing Committee on Finance* comme suit : « The Committee welcome the proposed changes with regard to the duties of a director to promote the objects of the company in the best interests of its employees, the community and the environment as well, particularly in the backdrop of Corporate Social Responsibility, which is proposed to be included in this statute... » (STANDING COMMITTEE ON FINANCE (2009-2010) (Fifteenth Lok Sabha), *Twenty-first Report, The Companies Bill, 2009* (Ministry of Corporate Affairs), Lok Sabha Secretariat, New Delhi [en ligne], 31 août 2010, § 11.80. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<http://www.prsindia.org/uploads/media/Companies%20Bill%202009.pdf>>).

¹⁰⁵ Pour la jurisprudence australienne, voir les décisions suivantes considérant que le devoir de loyauté des administrateurs s'adresse à l'ensemble de la société : *The Bell Group Ltd. (in liq) v. Westpac Banking Corporation*, [2008] WASC 239 au para 4394, conf. par [2012] WASCA 157 ; *Yukong Line Ltd. v. Rendsburg Investments Corporation*, [1998] 1 W.L.R. 294 ; *Darvall v. North Sydney Brick & Tile Co. Ltd.*, (1987) 16 NSWLR 212, 12 ACLR 537, 6 ACLC 154, p. 239 et s. ; *Kinsela v. Russell Kinsela PTY Ltd.*, [1986] 4 N.S.W.L.R. 722, p. 732 (Aus. F.C.) ; *Nicholson v. Permakraft (NZ) Ltd.*, [1985] 1 N.Z.L.R. 242, p. 249 et s. (N.Z.C.A.) ; *Walker v. Wimborne*, (1976) 137 CL.R 1 (HCA), p. 6 et s. En Belgique, dans l'affaire dite « Fortis », alors que la décision d'appel consacre la primauté des actionnaires sur tout autre intérêt, la décision de première instance se montrait plus ouverte pour prendre en compte les différents intérêts en présence quant à la décision de bloquer la vente de la participation de l'État dans la banque *Fortis* à la *BNP Paribas* (déposants, fournisseurs...) (Comm. Brux. (réf.), 18 novembre 2018, R.K., 212/2008, n° 124).

¹⁰⁶ AMF, *Rapport 2019 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées*, Paris, p. 9.

des administrateurs et des dirigeants. L'article 172 a introduit dans le droit anglais des sociétés la valeur actionnariale éclairée (« *enlightened shareholder value* »¹⁰⁷), soit le devoir des administrateurs de promouvoir le succès de leur entreprise (un objectif de maximisation des bénéfices) dans l'intérêt de ses actionnaires en prenant en considération l'ensemble des parties prenantes (dont les actionnaires)¹⁰⁸. À l'époque, il a été avancé qu'il s'agissait de la meilleure méthode pour assurer la durabilité, la prospérité et le bien-être de l'entreprise¹⁰⁹. L'objectif de cette disposition a été de définir « *[a] framework of company law, which is up-to-date, competitive and designed for the [new] century, a framework that facilitates enterprise and promotes transparency and fair dealing* »¹¹⁰.

19. Si l'article 172 du *Company Act* a soulevé des réserves¹¹¹, le droit anglais a été réformé en 2018 pour renforcer la transparence le concernant et intensifier la prise en compte des parties prenantes¹¹². « *The Companies (Miscellaneous Reporting) Regulations 2018 require directors to explain how they have had regard to various matters in performing their duty to promote the success of the company in section 172 of the Companies Act 2006* »¹¹³. Il en va ainsi de la Déclaration du paragraphe 172(1) figurant

¹⁰⁷ V. E. HARPER HO, « Enlightened Shareholder Value: Corporate Governance – Beyond the Shareholder-Stakeholder Divide » (2010) 36:1 *J. Corp. L.* 59.

¹⁰⁸ Soulignant la place historique des parties prenantes dans la gouvernance d'entreprise en Angleterre, voir : J. ARMOUR, S. DEAKIN et S. J. KONZELMANN, « Shareholder Primacy and the Trajectory of UK Corporate Governance » (2003) 41 *Brit. J. Industrial Relations* 531, p. 533.

¹⁰⁹ R. C. TATE, « Section 172 CA 2006: the ticket to stakeholder value or simply tokenism? » (2012) 3 *Aberdeen Student Law Review* 112.

¹¹⁰ J. LOWRY, « The duty of loyalty of company directors: bridging the accountability gap through efficient disclosure » (2009) 68:3 *The Cambridge Law Journal* 607.

¹¹¹ Les parties prenantes ne peuvent exercer de recours à l'encontre des administrateurs : « [...] *if a stakeholder believes that directors have breached s172, can they bring legal action to enforce this duty? Put simply, the answer is no* » (R. C. TATE, « Section 172 CA 2006: the ticket to stakeholder value or simply tokenism? », *loc. cit.*, p. 115). De plus, le succès de la société se résume dans les intérêts des parties prenantes qui sont uniquement déterminantes pour assurer la rentabilité de l'entreprise, qui est elle-même liée aux intérêts des actionnaires (P. GOPAL, « A Critical Examination of the Impact of Section 172 of the Companies Act 2006 », *The Student Journal of Law* [en ligne] [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://sites.google.com/site/349924e64e68fo35/issue-4/a-critical-examination-of-the-impact-of-section-172-of-the-companies-act-2006>>). Enfin, l'une des seules décisions judiciaires qui s'est prononcée sur l'article 172 (*R (on the application of People & Planet) v. HM Treasury*, [2009] EWHC 3020 Admin) a reconnu que le recours à cet article par les actionnaires était recommandé dans le contexte où ils cherchaient à influencer le conseil d'administration dans son processus décisionnel, mais non dans celui de l'obliger à prendre en compte les facteurs énoncés (G. TSAGAS, « Section 172 of the UK Companies Act 2006: Desperate Times Call for Soft Law Measures » *Oxford Business Law Blog* [blog en ligne], 1^{er} septembre 2017. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/09/section-172-uk-companies-act-2006-desperate-times-call-soft-law>>).

¹¹² Pour un résumé, voir : M. KEPA, M. MURRAY, S. CHEW et E. GRANT, *Deconstructing the Section 172(1) statement*, EY [en ligne], 2019. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/en_uk/topics/assurance/ey-deconstructing-the-section-172-1-statement.pdf>.

¹¹³ FINANCIAL REPORTING COUNCIL, *The UK Corporate Governance Code* [en ligne], juin 2018, p. 5, note 2. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet :

dans le rapport stratégique contenu dans le rapport annuel produit par les grandes entreprises¹¹⁴. Disponible sur internet, cette déclaration inclut un niveau de détail « approprié » suffisant pour montrer quelles parties prenantes ont participé à la prise de décision du conseil et comment leurs intérêts ont été traités lors des délibérations du conseil d'administration. Il en va également ainsi de la Déclaration de gouvernance d'entreprise résultant du code du *Financial Reporting Council* qui énonce au principe 1 *Board Leadership and company purpose* que : « *The board should understand the views of the company's other key stakeholders and describe in the annual report how their interests and the matters set out in section 172 of the Companies Act 2006 have been considered in board discussions and decision-making* »¹¹⁵. Enfin, la législation nouvellement adoptée comporte une Déclaration d'engagement des salariés contenue dans le rapport des administrateurs résumant la manière dont ces derniers se sont engagés avec eux, comment ils ont eu égard à leur intérêt et l'effet de cette considération, y compris sur les principales décisions prises par l'entreprise au cours de l'exercice.

2. France : la « fameuse » loi PACTE

20. Si les juges ont rendu quelques décisions isolées¹¹⁶ comme l'arrêt *Fruehauf* de 1965¹¹⁷, le débat français sur l'intérêt social ne rejette pas d'emblée une conception élargie¹¹⁸. À titre d'illustration, le professeur Jean-Jacques Daigre voit dans l'intérêt social « [...] l'intérêt supérieur de l'entreprise dépassant les intérêts catégoriels de tous ses membres »¹¹⁹. Comme le précise François-Guy Trébulle : « [...] valeur actionnariale contre responsabilité sociale de l'entreprise, le choc est frontal et assumé, mais certains dessinent les contours d'une voie médiane accordant une place centrale à la société prise dans la richesse de sa personnalité morale »¹²⁰. Avec son *Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises* (dit « PACTE ») dévoilé le 22 octobre 2017¹²¹, la

<https://www.frc.org.uk/getattachment/88bd8c45-50ea-4841-95b0-d2f4f48069a2/2018-UK-Corporate-Governance-Code-FINAL.pdf>.

¹¹⁴ DEPARTEMENT FOR BUSINESS, ENERGY AND INDUSTRIAL STRATEGY, *Corporate governance, the companies regulations 2018 q&a, miscellaneous reporting*, 2018.

¹¹⁵ FINANCIAL REPORTING COUNCIL, *The UK Corporate Governance Code* [en ligne], juin 2018, provision 5, *loc. cit.*

¹¹⁶ P. BISSARA, « Le gouvernement d'entreprise en France : faut-il légiférer encore et de quelle manière ? » (2003) 1 *Revue des sociétés* 51.

¹¹⁷ Cour d'Appel de Paris, 22 mai 1965, (1968) D. Jurisp. 147, note R. CONTIN. Voir aussi : C.A. Reims, 24 avril 1989, (1990) J.C.P. éd. E. II 2 15 677, note A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; (1989) Gaz. Pal. II Som. 431, note P. DE FONTBRESSIN ; (1989) RTD Com. 683, note Y. REINHARD ; (1990) R.S. Som. 77, note Y. GUYON.

¹¹⁸ I. TCHOTOURIAN et J.-Ch. BERNIER, *Devoir de prudence et de diligence des administrateurs et RSE : Approche comparative et prospective*, Cowansville, Yvon Blais, 2014, p. 154, § 103.

¹¹⁹ J.-J. DAIGRE, « Le gouvernement d'entreprise : feu de paille ou mouvement de fond ? » (1996) 40 *Droit et patrimoine* 22, p. 24.

¹²⁰ F.-G. TREBULLE, « Stakeholder Theory et droit des sociétés (deuxième partie) » (2007) 1 *Bulletin Joly Bourse* 7, p. 7.

¹²¹ *Loi n° 2019-486 relative à la croissance et la transformation des entreprises*, JO, 23 mai 2019, 2-152. Voir : I. URBAIN-PARLEANI, K. DECKERT, E. MASSET, A. COURET, P. BERLIOZ et J. MESTRE, « La réécriture des articles 1833 et 1835 du Code civil : révolution ou constat ? » 11 *Revue des sociétés* 625.

France a envoyé un message encore plus clair¹²². Le droit des sociétés par actions est régi par le Code de commerce, mais aussi par le Code civil. Or, le législateur français n'a pas hésité à réformer le Code civil pour réécrire son article 1833 dans le but de « [...] neutraliser ou sanctionner des actes préjudiciables à la société, voire susceptibles de compromettre son existence même »¹²³. L'article 1833 précise dorénavant que : « Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés. La société est gérée dans son intérêt social, *en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* »¹²⁴.

21. En projetant de modifier les articles 1832¹²⁵, 1833 et 1835 du Code civil, le ministre de l'Économie et des Finances et le Premier ministre entendaient consacrer la RSE comme une obligation commune à toutes les entreprises lucratives par le biais de la prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux dans leur gestion. Bien que le projet présenté à l'Assemblée nationale en octobre 2018 ne fasse référence qu'aux articles 1833 et 1835, l'idée demeure la même : consacrer la jurisprudence rendue par la Cour de cassation qui entend préserver l'intérêt fondamental de la société considérée comme personne morale à part entière, indépendamment de l'intérêt des associés¹²⁶. En effet, il s'agit de montrer que l'entreprise n'est pas la propriété des actionnaires¹²⁷, elle existe en tant que personne morale et sa croissance ne doit en aucun cas dépendre des personnes qui la dirigent ou de celles qui y investissent. Comme l'écrit le professeur Jean Paillusseau, avec la loi PACTE, « [...] le cap de l'intérêt social, c'est l'existence de la

¹²² S. MICHALAK, « De la prise en compte à la prise en charge de l'intérêt général par l'entreprise Quelques réflexions en marge de la loi PACTE » (2019) 3 *Revue du droit public* 551.

¹²³ France, Assemblée nationale, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, sur la proposition de loi Entreprise nouvelle et nouvelles gouvernances, n° 476 (2^e rect.)*, par D. POTIER, rapport n° 544 (10 janvier 2018), p. 25. Voir aussi : P. H. CONAC, « L'article 1833 et l'intégration de l'intérêt social et de la responsabilité sociale de l'entreprise » (2019) 10 *Revue des sociétés* 570.

¹²⁴ Étant donné que les modifications s'appliquent aux sociétés par actions, une référence identique a été ajoutée aux articles L. 225-35 et L. 225-64 du Code de commerce, textes relatifs à la société anonyme. La version préliminaire était plus ambitieuse et mentionnait que : « Toute société doit avoir un projet d'entreprise licite et être gérée dans l'intérêt commun des associés et des tiers prenant part, en qualité de salariés, de collaborateurs, de donneurs de crédit, de fournisseurs, de clients, ou autrement, au développement de l'entreprise qui doit être réalisée dans des conditions compatibles avec l'accroissement ou la préservation des biens communs ».

¹²⁵ Le projet de modification de l'article 1832 était le suivant : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent d'affecter des actifs, sous la forme d'apports en numéraire, en nature ou en industrie, à une entreprise commune en vue de développer un projet d'entreprise et de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie susceptible d'en résulter ».

¹²⁶ CONSEIL D'ÉTAT, *Avis sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises* [en ligne], 14 juin 2018, p. 36, § 97. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.conseil-etat.fr/ressources/avis-aux-pouvoirs-publics/derniers-avis-publies/projet-de-loi-relatif-a-la-croissance-et-la-transformation-des-entreprises>>.

¹²⁷ V. MERCIER, « Le rôle des parties prenantes dans l'évolution du droit des sociétés » (2019) 11 *Bulletin Joly Sociétés* 44 ; J.-Ph. ROBE, « À qui appartiennent les entreprises ? » (2009) 155-3 *Le Débat* 32, p. 34 ; et plus ancien : J.-M. DARROIS et A. VIANDIER, « L'intérêt social prime l'intérêt des actionnaires », *Les Échos*, 27-28 juin 2003.

société, c'est l'existence et la pérennité de l'entreprise pour les sociétés qui exercent des activités économiques »¹²⁸.

3. Canada : la traduction législative de *Peoples*

22. Le Canada a développé une attitude proche de celle prévalant aux États-Unis¹²⁹. « *Until recently, Canadian corporate law has remained relatively passive about promoting CSR* »¹³⁰. Toutefois, sa position a peu à peu évolué et s'est retrouvée traduite dans une loi (*Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 19 mars 2019 et mettant en œuvre d'autres mesures*, adoptée le 21 juin 2019¹³¹) qui a modifié à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (ci-après « LCSA »). L'article 122 LCSA prévoit maintenant qu'en accomplissant leur devoir d'agir au mieux des intérêts de la société, les administrateurs et les dirigeants de celle-ci peuvent tenir compte de ce qui suit, sans y être limités :

- Les intérêts des actionnaires, des employés, des retraités, des pensionnés, des créanciers, des consommateurs et des gouvernements ;
- L'environnement ;
- Les intérêts à long terme de la société.

Ainsi, toute décision d'affaires qui occasionnerait des dommages aux parties prenantes peut être sanctionnée sur le fondement d'une violation au devoir de loyauté des administrateurs¹³². Mais des lacunes persistent. Parmi celles-ci, les parties prenantes ne se voient pas protégées par l'existence de recours spécifiques qui leur seraient ouverts¹³³.

¹²⁸ J. PAILLUSSEAU, « La mutation de la notion de société et l'intérêt social » (2020) 10 *Revue des Sociétés* 523, p. 529, § 27.

¹²⁹ *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) c. Wise*, [2003] J.Q. n° 505 (C.A.) ; *Palmer v. Carling O'Keefe Breweries of Canada Ltd.*, (1989) 67 O.R. (2d) 161 (H.C.) ; *Re Olympia & York Enterprises and Hiram Walker Resources Ltd.*, (1986) 59 O.R. (2d) (Gen.Div.). En doctrine, voir : E. E. PALMER, « Directors' Powers and Duties », in J. S. ZIEGEL, *Studies in Canadian Company Law, Études sur le droit canadien des compagnies*, vol. 2 « Corporation and Securities Law in the Seventies' », Toronto, Butterworths, 1967, 365, p. 371.

¹³⁰ E. PARAMONOVA, « Steering Toward "True North": Canadian Corporate Law, Corporate Social Responsibility, and Creating Shared Value » (2015) 12:1 *MJSDL* 27, p. 30.

¹³¹ *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 19 mars 2019 et mettant en œuvre d'autres mesures*, L.C. 2019, c 29.

¹³² R. CRETE et S. ROUSSEAU, *Droit des sociétés par actions*, 3^e éd, Montréal, Thémis, 2011, p. 421.

¹³³ P. M. VASUDEV, « Corporate Stakeholders in Canada – An Overview and a Proposal » (2015) 45:1 *Ottawa Law Review* 135, p. 142 : « [...] the formal recognition of the stakeholder model of governance has not translated into an effective legal regime that can protect the interests of non-shareholder groups, and identifies the business judgment rule as a major impediment » (nous soulignons). Voir aussi : S. ROUSSEAU et I. TCHOTOURIAN, « La gouvernance d'entreprise, autrement », in C. GENDRON et B. GIRARD (dir.), *Repenser la responsabilité sociale de l'entreprise : l'école de Montréal*, Paris, Armand Colin, 2013, coll. « Recherches », 91, p. 101.

23. Il ne faut pas oublier que cette loi codifie les éléments clés d'une décision marquante de la Cour suprême rendue en 2004 concernant les devoirs des administrateurs et des dirigeants¹³⁴. Dans sa décision *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*¹³⁵, le plus haut tribunal du pays a considéré que : « [...] il est évident qu'il ne faut pas interpréter l'expression "au mieux des intérêts de la société" comme si elle signifiait simplement "au mieux des intérêts des actionnaires". D'un point de vue économique, l'expression "au mieux des intérêts de la société" s'entend de la maximisation de la valeur de l'entreprise » ; et que « [...] pour déterminer s'il agit au mieux des intérêts de la société, il peut être légitime pour le conseil d'administration, vu l'ensemble des circonstances dans un cas donné, de tenir compte notamment des intérêts des actionnaires, des employés, des fournisseurs, des créanciers, des consommateurs, des gouvernements et de l'environnement ». Il convient de noter que les retraités et les pensionnés ne sont pas expressément désignés comme parties prenantes dans la décision *Peoples*. Toutefois, la référence explicite aux retraités et aux pensionnés dans la LCSA est conforme à la politique du gouvernement fédéral axée sur la protection des travailleurs et des pensionnés.

24. Le droit canadien connaît en parallèle de nombreuses dispositions statutaires qui conduisent à sanctionner les comportements qui occasionnent des dommages aux parties prenantes¹³⁶ et a été, à ce titre, pionnier « [...] among the common law jurisdictions to include non-shareholder groups in the framework of corporate law »¹³⁷.

4. États-Unis : l'incertitude prétorienne

25. Aux États-Unis, une place importante est reconnue aux actionnaires¹³⁸ en raison d'une lecture contractualiste de l'entreprise¹³⁹. L'actualité législative est moins présente

¹³⁴ Elle est aussi en droite ligne d'une position de l'Association du Barreau canadien exprimée en 2014 : THE CANADIAN BAR ASSOCIATION, *Submissions on the Canada Business Corporations Act, Public Statement*, 2014, p. 23. Voir aussi les propositions de : C. PAQUETTE, « Promoting The Long-Term Management of Public Corporations Through A Reform of Canadian Corporate Law » (2019) 24 *Appeal* 19, p. 38 ; E. PARAMONOVA, « Steering Toward "True North": Canadian Corporate Law, Corporate Social Responsibility, and Creating Shared Value », *loc. cit.*, p. 46.

¹³⁵ *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, 2004 CSC 68, [2004] 3 RCS 461. Cette position jurisprudentielle a été réaffirmée et renforcée par la décision *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976 de 2008* ([2008] 3 RCS 560, 2008 CSC 69).

¹³⁶ R. CRETE et S. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 421, § 921, note 132.

¹³⁷ (Nous soulignons) P. M. VASUDEV, « Corporate Stakeholders in Canada – An Overview and a Proposal » *loc. cit.*, p. 139.

¹³⁸ J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « La légitimation de l'avarice dans la théorisation nord-américaine du droit des sociétés par actions », in V. FORTIN, M. JEZEQUEL et N. KASIRER (dir.), *Les sept péchés capitaux et le droit privé*, Montréal, Thémis, 2007, 209. Voir aussi : I. TCHOTOURIAN, « L'art de la juste équivalence en droit : Discussion autour du mot "corporate" de l'expression corporate governance » (2015) XL:157 *Revue de Recherche Juridique Droit prospectif* 455, p. 482 et s., § 15.

¹³⁹ M. C. JENSEN et W. H. MECKLING, « Theory of Firm: Management Behavior, Agency Costs and Ownership Structure » (1976) 3:4 *Journal of Financial Economics* 305.

concernant la notion d'intérêt social ou de parties prenantes¹⁴⁰ et c'est vers la jurisprudence qu'il faut se tourner. Une observation se dégage : l'orientation pro actionnariale de la jurisprudence américaine n'est pas aussi affirmée.

26. Si plusieurs décisions judiciaires démontrent une prépondérance en faveur des actionnaires¹⁴¹, c'est le procès opposant les frères Dodge à *Ford Motor* en 1919 qui est à marquer d'une pierre blanche¹⁴². À propos d'une décision d'Henri Ford refusant de distribuer d'importants profits aux actionnaires afin de diminuer le prix de vente des véhicules et d'embaucher de nouvelles personnes, la Cour suprême du Michigan a indiqué que les seuls ayant droits de l'entreprise étaient les actionnaires. L'entreprise est organisée d'abord pour le profit des actionnaires et la latitude discrétionnaire des dirigeants ne doit être mobilisée que dans cet unique but. Mais depuis, bien d'autres arrêts ont été rendus dans le cadre du devoir de loyauté des administrateurs qui rejettent cette position trop favorable aux actionnaires¹⁴³. Dans la récente décision *eBay v. Newmark*, l'ancien chancelier du Delaware (William Chandler) a néanmoins rappelé que : « *Having chosen a for-profit corporate form, the craigslist directors are bound by the fiduciary duties and standards that accompany that form. Those standards include acting to promote the value of the corporation for the benefit of its stockholders* »¹⁴⁴.

27. L'affaire *Smith Manufacturing Co v. Barlow*¹⁴⁵ démontre pourtant que les juges américains dès 1953 ont une compréhension à long terme du but de l'entreprise et qu'en ce sens, les actionnaires doivent prendre en compte cette réalité. Cette vision a été réaffirmée par les juges de la Cour du Delaware au début des années 90 dans *Crédit Lyonnais Bank Nederland N.V. v. Pathé Communications Corp.* Cet arrêt a considéré que les devoirs des dirigeants imposaient une obligation envers la communauté d'intérêts

¹⁴⁰ Il faut remonter au milieu des années 80 avec l'adoption par une trentaine d'États de statuts visant à protéger les parties prenantes (dénommées « *Constituency Statutes* ») pour faire face aux vagues d'achats hostiles d'entreprises qui se sont développées à cette époque. Voir : D. K. MILLON, « Redefining Corporate Law » (1991) 24:2 *Indiana Law Review* 223, p. 277.

¹⁴¹ *Granada Invs. Inc. v. DWG Corp.*, 823 F. Supp. 448, 459 (N.D. Ohio 1993) ; *Katz v. Oak Indus. Inc.*, 508 A.2d 873, 878 (Del. Ch. 1986) ; *Long v. Norwood Hills Corp.*, 380 S.W.2d 451, 476 (Mo. Ct. App. 1964). Citant la référence de l'affaire *Katz* à la maximisation de la valeur, voir : *Gans v. MDR Liquidating Corp.*, n° 9630, 1998 WL 294006, 3, par. 8 (Del. Ch. May 22, 1998) ; *Pittelman v. Pearce*, 8 Cal. Rptr. 2d 359, 361 (Cal. Ct. App. 1992) ; *Cont'l Ill. Nat'l Bank & Trust Co. v. Hunt Int'l Res. Corp.*, n° 7888, 7844, 1987 WL 55826, 4 (Del. Ch. 1987).

¹⁴² *Dodge c. Ford Moto Co.*, 170, N.W., 668, 684 : Mich. 1919. Pour des critiques, voir : L. A. STOUT, « Why We Should Stop Teaching Dodge v. Ford » (2008) 3:1 *Virginia Law & Business Review* 163, p. 166 et s. ; E. ELHAUGE, « Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest » (2005) 80:3 *New York University Law Review* 733, p. 772 et s.

¹⁴³ Il en est par exemple de *Murray v. Conesco, Inc.* (795 NE2d 454, 458-59 [Ind. 2003]), de *Thompson v. Cent. Ohio Cellular, Inc.* (639 NE2d 462, 469 [Ohio 1994]), de *Georgia-Pacific Corp. v. Great N. Nekoosa Corp.* (727 F Supp 31, 33 [D Me 1989]), de *Keyser v. Commonwealth Nat'l Fin. Corp.* (675 F Supp 238, 241, 265 [MD Pa 1987]) et de *Baron v. Strawbridge & Clothier* (646 F Supp 690, 697 [ED Pa 1986]).

¹⁴⁴ (Nous soulignons) *eBay Domestic Holdings Inc. v. Newmark*, 16 A.3d 1, 34 (Del. Ch. 2010).

¹⁴⁵ *Smith Manufacturing v. Barlow*, (1953) cité in T. L. BEAUCHAMP et N. E. BOWIE, *Ethical Theory and Business*, New Jersey, Pearson Prentice Hall, 2003, p. 85. Voir aussi : *Schlensky v. Wrigley*, 237 NE2d 776 (III App Ct 1968).

qui soutient l'entreprise¹⁴⁶. De plus, les juges, au-delà du fait de ne jamais avoir sanctionné une décision faisant primer les parties prenantes sur les actionnaires, admettent que des objectifs de long terme puissent s'imposer face à des décisions court-termistes hasardeuses¹⁴⁷. En matière de changement de contrôle, la Cour suprême du Delaware a d'ailleurs rendu une décision au milieu des années 80 où il peut être lu que : « [A] board of directors [...] is not under any per se duty to maximize shareholder value »¹⁴⁸.

III. Devoir de vigilance : le renforcement de la protection des droits de l'Homme

28. De part et d'autre de l'Atlantique, le droit dur intègre de plus en plus le devoir de vigilance des entreprises en matière de droits de l'Homme. Dans le cadre du domaine de la responsabilité des sociétés mères, le devoir de vigilance peut être défini comme une obligation positive enjoignant la société mère à identifier, prévenir et atténuer les effets négatifs sociaux, environnementaux et économiques qui résultent des activités de son groupe¹⁴⁹. Ce devoir est intégré dans de nombreux textes internationaux et standards relatifs à la conduite responsable des affaires dont l'application par les entreprises est volontaire¹⁵⁰. L'ONU¹⁵¹, l'OCDE¹⁵², l'OIT¹⁵³ ou encore l'ISO¹⁵⁴ affirment que les entreprises doivent faire preuve de vigilance dans le cadre de leurs activités pour prévenir les violations des droits de l'Homme. Force est de constater que l'intégration de la vigilance dans la loi ou la jurisprudence est un phénomène récent. Il y a moins de 10 ans, à l'exception des États-Unis, aucun État ne permettait une responsabilisation effective des multinationales pour les violations des droits de l'Homme dans les pays en voies de

¹⁴⁶ *Crédit Lyonnais Bank Nederland N.V. c. Pathé Communications Corp.*, n° 12150, 1991 Del. Ch. LEXIS, 215 108, 30 déc. 1991.

¹⁴⁷ J. E. FISCH, « Measuring Efficiency in Corporate Law: The Role of Shareholder Primacy » *loc. cit.*, p. 651 ; E. N. VEASEY et Ch. T. DI GUGLIELMO, « What Happened in Delaware Corporate Law and Governance from 1992-2004? A Retrospective on Some Key Developments » (2005) 153:5 *University of Pennsylvania Law Review* 1399, p. 1429-1430.

¹⁴⁸ *Paramount Commc'ns, Inc. v. Time Inc.*, 571 A2d 1140, 1150 (Del 1989).

¹⁴⁹ Définition inspirée de : Y. QUEINNEC et S. BRABANT, « De l'art et du devoir d'être vigilant » (2013) 88 *RLDA* 49.

¹⁵⁰ J. FOURNIER et L. HECKENDORN URSCHELER, « International Standards in the Domain of Corporate Social Responsibility », in L. HECKENDORN URSCHELER et J. FOURNIER (dir.), *Regulating Human Rights Due Diligence for Corporations: A Comparative View*, Genève/Zurich, Schulthess Éditions Romandes, 2017, 17, p. 18.

¹⁵¹ J. RUGGIE, *Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'Homme et des sociétés transnationales et autres entreprises. 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*, Doc. N.U. A/HRC/17/31, 2011.

¹⁵² OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2011 ; OCDE, *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*, 2018.

¹⁵³ CONSEIL D'ADMINISTRATION DU BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*, Genève, OIT, 2017.

¹⁵⁴ ISO, *ISO 26000. Guidance on social responsibility*, 2010.

développement¹⁵⁵. Depuis, plusieurs innovations ont eu lieu en la matière en Europe autant en matière législative que jurisprudentielle (1). De plus, au Canada, les positions novatrices des juges compensent la timidité du législateur (2). Toutefois, les États-Unis ont régressé en la matière (3). En parallèle, plusieurs initiatives récentes d'organisations internationales et suprarégionales témoignent de l'actualité de la question de la responsabilisation des grandes entreprises. Par exemple, le 24 juin 2014, le Conseil des droits de l'Homme de l'ONU a chargé un groupe de travail d'explorer la possibilité d'élaborer un instrument juridiquement contraignant pour réglementer, dans le cadre du droit international, les activités des entreprises multinationales. Trois versions successives du projet ont été publiées dont la dernière date du 6 août 2020¹⁵⁶. Ces évolutions normatives montrent que la gouvernance d'entreprise doit intégrer un risque de sanction attaché à la RSE de manière sérieuse.

1. Union européenne : un temps d'avance

1.1. France et Pays-Bas : la vigilance par la loi

29. La France a adopté en 2017 la *loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*¹⁵⁷. Ses dispositions sont codifiées aux articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 du Code de commerce et sont en vigueur depuis 2018. Cette loi contraint les sociétés mères françaises à « [...] identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement »¹⁵⁸. Trois conditions cumulatives sont prévues pour déterminer si une société est soumise au devoir de vigilance : elle doit avoir son siège social en France, avoir au moins 5 000 salariés en France ou 10 000 salariés

¹⁵⁵ Voir l'état des lieux dressés dans : J. ZERK, *Corporate liability for gross human rights abuses: Towards a fairer and more effective system of domestic law remedies*, rapport préparé pour le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, 2014.

¹⁵⁶ *Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*, Zero Draft, 16 juillet 2018 ; *Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*, OEIGWG Chairmanship Revised Draft, 16 juillet 2019 ; *Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*, OEIGWG Chairmanship second revised draft, 6 août 2020.

¹⁵⁷ *Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, JO, 28 mars 2017, texte n° 1. Sur cette loi, voir notamment : S. SCHILLER (dir.), *Le devoir de vigilance*, Paris, LexisNexis, 2019 ; M.-C. CAILLET, « Du devoir de vigilance aux plans de vigilance ; quelle mise en œuvre ? » (2017) *Revue du droit social* 819 ; A. DANIS-FATOME et G. VINEY, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre » (2017) *Recueil Dalloz* 1610 ; Ch. HANNOUN, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017 » (2017) *Revue du droit social* 806 ; D. KADAR et P.-L. PERIN, « Compliance et transparence en 2018. Nouvelles obligations de vigilance, d'anti-corruption et d'information extra-financière » (2018) 157 *Actes pratiques et ingénierie sociétariaire* 3 ; G. MARAIN, « Nature des devoirs issus de la proposition de loi relative à la vigilance » (2016) 68 *Les Petites Affiches* 6 ; A. LANGENFELD, *Devoir de vigilance des multinationales : Comparaison des choix de politique législative*, essai de maîtrise en droit, Université Laval, 2018, p. 67 et s.

¹⁵⁸ Art. L. 225-102-4 al. 3 C. com.

dans le monde et être une société par actions. Par conséquent, seules les plus grandes entreprises françaises sont concernées. Leur nombre n'est pas connu avec certitude, mais il semble osciller autour de 150. Les atteintes qu'elles sont tenues de prévenir sont celles ayant lieu dans le cadre de leurs propres activités, des sociétés qu'elle contrôle directement ou indirectement¹⁵⁹, ainsi que dans celles de leurs partenaires commerciaux avec lesquels elles ont une relation commerciale établie, car régulière, significative et stable¹⁶⁰. La détection et la prévention des risques relèvent cependant d'une obligation de moyens¹⁶¹. Les entreprises doivent établir un plan de vigilance dans lequel elles consignent les mesures adoptées qu'elles sont tenues d'implémenter effectivement. La publication du plan de vigilance est obligatoire¹⁶². Les entreprises sont invitées à associer leurs parties prenantes à l'élaboration du plan de vigilance¹⁶³.

30. Non contente de contraindre les multinationales françaises à faire preuve d'une vigilance « raisonnable », la loi française ouvre la voie à une judiciarisation des violations graves des droits de l'Homme et démontre la saisine par le droit dur de cette problématique. La loi prévoit en effet deux voies de recours différentes. Un premier recours permet d'obtenir l'émission d'une injonction enjoignant à une entreprise de se mettre en conformité avec son devoir de vigilance¹⁶⁴. Ce recours contraint une entreprise qui manquerait à ses obligations d'adopter les mesures de vigilance raisonnables nécessaires à la prévention des risques qu'elle génère. Un second recours permet aux victimes d'obtenir réparation pour les préjudices causés par des activités incluses dans le périmètre de la vigilance d'une société débitrice. Ce recours repose sur la responsabilité civile extracontractuelle de droit commun prévue par les articles 1240 et 1241 du Code civil français¹⁶⁵. À première vue, une telle position a de quoi séduire. Une analyse plus fine permet cependant de conclure que le succès d'un tel recours est plus qu'incertain. Les difficultés soulevées par la preuve de la faute et du lien de causalité peuvent s'avérer dirimantes. Ainsi, « *c'est donc bien à un vrai "parcours du combattant" qu'il faut s'attendre ici pour les plaignants* : de la saisine du "bon" tribunal à la preuve du préjudice, toutes les étapes (intérêt à agir, preuve, lien de causalité) devraient se révéler particulièrement ardues, pour un résultat judiciaire très incertain et sans doute limité »¹⁶⁶.

¹⁵⁹ Le contrôle visé ici est celui prévu par l'article L. 233-16 C. com.

¹⁶⁰ Com. 15 septembre 2009, *Bull. civ.*, IV, n° 110.

¹⁶¹ Ch. HANNOUN, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017 », *loc. cit.*, p. 5 (PDF) (Dalloz) ; G. MARAIN, « Nature des devoirs issus de la proposition de loi relative à la vigilance », *loc. cit.*, p. 2 (PDF) (Lextenso).

¹⁶² Art. L. 225-102-4 al. 10 C. com.

¹⁶³ (Nous soulignons) Art. L. 225-102-4 al. 4 C. com.

¹⁶⁴ Art. L. 225-102-4 al. 12 C. com.

¹⁶⁵ Art. L. 225-102-5 al. 1 C. com ; Cons. Const. 23 mars 2017, n° 2017-750, § 28. Tout régime de responsabilité du fait d'autrui est exclu (Cons. Const. 23 mars 2017, n° 2017-750, § 27).

¹⁶⁶ (Nous soulignons) D. KADAR et P.-L. PERIN, « Compliance et transparence en 2018. Nouvelles obligations de vigilance, d'anti-corruption et d'information extra-financière », *loc. cit.*, 52.

31. En pratique, deux ans après son entrée en vigueur, le bilan de la loi française sur le devoir de vigilance est plutôt contrasté. Les quelques études empiriques qui ont pu être publiées témoignent d'une mise en conformité disparate des entreprises avec leur nouveau devoir de vigilance¹⁶⁷. De plus, il y a des progrès, mais ceux-ci sont insuffisants. Un petit nombre d'actions en justice a été introduit pour discipliner les entreprises¹⁶⁸. À l'heure actuelle, aucune n'a abouti à une décision sur le fond. Toujours est-il qu'en matière de vigilance des grandes entreprises, la loi française est le texte législatif en vigueur le plus abouti à l'échelle mondiale. Les Pays-Bas offrent cependant un cadre législatif intéressant.

32. Les Pays-Bas ont adopté en 2019 une loi créant un devoir de vigilance portant uniquement sur le travail des enfants¹⁶⁹. Sont concernées toutes les entreprises, néerlandaises ou non, qui vendent des biens et services aux Pays-Bas, peu importe leur taille. En vertu de cette loi, les entreprises concernées doivent s'assurer que l'ensemble de leur chaîne d'approvisionnement n'utilise pas le travail des enfants. Cette loi inclut

¹⁶⁷ B. HERAUD, « Devoir de vigilance : Les premiers plans, publiés par les entreprises, doivent être améliorés », *Novethic* [en ligne], 2 mai 2018. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.novethic.fr/actualite/entreprise-responsable/isr-rse/devoir-de-vigilance-a-quoi-ressemblent-les-premiers-plans-publies-par-les-entreprises-145772.html>>; J. RENAUD et al., *Loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre. Année 1 : Les entreprises doivent mieux faire*, Actionaid et al. [en ligne], 2019. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <https://ethique-sur-etiquette.org/IMG/pdf/etude_devoir_de_vigilance_annee_1-2.pdf>; EDH ENTREPRISES POUR LES DROITS DE L'HOMME, *Application de la loi sur le devoir de vigilance : Plans de vigilance 2018-2019* [en ligne], 2019. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://edh.org/userfiles/EDH%20-%20Etude%20plans%20de%20vigilance%202019.pdf>>; SHIFT, *Human rights reporting in France: Two Years In: Has the Duty of Vigilance Law led to more Meaningful Disclosure?* [en ligne], 2019. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.shiftproject.org/resources/publications/vigilance2019/>>.

¹⁶⁸ Voir notamment : M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « L'entreprise Total assignée pour non-respect du devoir de vigilance : vers un premier procès climatique », *Le club des juristes* [en ligne], 28 février 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible en ligne : <<https://blog.leclubdesjuristes.com/lentreprise-total-assignee-pour-non-respect-du-devoir-de-vigilance-vers-un-premier-proces-climatique/>>; L. CAMEL, « "Devoir de vigilance" : Total devant la justice française pour les actes de sa filiale en Ouganda », *Le Monde* [en ligne], 12 décembre 2019. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <https://www.lemonde.fr/economie/article/2019/12/11/devoir-de-vigilance-total-devant-la-justice-pour-les-actes-de-sa-filiale-en-ouganda_6022480_3234.html>.

¹⁶⁹ *Wet zorgplicht kinderarbeid* [en ligne], 2019. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <https://www.eerstekamer.nl/behandeling/20170207/gewijzigd_vorstel_van_wet>. Sur cette loi, voir : A. HOFF, « Dutch child labour due diligence law: a step towards mandatory human rights due diligence », *Oxford Human Rights Hub* [en ligne], 10 juin 2019. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<http://ohrh.law.ox.ac.uk/dutch-child-labour-due-diligence-law-a-step-towards-mandatory-human-rights-due-diligence/#>>; A. MARCELIS, « Dutch take the lead on child labour with new due diligence law », *Ergon* [en ligne], 17 mai 2019. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://ergonassociates.net/dutch-take-the-lead-on-child-labour-with-new-due-diligence-law/>>; A. LANGENFELD, « La loi sur la diligence raisonnable contre le travail des enfants adoptée par les Pays-Bas », *Droit de l'entreprise, Gouvernance comparée et responsabilité sociétale* [blog en ligne], 14 juin 2019. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.gouvernance-rse.ca/?p=7565>>.

des sanctions pénales¹⁷⁰, une solution que le législateur français n'a pas jugé bon de retenir. Bien qu'elle puisse être bénéfique pour les enfants victimes d'exploitation, la loi néerlandaise ne leur ouvre aucune voie de recours¹⁷¹. Cette solution, critiquable, est néanmoins cohérente avec l'objectif premier de la loi : la protection des consommateurs nationaux¹⁷².

1.2. Angleterre : la vigilance par la jurisprudence

33. À partir des années 1990, les juges anglais ont été saisis de litiges interrogeant la responsabilité des sociétés mères à la tête d'entreprises multinationales. À ce titre, la justice anglaise a joué le rôle de tête de proue en matière de responsabilité des structures sociétaires transnationales. Ainsi, les affaires *Connelly v. R.T.Z.*¹⁷³ et *Lubbe v. Cape*¹⁷⁴ ont établi qu'un devoir de vigilance pourrait éventuellement être consacré. Toutefois, aucune de ces deux affaires n'a abouti à une condamnation de la société mère poursuivie pour les préjudices survenus dans le cadre des activités de sa filiale. Ces décisions, couplées à la réticence des juges anglais à se prononcer *forum non conveniens*, n'en ont pas moins ouvert la voie au développement du « *duty of care* » des sociétés mères dans la *common law* anglaise¹⁷⁵.

34. C'est dans l'affaire *Chandler v. Cape*¹⁷⁶ qu'une société mère a été condamnée pour la première fois pour manquement à son devoir de vigilance. En l'espèce, les faits portaient sur l'amiantose d'un travailleur en Angleterre provoquée par une exposition à l'amiante. Ce travailleur était salarié d'une filiale de la société *Cape* et n'avait pas été protégé contre les risques d'exposition à l'amiante pourtant inhérents à son lieu de travail. *Cape* exerçait un niveau de contrôle élevé sur les activités de sa filiale et avait connaissance des risques de maladie liés à l'amiante. *Cape* a été poursuivie en lieu et place de sa filiale, puisque celle-ci n'existait plus au moment de la poursuite. Il a été fait droit à la demande en première instance et en appel. En 2012, la décision d'appel a posé le précédent selon lequel un devoir de vigilance peut être reconnu sur une société mère dès lors qu'elle exerce un niveau de contrôle pertinent (« *relevant control* ») sur les activités de sa filiale¹⁷⁷. La décision développe un faisceau d'indices permettant de déterminer si un contrôle d'une telle nature a été exercé : « *[i]n summary, this case*

¹⁷⁰ A. HOFF, « Dutch child labour due diligence law: a step towards mandatory human rights due diligence », *loc. cit.*

¹⁷¹ CE, L. SMIT et al., *Study on due diligence requirements through the supply chain. Final report*, BIICL/Civic consulting/LES, 2020, p. 211.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ *Connelly v. RTZ Corporation Plc and Others*, [1997] UKHL 30.

¹⁷⁴ *Lubbe and Others and Cape Plc. and Related Appeals*, [2000] UKHL 41.

¹⁷⁵ Sur le devoir de vigilance dans la *common law* anglaise, voir notamment : M. PETRIN, « Assumption of Responsibility in Corporate Groups: Chandler v. Cape plc » (2013) 76:3 *The Modern Law Review* 603 ; A. LANGENFELD, *Devoir de vigilance des multinationales : Comparaison des choix de politique législative*, *op. cit.*, p. 21 et s.

¹⁷⁶ *Chandler v. Cape*, [2011] EWHC 951 (QB) ; *Chandler v. Cape*, [2012] EWCA Civ 525.

¹⁷⁷ *Chandler v. Cape*, [2012] EWCA Civ 525, § 46.

demonstrates that in appropriate circumstances the law may impose on a parent company responsibility for the health and safety of its subsidiary's employees. Those circumstances include a situation where, as in the present case, (1) the businesses of the parent and subsidiary are in a relevant respect the same; (2) the parent has, or ought to have, superior knowledge on some relevant aspect of health and safety in the particular industry; (3) the subsidiary's system of work is unsafe as the parent company knew, or ought to have known; and (4) the parent knew or ought to have foreseen that the subsidiary or its employees would rely on its using that superior knowledge for the employees' protection. For the purposes of (4) it is not necessary to show that the parent is in the practice of intervening in the health and safety policies of the subsidiary. The court will look at the relationship between the companies more widely. The court may find that element (4) is established where the evidence shows that the parent has a practice of intervening in the trading operations of the subsidiary, for example production and funding issues »¹⁷⁸.

35. Cette décision a confirmé que la judiciarisation de la violation des droits à l'étranger sur le fondement d'une faute de négligence constituant un manquement au devoir de vigilance était une voie de responsabilisation des entreprises anglaises. Toutefois, ses perspectives de succès sont apparues limitées lorsque les activités d'une filiale étrangère étaient concernées. Les affaires *Okpabi v. RDS*¹⁷⁹ et *AAA v. Unilever*¹⁸⁰ ont été renvoyées, en l'absence de telles perspectives sur le fond. Cependant, l'affaire *Lungowe & Ors v. Vedanta Resources Plc & Anor*¹⁸¹ est venue rompre avec cette position. Ce litige a été introduit en Angleterre par des paysans zambiens vivant à proximité d'un site d'extraction de cuivre exploité par une filiale indirecte de *Vedanta*. Ils alléguèrent que *Vedanta* communiquait publiquement autour de sa politique de RSE, laquelle s'appliquait aux activités litigieuses, et qu'elle contrôlait la filiale en question. La Cour suprême a été saisie de la question de savoir si le litige avait des chances raisonnables de succès et devrait être tranchée sur le fond. Le plus haut tribunal du pays a confirmé qu'une société mère anglaise pouvait être tenue d'un devoir de vigilance¹⁸². « *Everything depends on the extent to which, and the way in which, the parent availed itself of the opportunity to take over, intervene in, control, supervise or advise the management of the relevant operations (including land use) of the subsidiary* »¹⁸³. La Cour suprême anglaise a donc changé la donne. Les portes de la judiciarisation sont désormais ouvertes en dépit d'une certaine insécurité juridique.

¹⁷⁸ (Nous soulignons) *Ibid.*, § 80.

¹⁷⁹ *Okpabi & Ors v. Royal Dutch Shell Plc & Anor* (Rev 1), [2018] EWCA Civ 191.

¹⁸⁰ *AAA & Ors v. Unilever Plc & Anor*, [2017] EWHC 371 (QB).

¹⁸¹ *Lungowe & Ors v. Vedanta Resources Plc & Anor*, [2016] EWHC 975 (TCC) ; *Lungowe & Ors v. Vedanta Resources Plc & Anor*, [2017] EWCA Civ. 1528 ; *Vedanta Resources PLC and anor v. Lungowe v and ors*, [2019] UKSC 20.

¹⁸² *Vedanta Resources PLC and anor v. Lungowe v and ors*, [2019] UKSC 20.

¹⁸³ *Ibid.*, § 49.

1.3. De nouvelles réformes en perspective

36. Les choses bougent dans d'autres pays européens. La Suisse pourrait prochainement se doter d'une loi sur le devoir de vigilance. En avril 2016, une vaste coalition d'ONG lance une initiative populaire en ce sens¹⁸⁴. Le Parlement suisse n'est pas parvenu à un accord sur le sujet malgré qu'une de ses chambres ait proposé un contre-projet. Le projet sera donc soumis à la votation populaire le 29 novembre 2020. En Allemagne, un projet de loi-cadre sur le devoir de vigilance a également été présenté en février 2019 par le ministère fédéral de la Coopération économique et du Développement¹⁸⁵. Si ce projet venait à être adopté, il n'aurait pas à pâlir de la comparaison avec la loi française sur le devoir de vigilance¹⁸⁶.

37. Si l'Europe est à la pointe en termes de promotion de la RSE par des dispositifs contraignants grâce aux initiatives de pays qui la composent, elle s'est montrée moins active en termes de production juridique. Cela n'a pas empêché ses organes de se prononcer plus ou moins favorablement sur l'accès des victimes à une forme de réparation¹⁸⁷. Le 25 octobre 2016, le Parlement européen a donné de la voix dans une résolution remarquée sur la « Responsabilité des entreprises dans les violations graves des droits de l'Homme dans les pays tiers »¹⁸⁸. Si le texte n'est pas contraignant, il témoigne d'une volonté politique d'agir. Le Parlement demande ainsi aux États de faire respecter les droits de l'Homme, notamment contre les violations commises par des entreprises, même lorsque celles-ci opèrent dans des pays tiers ; de légiférer de manière contraignante afin de remplir leur obligation de prévenir et de punir les violations des droits de l'Homme ; d'assurer aux victimes l'accès à un recours effectif ; et de s'attaquer aux obstacles juridiques, procéduraux et pratiques empêchant les autorités chargées des poursuites d'enquêter et de poursuivre des entreprises européennes et/ou leurs représentants impliqués dans des crimes liés à des violations des droits de l'Homme. Mais une évolution pourrait avoir lieu. En janvier 2021, le règlement 2017/281 entrera pleinement en vigueur¹⁸⁹. Ce règlement prévoit l'existence d'un devoir de diligence dans la chaîne d'approvisionnement pour les minerais issus de zones de conflit ou à haut

¹⁸⁴ *Initiative multinationales responsables* [en ligne] [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://initiative-multinationales.ch/>>.

¹⁸⁵ P. SESEKE, « Une loi sur le devoir de vigilance à l'allemande ? » *Les blogs pédagogiques de l'Université Paris Nanterre* [blog en ligne], 11 juin 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://blogs.parisnanterre.fr/article/une-loi-sur-le-devoir-de-vigilance-lallemande>>.

¹⁸⁶ En ce sens : P. SESEKE, « Une loi sur le devoir de vigilance à l'allemande ? », *loc. cit.*

¹⁸⁷ Voir le bilan dressé dans : DIRECTORATE-GENERAL FOR EXTERNAL POLICIES, *Access to legal remedies for victims of corporate human rights abuses in third countries*, étude pour le Parlement européen, février 2019, p. 128-132.

¹⁸⁸ CE, PARLEMENT EUROPEEN, *Résolution du Parlement européen du 25 octobre 2016 sur la responsabilité des entreprises dans les violations graves des droits de l'Homme dans les pays tiers*, 2015/2315(INI).

¹⁸⁹ CE, *Règlement (UE) 2017/821 du parlement européen et du conseil du 17 mai 2017 fixant des obligations liées au devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement pour les importateurs de l'Union qui importent de l'étain, du tantalum et du tungstène, leurs minerais et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque*, [2017] JO, L 130/1.

risque. Pour autant, aucun recours n'est ouvert aux victimes, pas plus qu'il ne prévoit l'existence de sanctions juridiques. De son côté, la Commission européenne a publié en janvier 2020 un rapport intitulé *Study on due diligence requirements through the supply chain*¹⁹⁰. Ce rapport dresse un inventaire des dispositions juridiques de droit national touchant de près ou de loin à la responsabilité des entreprises européennes quant à leur chaîne d'approvisionnement¹⁹¹. Pour donner suite à cette publication, la Commission européenne envisage d'introduire une obligation de vigilance pour la chaîne d'approvisionnement relevant du droit dur¹⁹².

2. Canada : le temps de l'indécision

38. En matière de RSE, la situation canadienne est marquée par des progrès jurisprudentiels nuancés par la timidité du législateur.

2.1. La timidité des instances politiques

39. Au Canada, il n'existe pas encore de loi responsabilisant les entreprises par rapport à leurs activités à l'étranger, pas plus qu'il n'existe de base légale d'origine législative permettant la judiciarisation des atteintes aux droits de l'Homme à l'étranger. Plusieurs projets de loi ont été déposés. Il s'agit des projets C-300¹⁹³, C-323¹⁹⁴ et C-584¹⁹⁵. Ces ambitieux projets n'ont pas été adoptés¹⁹⁶. Le principal instrument canadien de RSE est une stratégie intitulée *Stratégie améliorée du Canada relative à la responsabilité sociale des entreprises, visant à renforcer les industries extractives du Canada à l'étranger*¹⁹⁷. Comme son nom l'indique, elle s'adresse à l'industrie extractive. Cette

¹⁹⁰ CE, L. SMIT et al., *op. cit.*

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 170 et s. Cet inventaire observe qu'au-delà des dispositions de droit dur, nombre de dispositions à la texture normative variée incite les entreprises européennes à faire preuve de vigilance.

¹⁹² B. HERAUD, « La crise du Covid pousse l'Union européenne à accélérer le déploiement du devoir de vigilance » *Novethic* [en ligne], 19 mai 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.novethic.fr/actualite/entreprise-responsable/isr-rse/devoir-de-vigilance-la-crise-du-covid-19-accelere-son-etendue-a-l-union-europeenne-148542.html>>.

¹⁹³ PL C-300, *Loi sur la responsabilisation des sociétés à l'égard de leurs activités minières, pétrolières ou gazières dans les pays en développement*, 2^e sess, 40^e lég, 2009 (dépôt et première lecture le 9 février 2009).

¹⁹⁴ PL C-323, *Loi modifiant la Loi sur les Cours fédérales (promotion et protection des droits de la personne à l'échelle internationale)*, 1^{re} sess, 41^e lég, 2011 (dépôt et première lecture le 5 octobre 2011).

¹⁹⁵ PL C-584, *Loi concernant la responsabilité sociale d'entreprise inhérente aux activités des sociétés extractives canadiennes dans des pays en développement*, 2^e sess, 41^e lég, 2014 (dépôt et première lecture le 31 mars 2014).

¹⁹⁶ Sur ces projets, voir : I. TCHOTOURIAN, V. DESHAYE et R. MAC FARLANE-DROUIN, « Entreprises et responsabilité sociale : évolution ou révolution du droit canadien des affaires ? » (2016) 57:4 *Les Cahiers de Droit* 635.

¹⁹⁷ AFFAIRES MONDIALES CANADA, « Stratégie améliorée du Canada relative à la responsabilité sociale des entreprises, visant à renforcer les industries extractives du Canada à l'étranger », *Gouvernement du Canada* [en ligne], 31 juillet 2019. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/other-autre/csr-strat-rse.aspx?lang=fra>>. Sur la situation canadienne, voir également : Ch. KAMPHUIS, « Canadian Mining Companies and Domestic Law Reform: A Critical Legal Account » (2012) 13 *German Law Journal* 1459.

stratégie a été initialement adoptée en 2014 et révisée en 2018¹⁹⁸. Elle est structurée autour de quatre axes : favoriser un meilleur rendement des entreprises en matière de RSE ; promouvoir et renforcer les principes de RSE ; favoriser l'établissement de réseaux et de partenariats et encourager le dialogue et les mécanismes non judiciaires en vue du règlement des différends¹⁹⁹. Relevant du droit souple, cette stratégie ne prévoit aucune obligation de faire ou de ne pas faire qui soit contraignante²⁰⁰. Aucune sanction civile ou pénale n'est édictée.

40. En droite ligne de son choix de recourir au droit souple en matière de RSE, le gouvernement canadien s'en remet au règlement non judiciaire des différends en cas de violation des droits de l'Homme à l'étranger par des entreprises canadiennes²⁰¹. Ainsi, la création d'un ombudsman canadien de l'entreprise responsable a été annoncée en janvier 2018 et a été pourvue en avril 2019²⁰². Le mandat de cet ombudsman est déterminé par voie de décret²⁰³. L'ombudsman a pour principale mission de permettre le règlement des différends opposant une entreprise canadienne à ses parties prenantes. À ce titre, il peut agir en tant que médiateur ou rediriger le différend vers une procédure d'arbitrage. Mais il est incertain que l'ombudsman puisse contribuer à l'amélioration des pratiques des entreprises canadiennes à l'étranger²⁰⁴. Ses pouvoirs sont limités puisqu'il ne peut pas enquêter ou contraindre les entreprises à adopter des mesures favorables

¹⁹⁸ AFFAIRES MONDIALES CANADA, « Stratégie améliorée du Canada relative à la responsabilité sociale des entreprises, visant à renforcer les industries extractives du Canada à l'étranger », *loc. cit.*

¹⁹⁹ I. TCHOTOURIAN, *Entreprises et responsabilité sociale : La gouvernance en question*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2019, p. 103-104, n° 142-145.

²⁰⁰ La stratégie « [...] démontre clairement que le gouvernement du Canada s'attend à ce que les entreprises canadiennes fassent la promotion des valeurs canadiennes et qu'elles opèrent selon les plus hauts standards d'éthique. Elle décrit également les initiatives mises de l'avant par le gouvernement pour aider les entreprises canadiennes à améliorer leur rendement en matière de RSE, ainsi qu'à maximiser les avantages qui peuvent découler de leurs investissements dans les pays où elles mènent des activités » (AFFAIRES MONDIALES CANADA, « Stratégie améliorée du Canada relative à la responsabilité sociale des entreprises, visant à renforcer les industries extractives du Canada à l'étranger », *Gouvernement du Canada* [en ligne], 31 juillet 2019. Disponible sur internet : <<https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/other-autre/csr-strat-rse.aspx?lang=fra>>).

²⁰¹ Ch. KAMPHUIS, « Canadian Mining Companies and Domestic Law Reform: A Critical Legal Account », *loc. cit.* ; S. L. SECK, « Canadian Mining Internationally and the *UN Guiding Principles for Business and Human Rights* » (2011) 49 *Canadian Yearbook of International Law* 51, p. 84 ; A. LANGENFELD, « L'Ombudsman Canadien pour la Responsabilité des Entreprises : lecture critique d'une innovation Canadienne » (à paraître), *Les Cahiers de Droit*.

²⁰² *Nomination de SHERI MEYERHOFFER, d'Ottawa (Ontario), conseillère spéciale du ministre du Commerce international, devant porter le titre d'ombudsman canadien pour la responsabilité des entreprises, à titre inamovible pour un mandat de cinq ans, à compter du 1^{er} mai 2019*, CP 2019-0300.

²⁰³ *Ombudsman canadien pour la responsabilité des entreprises : Décret remplaçant l'annexe du décret C.P. 2019-299 du 8 avril 2019*, CP 2019-1323.

²⁰⁴ M.-D. LANGLOIS, « De sérieuses questions sur l'ombudsman canadien », *Le Devoir* [en ligne], 29 juin 2019. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.ledevoir.com/opinion/idees/557726/responsabilite-des-entreprises-extractives-de-serieuses-questions-sur-l-ombudsman-canadien>>.

aux parties prenantes. L'ombudsman remplace le Bureau du Conseiller en RSE²⁰⁵ en reprenant peu ou prou l'essentiel de ses caractéristiques, sachant que ce Conseiller s'était révélé inefficace.

2.2. Des progrès jurisprudentiels

41. Le Canada est peu disert sur le devoir de vigilance, mais une décision rendue en Ontario il y a peu lui offre un avenir prometteur. L'affaire *Hudbay*²⁰⁶ constitue un tournant majeur pour la RSE puisqu'elle ouvre la voie à la reconnaissance d'un devoir de vigilance²⁰⁷. L'affaire portait sur des allégations de violations graves des droits de l'Homme au Guatemala survenues dans le cadre des activités minières d'une filiale contrôlée par une société canadienne *Hudbay Minerals Inc.* (ci-après « Hudbay »)²⁰⁸. En l'espèce, le tribunal devait déterminer s'il était possible de tenir la société mère canadienne directement responsable des violations des droits de l'Homme perpétrées en territoire étranger par sa filiale. Une telle solution constituant un nouveau devoir de vigilance, le test développé dans la jurisprudence anglaise *Anns*²⁰⁹ a été appliqué. Dans cet arrêt, la juge Carole Brown a rejeté les requêtes introduites par l'entreprise torontoise Hudbay à l'encontre de trois requérants guatémaltèques. Le tribunal a conclu qu'il n'était pas manifeste et évident qu'une société mère canadienne ne pourrait pas être tenue d'un tel devoir de vigilance à l'égard des victimes des activités de ses filiales²¹⁰. L'affaire poursuit son cours. Mais, sur la base de ce jugement de *common law*, les engagements de RSE peuvent dorénavant être constitutifs d'une obligation de vigilance et, possiblement, d'une sanction judiciaire par la reconnaissance d'une responsabilité extracontractuelle. Le tribunal ontarien a ouvert la voie à une nouvelle responsabilité pesant sur les sociétés mères. En vertu des règles de responsabilité civile extracontractuelle, dès lors qu'un devoir de vigilance peut être établi, une société mère pourrait être jugée directement responsable (solidairement avec sa filiale) de négligence à condition que les actions directes de chacune de ces sociétés soient source de dommages. Si aucun tribunal canadien n'a fait encore droit à de tels griefs, il n'existe à l'inverse aucune décision qui écarte ce type de réclamation.

²⁰⁵ AFFAIRES MONDIALES CANADA, « Bureau du conseiller en responsabilité sociale des entreprises (RSE) de l'industrie extractive », *Gouvernement du Canada* [en ligne] [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <https://www.international.gc.ca/csr_counsellor-conseiller_rse/index.aspx?lang=fra>.

²⁰⁶ *Choc v. Hudbay Minerals Inc.*, 2013 ONSC 1414. Une autre affaire d'importance concernant l'exécution de jugements rendus à l'étranger est : *Yaiguaje v. Chevron Corporation*, 2013 ONCA 758.

²⁰⁷ S. C. MIJARES PEÑA, « Human Rights Violations by Canadian Companies Abroad: *Choc v. Hudbay Minerals Inc* » (2014) 5:1 *Western Journal of Legal Studies* 1 ; S. IMAI, B. MAHEANDIRAN et V. CRYSTAL, « Access to justice and corporate accountability: a legal case study of HudBay in Guatemala » (2014) 35:2 *Revue canadienne d'études du développement* 285.

²⁰⁸ Pour en savoir plus sur les faits de l'espèce, voir : I. TCHOTOURIAN, V. DESHAYE et R. MAC FARLANE-DROUIN, « Entreprises et responsabilité sociale : évolution ou révolution du droit canadien des affaires ? » *loc. cit.*, 665 et s.

²⁰⁹ *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] AC 728.

²¹⁰ *Chevron Corp. c. Yaiguaje*, (2015) 3 RCS 69, § 54 et s.

42. En droit canadien des sociétés, une société mère pourrait donc voir sa responsabilité engagée quand elle participe directement à des activités dommageables ou quand elle les contrôle directement²¹¹. Cependant, il n'est pas certain que ce type de litige prospère. En effet, des incertitudes sur la portée des codes de conduite et sur les obligations existant dans des relations de sous-traitances subsistent. L'affaire *Das*²¹² démontre par son échec les difficultés pour les demandeurs à faire reconnaître une obligation de vigilance qui découlerait de l'adoption d'un code d'éthique. La trame factuelle entourant l'action collective contre l'entreprise *George Weston Limited* tient au fait que sa filiale (*Joe Fresh*) achetait des vêtements à une entreprise bangladaise qui, à son tour, sous-traitait la production de ses vêtements à une entreprise dont les locaux se trouvaient au *Rana Plaza*. Les demandeurs ont allégué que *George Weston Limited* avait manqué à son obligation de vigilance en enfreignant son propre code de conduite. Plus spécifiquement, les demandeurs ont soutenu que *George Weston Limited* s'était engagé dans son code de conduite à protéger la santé et la sécurité des salariés opérant dans les usines où ses biens étaient produits. Cet engagement dénotait l'existence d'une obligation fiduciaire de protéger la santé et la sécurité des salariés. Ils ont prétendu à cet égard que *George Weston Limited* avait fait preuve de négligence puisque les audits sociaux commandés pour vérifier la conformité des activités des fournisseurs au code de conduite étaient insuffisants pour répondre aux risques de santé et de sécurité des salariés. En l'espèce, les juges ont refusé le recours collectif initié par les victimes du *Rana Plaza*²¹³ en estimant que l'entreprise canadienne *George Weston Limited* n'avait pas d'obligation de vigilance ni de devoirs fiduciaires envers les demandeurs, et ce, malgré le code de conduite qu'elle avait adopté à l'égard des salariés étrangers. Dans sa décision, la Cour a pris en compte la capacité limitée de contrôle de *George Weston Limited* sur les fournisseurs indépendants situés à l'étranger. Elle a conclu qu'il serait déraisonnable d'imposer un devoir de telle sorte en raison du manque de proximité entre les demandeurs et les défendeurs. *George Weston Limited* n'était pas personnellement responsable du contexte dangereux dans lequel les salariés se trouvaient et elle n'était pas en mesure de corriger la situation. La reconnaissance du devoir de vigilance *prima facie* impose la prévisibilité du risque et la proximité entre les demandeurs et les défendeurs²¹⁴.

²¹¹ Ch. NWAPI, « Resource Extraction in the Courtroom: The Significance of *Choc v. Hudbay Mineral Inc* for Transnational Justice in Canada », (2014) 14 *Asper Review of International Business and Trade Law* 121, p. 159.

²¹² *Das v. George Weston Limited*, 2017 ONSC 4129 ; *Das v. George Weston Limited*, 2018 ONCA 1053.

²¹³ H. BUZZETI, « Effondrement du Rana Plaza : les frontières de la justice », *Le Devoir* [en ligne], 9 août 2019. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.ledevoir.com/politique/canada/560267/effondrement-du-rana-plaza-la-justice-devra-etre-rendue-au-bangladesh>>.

²¹⁴ *Odhavji Estate c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263, § 52.

3. États-Unis : le recul

43. L'article 1502 du *Dodd-Frank Act*²¹⁵ adopté en 2010 impose aux entreprises de divulguer les mesures de diligence raisonnable qu'elles adoptent quant à leur utilisation des minéraux de conflit. Le législateur fédéral américain n'a cependant pas rendu obligatoire le devoir de vigilance en encourageant simplement la divulgation des mesures qu'elles adoptaient en la matière. En effet, aucune sanction juridique en cas de manquement à un devoir de vigilance n'a été prévue par le législateur. En août 2012, la SEC a concrétisé cette disposition du *Dodd-Frank Act* en adoptant des mesures pour que les entreprises concernées divulguent annuellement les informations prévues par l'article 1502²¹⁶. *In fine*, l'objectif de cette disposition était de faire en sorte que les entreprises n'aient plus recours à ces ressources liées à de nombreuses violations des droits de l'Homme. Si cette disposition du *Dodd-Frank Act* est toujours virtuellement en vigueur aujourd'hui, la SEC a annoncé en 2017 qu'elle suspendait cette obligation de divulgation²¹⁷. Aux États-Unis, l'idée même d'un devoir de vigilance en matière de droits de l'Homme a disparu du paysage législatif²¹⁸. La question de l'adoption de nouveaux mécanismes juridiques par le législateur, à l'image de ceux adoptés en Europe, se posera peut-être dans un avenir proche.

IV. *Transparence* : la priorité aux données non financières

44. Désormais, les entreprises doivent divulguer de l'information non financière (1). Les exigences en matière de transparence de telles données sont à géométrie variable. Mais la construction normative progresse. L'information sociale et environnementale est devenue aujourd'hui « [...] un des aspects de la communication financière obligatoirement réalisée »²¹⁹. Passant par les exigences traditionnelles d'information requise des droits des sociétés par actions et des valeurs mobilières, le *reporting* non financier intègre le droit souple et se durcit dès lors que les sanctions sont évoquées. Cet outil, encore très flexible (3) ou en voie de durcissement (2), montre tout son potentiel en tant qu'outil de responsabilisation des entreprises face aux enjeux sociétaux et environnementaux actuels. Seuls certains pays européens, dont la France, imposent un

²¹⁵ *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, Pub.L. 111-203, 124 Stat. 1376-2223.

²¹⁶ DAVIES, *Governance Insights 2012*, p. 42 ; I. TCHOTOURIAN, « Divulgation extra-financière des sociétés en Europe : présentation et analyse du projet de la Commission européenne » (2014) *RTD Eur.* 309, p. 333-334.

²¹⁷ J. NADLER, S. D. FISHER et N. SERVATKA, « SEC Statements Relating to Conflict Minerals Decision », *Lexology* [en ligne], 12 avril 2018. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=98b4c157-11a0-451d-ad62-fb43d64085e0>>.

²¹⁸ Au recul législatif en matière de vigilance s'est ajouté un recul jurisprudentiel. La Cour suprême américaine a fortement réduit la portée de l'*Alien Tort Statute* (28 USC § 1350) dans les décisions *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co* (133 S. Ct. 1659 [2013]) et *Jesner v. Arab Bank Plc* (138 S. Ct. 1386 [2018]).

²¹⁹ F.-G. TREBULLE, « Responsabilité sociale des entreprises », *Répertoire Sociétés*, Dalloz, 2003, p. 8, § 31.

cadre contraignant à l'information non financière sans que le durcissement ne soit total²²⁰.

1. *La transparence : un outil normatif pour responsabiliser les entreprises*

45. Le « règne de la transparence »²²¹ fait de la divulgation un outil normatif à part entière. Sur le plan normatif, le fait de divulguer permet un déploiement de sanctions (responsabilité de l'auteur d'une fausse information²²², risque de réputation²²³) et de pratiques (évaluation, classement)²²⁴. Le droit se retrouve imbibé de transparence dans plusieurs de ses branches. En droit des sociétés par actions²²⁵, elle est devenue essentielle : où elle « [...] serait le moyen de discipliner le marché, qui serait érigé en juge capable de sanctionner ses membres à partir des informations »²²⁶, affirmation qui n'est pas sans susciter de vives discussions²²⁷.

46. Respect des droits de l'Homme ou des droits des travailleurs, lutte contre le changement climatique ou la corruption, promotion de saines pratiques de gouvernance d'entreprise ou de diversité de genre et de sexe, lutte contre la pollution environnementale : face à ces défis de la RSE, le droit n'est pas resté inactif et s'appuie sur la transparence pour y répondre²²⁸. « L'un des principes fondamentaux de la RSE est celui de la transparence dans les pratiques, qui traduit la parfaite accessibilité de l'information dans les domaines qui regardent l'opinion publique »²²⁹. Droit et

²²⁰ Pour prendre l'exemple de la France, la présentation erronée ou fallacieuse d'informations sociales et environnementales est difficilement sanctionnable. En effet, au contraire d'autres, l'hypothèse d'une information inexacte n'a pas été prévue par la loi NRE et son décret. Cependant, le droit commun s'applique (B. ROLLAND, « Toutes les sociétés doivent rendre des comptes environnementaux ! », *Revue Droit des Sociétés*, novembre 2003, p. 4, p. 7, § 21).

²²¹ B. FRYDMAN, « La transparence, un concept opaque ? » [2007] 6265 *J Trib* 300-301.

²²² En droit des valeurs mobilières, les droits canadiens et québécois sanctionnent l'information fautive ou trompeuse notamment celle attachée à l'information continue. Au Québec, la *Loi sur les valeurs mobilières* prévoit une amende (article 204.1) et/ou une peine d'emprisonnement (article 208.1) en cas d'information fautive ou trompeuse.

²²³ Sur cette notion, voir ci-dessus.

²²⁴ T. BERNIS, « Gouverner sans fin, ou quand le réel nous gouverne », in B. FRYDMAN et A. VAN WAAYENBERGE (dir.), *Gouverner par les standards et les indicateurs : de Hume aux rankings*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 383, coll. « Penser le droit », n° 23, p. 384.

²²⁵ Y. DE CORDT et G. SCHAEKEN WILLEMAERS, *La transparence en droit des sociétés et en droit financier*, Bruxelles, Larcier, 2008, coll. « Droit des sociétés » ; K. SERGAKIS, *La transparence des sociétés cotées en droit européen*, Paris, IRJS Éditions, 2013, coll. « Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne – André Tunc », n° 41 ; X. DIEUX et B. FRYDMAN, « La divulgation d'informations concernant la société anonyme – Principes et sanctions » in *Droit, morale et marché*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 455.

²²⁶ J.-F. KERLEO, *La transparence en droit : recherche sur la formation d'une culture juridique*, Paris, Mare & Martin, 2016, coll. « Bibliothèque des thèses », p. 259.

²²⁷ Voir par exemple : M. LAINE, « Le mythe de la transparence imposée » [2003] 45 *Sem Jurid Entrep Aff* 1586.

²²⁸ Voir par exemple : V. MERCIER, « L'obligation de transparence extra-financière ou la pierre angulaire de la responsabilité sociétale des entreprises » in K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON (par), *La RSE saisie par le droit : perspectives interne et internationale*, Paris, Éditions A Pedone, 2016, p. 261.

²²⁹ V. MERCIER, « L'obligation de transparence extra-financière ou la pierre angulaire de la responsabilité sociétale des entreprises », *op. cit.*, p. 261.

transparence font commun accord pour réguler les entreprises avec une recette traditionnelle : la divulgation d'informations (ou « *reporting* »). Cette divulgation donne à la gouvernance les moyens d'être responsable et de répondre aux attentes des parties prenantes. Les professeurs Bonnafous et Reisdorff²³⁰ mettent ainsi en lumière ce rôle de l'information dans la gouvernance avec le tableau ci-dessous (tableau C) :

Tableau C
Information et parties prenantes

Partenaires	Attentes directes des parties prenantes	Informations fournies par les entreprises
Salariés	Rémunération, sécurité de l'emploi, formation.	Rapports de l'entreprise, nouvelles sur l'entreprise, négociations.
Actionnaires	Dividendes et appréciations du cours boursier.	Rapports et comptes annuels, informations sur les fusions et les OPA.
Clients	Qualité, service, sécurité, bon rapport qualité-prix.	Publicité, documentation, entretiens.
Banquiers	Liquidité et solvabilité de l'entreprise, valeur des garanties, production de trésorerie.	Ratios de couverture, nantissement, prévision de trésorerie.
Fournisseurs	Rotation stable et durable.	Paiement dans les délais.
Gouvernement	Respect des lois, de l'emploi, de la compétitivité et données fidèles.	Rapports aux organismes officiels, communiqués de presse
Public	Sécurité des opération, contribution à la communauté.	Rapports sur la sécurité, reportages.
Environnement	Substitution des ressources non durables et activités non polluantes.	Rapport sur l'environnement, rapports de conformité.

À l'heure actuelle, la RSE et la théorie des parties prenantes promeuvent une nouvelle catégorie d'information : l'information non financière²³¹. L'avènement d'un droit de la RSE exige une plus grande transparence de la part des entreprises sur leurs

²³⁰ M. BONNAFOUS-BOUCHER et J. D. RENDTORFF, *La théorie des parties prenantes*, Paris, La Découverte, p. 23.

²³¹ En divulguant de l'information non financière, l'entreprise ouvre la porte à un dialogue avec ses parties prenantes et affirme ainsi la prise en compte de son environnement. Voir : I. TCHOTOURIAN, « *“Informing good to do well” : Une approche comparée de la participation (imparfaite) du droit des sociétés par actions à une gestion responsable* » (2008) 233 *La Revue des Sciences de Gestion* 35-42, p. 40.

activités²³² et sur leurs impacts envers la société²³³ ou la communauté²³⁴. Au travers d'un *reporting* traduisant ce type d'information, l'entreprise assure « [une] diffusion régulière [...] d'informations sur les impacts environnementaux et sociaux de leurs activités et sur les politiques déployées pour les prévenir »²³⁵. Or, après le rapport financier traditionnel, le rapport non financier se fait une place dans le paysage juridique²³⁶. Rapport environnemental, déclaration de performance extra-financière, divulgation d'information « ESG » (Environnement, Social, Gouvernance) ou encore rapport intégré, le rapport ou *reporting* non financier agrège de nombreux contenants et contenus différents. Cette hétérogénéité porte d'ailleurs atteinte à sa crédibilité et à son besoin de comparabilité. Néanmoins, l'idée reste la même et à l'instar du rapport financier, le rapport non financier doit présenter une image de l'entreprise quant à ses impacts sur ses parties prenantes et plus généralement la société.

²³² Voir ci-dessous le cas de la France et de sa loi sur la vigilance et aussi : *Observatoire des transitions environnementales et sociétales*, De Gaulle Fleurance & Associés, 2019, p. 19.

²³³ L'entreprise est alors ouverte à d'autres paradigmes comme la théorie des parties prenantes ou la RSE. Elle n'est plus seulement la « chose » des actionnaires, mais un acteur à part entière. Voir par exemple : I. TCHOTOURIAN, « Lorsque le droit nord-américain des sociétés dessine les nouvelles frontières de l'entreprise : les clés pour un autre futur ? » (2010) 3 *La Revue des Sciences de Gestion* 243-244, p. 86.

²³⁴ Certains auteurs avancent l'idée que le *reporting* non financier a principalement comme intérêt de susciter le dialogue entre parties prenantes et de favoriser une « prise de conscience » des actionnaires. Ce serait par ce biais que l'entreprise changerait de comportement. Voir par exemple : A. A. DHIR, « Politics of Knowledge Dissemination: Corporate Reporting, Shareholder Voice, and Human Rights » (2009) 47.1 *Osgoode Hall Law Journal* 47-82, p. 67. Cet auteur explique aussi qu'au Canada, le développement de l'information non financière permet de vérifier le respect des devoirs fiduciaires de la direction. Il est d'ailleurs possible de constater une corrélation entre l'engagement des actionnaires (notamment grâce à une plus grande information) et le changement de comportement des entreprises sur des enjeux environnementaux. Voir : E. M. REID et M. W. TOFFEL, « Responding to public and private politics: corporate disclosure of climate change strategies » (2009) 30 *Strat. Mgmt. J.* 1157-1178, p. 1171.

²³⁵ F. QUAIREL, « Reporting », in N. POSTEL et R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2016, coll. « Capitalismes – éthique – institutions » [en ligne], 409-415. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : Dictionnaire critique de la RSE <<http://books.openedition.org/septentrion/6733>>.

²³⁶ Malgré le coût que le rapport non financier peut représenter pour les entreprises, celui-ci a de nombreux intérêts : meilleure allocation des ressources, prise en compte pour l'entreprise de certaines problématiques, meilleur engagement des parties prenantes, nouvelle forme de régulation des comportements des entreprises... Pour un résumé des avantages et des inconvénients du *reporting* non financier, voir notamment : B. CHOUDHURY, « Social Disclosure » (2016) 13:1 *Berkeley Bus LJ* 183, p. 195. L'auteur explique que même si cet instrument n'est pas parfait, le *reporting* non financier est une bonne alternative à une régulation traditionnelle. C'est ce qui explique son dynamisme dans le paysage juridique actuel.

2. Union européenne : le durcissement normatif de la RSE²³⁷

47. Dès le début des années 2000, la France a initié un mouvement de divulgation avec la *Loi relative aux nouvelles régulations économiques*²³⁸ (dite « NRE »). Son article 116 a demandé aux grandes entreprises d'expliquer « la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité ». Par la suite, le dispositif français a été enrichi : la loi « Grenelle II » de 2010²³⁹ avec son article 225, la loi dite « Sapin II » contre la corruption de 2016²⁴⁰, la loi relative au devoir de vigilance de 2017²⁴¹ et l'article 173 de la *Loi relative à la transition énergétique*²⁴². Enfin, plus récemment, l'ordonnance de 2017 sur la performance non financière²⁴³ et son décret²⁴⁴ d'application sont venus remplacer l'ancien dispositif du Grenelle II. Toutes ces lois enrichissent la transparence attendue des entreprises. Malgré certains défauts persistants²⁴⁵, le mouvement vers un durcissement normatif des pratiques est définitivement lancé. Cette construction normative a été reprise par l'Union européenne et fait désormais pleinement partie de sa stratégie de finance durable²⁴⁶.

48. Au niveau européen, le *reporting* non financier a dans un premier temps été consacré par la directive 2014/95/UE²⁴⁷. Cette directive oblige les grandes entreprises

²³⁷ Bien avant la directive européenne de 2014, de nombreux pays européens avaient déjà adopté des dispositifs de *reporting* non financier : voir le tableau n° 1 « Les obligations de reporting des données RSE au niveau international », in S. BENHAMOU, M.-A. DIAYE, avec la collab. de P. CRIFO, *op. cit.*, p. 36. Pour un panorama de la transposition de la directive européenne de 2014 dans l'Union européenne : voir l'annexe 4 « Transposition de la Directive 2014/95/UE en Europe » in AMF, « Rapport sur la responsabilité sociale, sociétale et environnementale des sociétés cotées » [en ligne], 2019, p. 116. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <https://www.amf-france.org/sites/default/files/2020-02/rapport-2019-sur-la-responsabilite-sociale-societale-et-environnementale-des-societes-cotees_o.pdf>.

²³⁸ La *Loi n° 2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques*. A. LIENHARD, « Sociétés cotées : information sociale et environnementale » (2002) *Dalloz*, p. 874 ; C. MALECKI, « Informations sociales et environnementales : de nouvelles responsabilités pour les sociétés cotées » (2003) *Dalloz*, p. 818 ; B. ROLLAND, « Informations environnementales, loi NRE et RSE : le regard du juriste » (2005) 3^{ème} Congrès de l'ADERSE, vol. 3, p. 1897 ; B. ROLLAND, « Toutes les sociétés doivent rendre des comptes environnementaux ! », *loc. cit.*, p. 4 ; A. SOBZAK, « L'obligation de publier des informations sociales et environnementales dans le rapport annuel de gestion : une lecture critique de la loi NRE et de son décret d'application » (2003) *JCP E*, p. 598.

²³⁹ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

²⁴⁰ 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.

²⁴¹ Loi n° 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre.

²⁴² Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, J.O. 18 août 2015, 14 263.

²⁴³ Ordonnance n° 2017-1180 du 19 juillet 2017, J.O. 21 juil. 2017, p. 169.

²⁴⁴ Décret n° 2017-1265 du 9 août 2017, J.O. 11 août 2017, p. 25.

²⁴⁵ Voir par exemple : N. CUZACQ, « Le nouveau visage du reporting extra-financier français » [2018] 6 *Rev Sociétés* 347.

²⁴⁶ COMMISSION EUROPEENNE, *Plan d'action : financer la croissance durable*, Bruxelles, 2018, p. 4.

²⁴⁷ CE, Directive 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, [2014] JO, L 330/1.

européennes à divulguer de l'information non financière dans plusieurs domaines²⁴⁸. Ce dispositif a par la suite été enrichi en 2017 par des lignes directrices non contraignantes²⁴⁹, ainsi que des précisions apportées sur le risque climatique²⁵⁰. Actuellement, la Commission européenne réalise une consultation en vue d'une possible modification de la directive de 2014²⁵¹. Les investisseurs eux-mêmes sont sollicités comme en témoigne le récent règlement européen²⁵² relatif à la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers qui entrera en vigueur le 10 mars 2021. Celui-ci vient expliquer la manière dont les investisseurs doivent intégrer les risques liés à la durabilité dans leurs décisions et mesurer les impacts négatifs sur l'environnement. Il s'agit là en réalité d'une extension de l'article 173 de la loi française sur la transition énergétique de 2015. La Commission européenne a également lancé un autre chantier : celui des standards. « *There is also a need for clear reporting standards for companies to apply [...] the European Commission will support a process to develop European non-financial reporting standards* »²⁵³. Afin d'harmoniser et d'améliorer la comparabilité des entreprises, la Commission souhaite développer ses propres standards. Dans cette prolifération d'initiatives, il faut souligner l'activité de l'Autorité européenne des marchés financiers (ESMA) qui n'hésite pas à prendre position sur le développement de la divulgation non financière des grandes entreprises²⁵⁴. Elle y relève les failles, les bonnes pratiques et fournit des pistes de solution pour aider les législateurs et les autorités nationales de régulation des marchés financiers à réformer leur modèle.

²⁴⁸ I. TCHOTOURIAN, « Divulgation extra-financière des sociétés en Europe : Présentation et analyse du projet de la Commission européenne », *loc. cit.*

²⁴⁹ CE, « Lignes directrices sur l'information non financière (méthodologie pour la communication d'informations non financières), 5 juillet 2017, C 215/01.

²⁵⁰ CE, « Lignes directrices sur l'information non financière : Supplément relatif aux informations en rapport avec le climat », 17 juin 2019, C(2019) 4490 final.

²⁵¹ « Non-financial reporting by large companies (updated rules) » [en ligne], 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12129-Revision-of-Non-Financial-Reporting-Directive/public-consultation>>.

²⁵² CE, « Règlement (UE) 2019/2088 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers », 9 décembre 2019, L 317/1.

²⁵³ (Nous soulignons) V. DROMBROVSKIS, « Remarks by Executive Vice-President Dombrovskis at the Conference on implementing the European Green Deal: Financing the Transition », Speech, 28 janvier 2020.

²⁵⁴ Voir par exemple : EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY, Report, « Enforcement and regulatory activities of European enforcers in 2019 » [en ligne], 2 avril 2020 (ESMA32-63-846). [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet :

<https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma32-63-846_2019_activity_report.pdf> ;

EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY, Public Statement, « European common enforcement priorities for 2019 annual financial reports » [en ligne], 22 octobre 2019 (ESMA32-63-791). [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet :

<https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma32-63-791_esma_european_common_enforcement_priorities_2019.pdf>.

49. L'ensemble de ces initiatives montre la dynamique actuelle entourant la thématique du *reporting* non financier. Même si le droit est encore souple dans sa texture, il y a une densification de la matière et le droit est de plus en plus présent.

3. Amérique du Nord : entre droit souple et inaction

3.1. États-Unis : peu d'avancées mais...

50. Les États-Unis ont été le premier pays à utiliser le concept de transparence²⁵⁵ perçu très tôt comme indispensable dans la protection des investisseurs et de la stabilité du marché²⁵⁶. Dès 1930, l'élaboration du *Securities Act* a amorcé le débat quant à une régulation de la divulgation des entreprises (« *disclosure* »). Avec les travaux d'Eugene Fama²⁵⁷ dans les années 70, l'hypothèse de l'efficacité des marchés a influencé le droit des valeurs mobilières en mettant l'information comme « [...] élément fondamental [du] régime d'encadrement du marché des valeurs mobilières »²⁵⁸. L'objet de l'obligation a été de permettre au marché d'assimiler les nouvelles informations (l'efficacité informationnelle), ce qui, en contrepartie, assure que le prix fixé par le marché reflète la réalité informationnelle (l'efficacité des marchés).

51. Depuis déjà de nombreuses années, la question de la régulation de la divulgation de l'information non financière est source de débats aux États-Unis²⁵⁹. La *Securities Exchange Commission* (ci-après « SEC ») demeure néanmoins ancrée sur ses positions et n'a pas modifié sa position sur la transparence non financière. En avril 2016 pourtant, la SEC a publié un avis de consultation pour obtenir les commentaires du public concernant l'actualisation des obligations d'information sur la durabilité²⁶⁰. Mais les suites de cette consultation sont restées lettre morte et n'ont abouti à aucune action de la part de la SEC. La régulation classique s'applique et son principe de « *materiality* » reste maître : une entreprise doit divulguer de l'information lorsque celle-ci a un effet sur sa santé financière. En dépit de sa prudence, la SEC a tout de même produit en 2010 un rapport intitulé *Commission Guidance Regarding Disclosure Related to Climate*

²⁵⁵ E. ZOLLER, « Transparence et démocratie : généalogie d'un succès », in G. J. GUGLIELMI et E. ZOLLER, *Transparence, démocratie et gouvernance citoyenne : colloque international des 23 et 24 mai 2014*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2014, « Colloques », p. 16.

²⁵⁶ W. M. H. GROVER et J. C. BAILLE, « Exigences en matière de divulgation », in Canada, *Avant-projet d'une loi canadienne sur le marché des valeurs mobilières*, Consommation et corporations Canada, 1979, p. 395.

²⁵⁷ E. FAMA, « Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work » (1970) 25:2 *J Finance* 383-417.

²⁵⁸ E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^e éd, Paris, Dalloz, 2008, coll. « Méthodes du droit », § 1982. Pour une analyse approfondie, voir aussi : R. CRETE et S. ROUSSEAU, *op. cit.*, § 626, 3^e éd.

²⁵⁹ Voir par exemple : C. A. WILLIAMS, « The Securities and Exchange Commission and Corporate Social Transparency » (1999) 112:6 *Harv Law Rev* 1197 ; « Should the SEC Expand Nonfinancial Disclosure Requirements? » (2002) 115:5 *Harv Law Rev* 1433.

²⁶⁰ SEC, « Business and financial disclosure required by regulation S-K », 17 CFR Parts 210, 229, 230, 232, 239, 240 and 249, Release n° 33-10064 ; 34-77599, 13 avril 2016, p. 204 et s.

*Change*²⁶¹. Ce guide interprétatif explique aux entreprises les exigences qui pèsent sur elles en matière de divulgation concernant le changement climatique.

52. Néanmoins, depuis peu, des discussions ont lieu au sein de la SEC quant à la question de savoir si elle devrait modifier le droit en consacrant une divulgation non financière de nature obligatoire. Son Comité consultatif des investisseurs (« *Investor Advisory Committee* ») a exprimé le 21 mai 2020 son désir d'une plus grande prise en compte de la divulgation non financière par la SEC : « *We are recommending that the Commission begin in earnest an effort to update the reporting requirements of Issuers to include material, decision-useful, ESG factors* »²⁶². En droite ligne, une partie de l'exécutif de la SEC a défendu l'idée d'une réforme²⁶³. Comme le souligne la commissionnaire Lee, l'absence d'uniformité (dans les standards et dans l'information) et de contrôle en matière d'information non financière rend complexe la comparabilité des données. L'information est peu utile pour les investisseurs²⁶⁴ et s'avère d'une fiabilité douteuse, alors qu'elle coûte cher à produire²⁶⁵. Toutefois, *certain restent sceptiques*. « *A new SEC disclosure framework for ESG information, however, seems an unnecessary response when our existing securities disclosure framework is very good at handling all types of material information* »²⁶⁶. Ainsi, le président de la SEC ne partage pas l'avis du Comité consultatif des investisseurs et l'a fait savoir. L'usage de la matérialité permettrait aux entreprises américaines de divulguer de l'information non financière de qualité. Le procès avorté contre l'entreprise *ExxonMobil* intenté à l'automne 2019 à la suite de l'enquête du procureur général de l'État de New York sur des déclarations trompeuses qu'elle aurait faites aux investisseurs sur le prix du carbone démontre, s'il le fallait, l'actualité de la question²⁶⁷. Très brièvement, *ExxonMobil* a été accusée d'avoir menti à ses investisseurs en sous-estimant l'impact des réglementations climatiques et donc sur la rentabilité de la société. Dans un jugement rendu le 10 décembre 2019, le juge Barry Ostrager a

²⁶¹ SEC, « Commission Guidance Regarding Disclosure Related to Climate Change », 17 CFR PARTS 211, 231 and 241, Release n° s 33-9106 and 34-61469, 8 février 2010.

²⁶² A. BENNINGTON, SEC Investor-as-Owner Subcommittee, « Recommendation from the Investor-as-Owner Subcommittee of the SEC Investor Advisory Committee Relating to ESG Disclosure » [en ligne], 28 mai 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://corpgov.law.harvard.edu/2020/05/28/recommendation-from-the-investor-as-owner-subcommittee-of-the-sec-investor-advisory-committee-relating-to-esg-disclosure/>>.

²⁶³ A. H. LEE, « “Modernizing” Regulation S-K: Ignoring the Elephant in the Room » [en ligne], 30 janvier 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.sec.gov/news/public-statement/lee-mds-2020-01-30>>.

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ Voir par exemple : S. KOTSANTONIS et G. SERAFEIM, « Four Things No One Will Tell You About ESG Data » (2019) 31:2 *J Appl Corp Finance* 50-58, p. 54.

²⁶⁶ (Nous soulignons) H. PEIRCE, « Remarks by Commissioner Peirce at Meeting of the SEC Investor Advisory Committee », *Harvard Law School Forum on Corporate Governance et Financial Regulation* [en ligne], 22 mai 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://corpgov.law.harvard.edu/2020/05/22/remarks-by-commissioner-peirce-at-meeting-of-the-sec-investor-advisory-committee/>>.

²⁶⁷ J. SCHWARTZ, « Fossil Fuels on Trial: New York's Lawsuit Against Exxon Begins », *The New York Times* [en ligne], 22 octobre 2019. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.nytimes.com/2019/10/22/climate/new-york-lawsuit-exxon.html>>.

débouté la procureure générale au motif que ses allégations n'étaient pas suffisamment étayées pour démontrer une possible fraude²⁶⁸. Fin octobre, une enquête plus large quant aux faits susmentionnés a été lancée par le procureur général du Massachusetts²⁶⁹. Une plainte a été déposée concernant les mêmes faits de tromperie des investisseurs, mais aussi des consommateurs notamment à cause de publicité mensongère²⁷⁰. Cette actualité montre bien l'intérêt de plus en plus prégnant de la divulgation non financière et de ses risques dans le cadre classique de la divulgation financière.

3.2. Canada : un travail des autorités de marché

53. Actuellement, il n'existe pas de réglementation sur le *reporting* non financier. Toutefois, il serait inexact d'affirmer que le droit est absent. Certains textes permettent en effet une divulgation en ce domaine comme celle du risque lié au changement climatique²⁷¹.

54. Dès 2009, la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario s'est intéressée à la question²⁷². Dans un rapport soumis au ministre des Finances, la Commission ontarienne a souligné l'importance d'un *reporting* non financier et de son impact potentiel²⁷³. En 2010, les Autorités canadiennes en Valeurs mobilières (ci-après « ACVM ») ont repris le relais en publiant leur avis 51-333²⁷⁴. Cet avis s'intéresse spécifiquement à la question environnementale et incite les grandes entreprises à publier de l'information dès lors que celle-ci est pertinente. Il s'agit de respecter les règles classiques de divulgation financière, tout en prenant en compte les nouveaux risques liés à l'environnement²⁷⁵. En 2017, les ACVM ont annoncé, dans la continuité, le lancement d'un projet d'examen de l'information fournie sur les risques et les

²⁶⁸ *People of the State of New York v. Exxon Mobil Corporation*, New York Supreme Court 452044/2018 [en ligne], 2019. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/case-documents/2019/20191210_docket-4520442018_decision.pdf>.

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ COMPLAINT, *Commonwealth of Massachusetts v. Exxon Mobil Corporation*, Suffolk Superior Court 19-3333 [en ligne], 2019. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.mass.gov/files/documents/2019/10/24/Complaint%20-%20Comm.%20ov.%20Exxon%20Mobil%20Corporation%20-%2010-24-19.pdf>>.

²⁷¹ Voir par exemple : S. ROUSSEAU et I. TCHOTOURIAN, « Obligation de divulgation des informations environnementales à la charge des sociétés canadiennes : la mise au point de l'Ontario Securities Commission » (2008) 4 *Revue de Droit bancaire et financier* 24, 9.

²⁷² ONTARIO SECURITIES COMMISSION, « OSC Corporate Sustainability Reporting Initiative – Report to Minister of Finance », 18 décembre 2009, p. 96.

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ AUTORITES CANADIENNES EN VALEURS MOBILIERES, « Avis 51-333 du personnel des ACVM : Indications en matière d'information environnementale » (2010) 41.

²⁷⁵ I. TCHOTOURIAN et L. GEELHAND DE MERXEM, « Divulgation de l'information extra-financière par les entreprises. Changement climatique... et réglementaire en vue au Canada ? » (2019) 2018-4:174 *Rev Rech Jurid*, p. 1755.

répercussions financières associés au changement climatique²⁷⁶. Ce projet a abouti à l'avis 51-354²⁷⁷ portant sur la communication d'information relative au changement climatique. Par la suite, les ACVM ont publié l'avis 51-358²⁷⁸ qui aide les sociétés à cerner les risques importants que pose le changement climatique et à améliorer l'information qu'elles communiquent à cet égard. Au Canada, il existe donc un intérêt pour le *reporting* non financier²⁷⁹ en raison du risque économique important que représente notamment le climat²⁸⁰.

55. Le droit des valeurs mobilières est également un point d'ancrage pour le dispositif du *reporting* non financier, et ce, au travers de l'information continue qu'il impose²⁸¹. Il existe toute une série de textes qui renvoient aux données non financières : le Règlement 51-102 sur les obligations d'information continue²⁸², le Règlement 58-101 sur l'information concernant les pratiques en matière de gouvernance²⁸³, le Règlement 52-110 sur le comité d'audit²⁸⁴, le Règlement 52-109 sur l'attestation de l'information présentée dans les documents annuels et intermédiaires des émetteurs²⁸⁵, ou encore l'Instruction générale 58-201 relative à la gouvernance²⁸⁶. Pour l'essentiel, dès lors qu'une information est importante pour une entreprise (au sens où elle aurait un impact sur sa santé financière), cette dernière doit être divulguée.

Conclusion

56. Le tour d'horizon proposé dans cet article a présenté plusieurs normes juridiques de type *hard law* récemment mises en place ou âprement discutées dans le domaine de la RSE et du droit des sociétés par actions. Branche juridique limitée trop longtemps à

²⁷⁶ ACVM, « Les autorités en valeurs mobilières du Canada annoncent le lancement d'un projet d'examen de l'information fournie sur le changement climatique » [en ligne], 21 mars 2017. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <https://www.autorites-valeurs-mobilieres.ca/presentation_des_ACVM.aspx?ID=1567&LangType=1036>.

²⁷⁷ ACVM, « Avis 51-354 du personnel des ACVM : Rapport relatif au projet concernant l'information fournie sur le changement climatique » 47, p. 51.

²⁷⁸ ACVM, « Avis 51-358 du personnel des ACVM : Information sur les risques liés au changement climatique » 19, p. 51-358.

²⁷⁹ Voir par exemple le guide de la Bourse de Toronto et des comptables agréés du Canada : CPA Canada et TMX, *Informations à fournir sur les questions environnementales et sociales : guide d'introduction*, 2014, p. 27.

²⁸⁰ M. CARNEY, « Letter from Michael R. Bloomberg », 74, p. 3 ; *PI Social environmental value creation Jimmy Greer.pdf*, p. 26.

²⁸¹ *Loi sur les valeurs mobilières*, RLRQ c V-11 [en ligne], 14 juin 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/ShowDoc/cs/V-1.1>>.

²⁸² AMF, « Règlement 51-102 sur les obligations d'information continue » [2018] 213.

²⁸³ AMF, « Règlement 58-101 sur l'information concernant les pratiques en matière de gouvernance » [2015] 13.

²⁸⁴ AMF, « Règlement 52-110 sur le Comité d'audit » [2015] 23.

²⁸⁵ AMF, « Règlement 52-109 sur l'attestation de l'information présentée dans les documents annuels et intermédiaires des émetteurs » [2015] 34.

²⁸⁶ AMF, « Instruction générale 58-201 relative à la gouvernance » [2005] 6.

une vision technique et utilitariste²⁸⁷, le droit des sociétés par actions apparaît comme le fondement même de l'existence du pouvoir de la grande entreprise. Sans le droit (et notamment le droit des sociétés par actions), ses pouvoirs ne pourraient pas exister : « C'est l'ensemble de la *structure légale de la corporation* qui permet de construire les systèmes organisationnels propres à l'entreprise managériale, de fonder et de légitimer le pouvoir et l'autonomie de la direction, dans la gestion des actifs, les choix organisationnels et stratégiques, la gestion du travail »²⁸⁸. La société par actions a initialement concentré des capitaux en accumulant l'épargne au service de la grande entreprise et en ne répartissant pas intégralement les bénéfices pour constituer des réserves, le tout permettant d'organiser la croissance de l'entreprise²⁸⁹. La concentration est un mouvement qui a entraîné la formation d'unités économiques de plus en plus vastes tant par des opérations de croissance des entreprises (fusion...) que par des opérations d'intégration (groupes de sociétés, ententes...)²⁹⁰. Aujourd'hui, le droit des sociétés par actions est en pleine évolution et traduit la RSE dans ses règles. Il existe non seulement des règles dont le contenu est inspiré par la RSE, mais encore la mise en œuvre de certaines règles juridiques est corrigée par la RSE sous la forme d'une opposition ou d'une orientation. De nombreux pays avancent sur le sujet de la RSE : le Canada et plusieurs de ses provinces, les États-Unis, l'Union européenne et certains de ses pays (France, Angleterre, Allemagne, Pays-Bas...), la Chine, ou encore la Suisse. Face à l'ampleur du phénomène et aux conséquences qu'il engendre, il s'agit de participer aux réflexions en cours. Du « non-droit »²⁹¹ au droit (*soft* et *hard*)²⁹², tel est le mouvement de la RSE qui se dégage. Ce mouvement se caractérise par une certaine homogénéité entre les pays en dépit d'histoires politiques, économiques, juridiques ou culturelles différentes. Si ce mouvement crée un environnement juridique incertain²⁹³, la RSE devient progressivement un instrument juridique générateur d'obligations pour les entreprises²⁹⁴. Les entreprises sont *post hoc*, de plus en plus gouvernées par le droit pour

²⁸⁷ Dans le passé, le professeur français Barbiéri a pu déplorer « l'hypertechnicité des règles en droit des sociétés » en soulignant qu'« [...] une spéculation effrénée, une recherche forcenée d'un profit non partagé s'accommodent parfaitement de normes techniques » (J.-F. BARBIERI, « Morale et droit des sociétés », in *La morale et le droit des affaires*, Paris, Montchrestien, 1996, p. 103, § 7).

²⁸⁸ (Nous soulignons) O. WEINSTEIN, *Pouvoir, finance et connaissance : Les transformations de l'entreprise capitaliste entre XX^e et XXI^e siècle*, Paris, La Découverte, 2010, p. 46.

²⁸⁹ Cl. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Paris, Sirey, 1962, p. 10.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 3.

²⁹¹ Le non-droit représente l'absence du droit dans un certain nombre de rapports humains où le droit aurait eu vocation théorique à exister. En tant que donnée sociale, le non-droit se caractérise notamment par l'autolimitation du droit. Voir : J. CARBONNIER, *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd, Paris, LGDJ, 2001, p. 25-28.

²⁹² E. DE CANNARD D'HAMALE, « La responsabilité sociale des entreprises, *soft law* ou *hard law* ? » (2007) 6269 *Le Journal des Tribunaux* 413.

²⁹³ M. A. DELMAS et V. CUEREL BURBANO, « The Drivers of Greenwashing » (2011) 54:1 *California Management Review* 64, p. 65.

²⁹⁴ I. BAUDET, « Quelle place pour les sociétés de capitaux dans l'ESS ? Analyse du choix de leur intégration par le législateur français » *RIODD 2016*, Saint-Étienne [en ligne], juillet 2016, 33, p. 39. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01349950>>.

devenir plus sociales²⁹⁵. À trop vouloir faire de la règle de droit des sociétés par actions une technique excluant le souci de l'autre, on risque de tuer la confiance dans les entreprises et la sécurité nécessaire aux échanges commerciaux²⁹⁶ ; et de mettre en crise le droit des affaires²⁹⁷.

57. Une mondialisation de la RSE prend corps. Une normativité globale responsable est en construction dont il faut saisir les conséquences²⁹⁸. Si l'impasse juridique que représentent les grandes entreprises²⁹⁹ n'est sans doute pas pleinement résolue, leur responsabilisation grandissante est amorcée³⁰⁰. « Au sein d'un espace planétaire globalisé, les différents systèmes juridiques étatiques entrent nécessairement en contact et se placent en position de compétition »³⁰¹. Alors que jusqu'alors une course au moins-disant juridique était particulièrement à craindre en matière de RSE³⁰², la concurrence régulatoire des États à l'échelle mondiale donne une réalité à cette dernière dans le droit dur et confirme son déplacement vers le mieux-disant normatif. L'intervention des législateurs touchant le droit des sociétés par actions est intéressante compte tenu du risque que présente la norme privée d'opprimer certains intérêts particuliers afin d'en servir d'autres et de négliger l'intérêt général que défend la norme étatique³⁰³.

58. Toutefois, le droit des sociétés par actions ne peut être pensé isolément lorsque la RSE est abordée sous l'angle du droit dur. « *Developing a coherent and effective regulatory strategy requires thinking beyond company law, as well as taking into account respective regulatory interactions and correlations. In general, the regulatory instruments of company law can substitute or at least supplement other provisions; conversely, their effectiveness can also depend on this broader framework* »³⁰⁴. Les droits notamment du travail, de la faillite, de la concurrence, de la fiscalité, de l'environnement, des marchés publics, de la consommation sont aussi concernés par cette problématique.

²⁹⁵ N. HUET, « L'entreprise socialement responsable : faut-il plus de droit ? », in M. HAYAT (dir.), *Le droit des affaires d'aujourd'hui à demain. Regards français et étranger en hommage à Yves Chaput*, Paris, LexisNexis, 2014, coll. « Le droit des affaires », p. 155, p. 173.

²⁹⁶ S. DARMAISIN, *Le contrat moral*, Paris, LGDJ, 1999, p. 314, § 490.

²⁹⁷ J. BARTHELEMY, « Turbulences entre droit des sociétés et droit du travail » (1987) *Semaine Juridique, Édition Entreprise II*, 15053.

²⁹⁸ O. THIBOUT, *La Responsabilité Sociale des Entreprises : dynamique normative et enjeux concurrentiels. Une illustration d'un droit en mouvement*, Thèse de doctorat, Université Côte d'Azur, 2018, p. 309 et s., § 586 et s.

²⁹⁹ M. LIZEE, « Le droit des multinationales : une impasse juridique ? » (1985) 2 *Rev. Québécoise de droit int'l* 271.

³⁰⁰ B. C. STAHL, « The responsible company of the future: reflective responsibility in business » (2005) 37:2/3 *Futures* 117.

³⁰¹ O. THIBOUT, *op. cit.*, p. 316, § 600.

³⁰² F. COCHOY, « La Responsabilité Sociale de l'Entreprise comme « représentation » de l'économie et du droit » (2007) 65 *Droit et société* 91, p. 101.

³⁰³ O. THIBOUT, *op. cit.*, p. 96, § 152 (et les références citées par l'auteure).

³⁰⁴ (Nous soulignons) F. MOSLEIN et K. ENGSIG SORENSEN, « Nudging for Corporate Long-Termism and Sustainability: Regulatory Instruments from a Comparative and Functional Perspective », *loc. cit.*, p. 451.

59. Difficile de rester de marbre face à la COVID-19. Son impact potentiel sur la RSE et sa construction sont évidemment considérables. Cette épreuve qu'est la COVID-19 s'avère être un test pour la RSE³⁰⁵ : cette dernière engage sa crédibilité et les entreprises responsables se trouvent sur le devant de la scène. Face à une situation économique incertaine, la prise en compte de la RSE par les entreprises est considérée comme un atout et un signe de résilience. Ainsi, que ce soit de grands investisseurs comme *Blackrock*³⁰⁶ ou des régulateurs comme l'Autorité européenne des marchés financiers³⁰⁷, les nombreux avantages de la prise en compte de la RSE et de la divulgation accrue d'informations par les entreprises sont soulignés. Dans le contexte de pandémie mondiale, la RSE n'est plus à négliger et les entreprises qui joueront le jeu seront récompensées³⁰⁸. À défaut, le risque que représente la RSE³⁰⁹ peut venir les toucher. Après le blâme de l'opinion publique, la sanction économique du marché qui découle d'une atteinte à la réputation pour une mauvaise divulgation d'information ou une mauvaise gestion de la RSE dans le contexte de la COVID-19 pourrait avoir de graves conséquences. Le législateur n'hésitera plus à s'appuyer sur des mécanismes de réputation afin de rendre plus effectif le droit dur³¹⁰. Dans ce cas, le risque de sanction de réputation peut s'avérer tout aussi dangereux que la COVID-19.

60. En guise de conclusion, les propos du professeur Barbieri pourraient être paraphrasés³¹¹ : « Il n'est pas de véritable droit sans morale » avait-il pu écrire au milieu des années 90. « Il n'est pas de nos jours de véritable droit des sociétés par actions sans RSE » pourrions-nous affirmer.

³⁰⁵ I. TCHOTOURIAN, « La RSE à l'heure de la COVID-19 », *Blogue Contact* [en ligne], 26 mars 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible en ligne :

<http://www.contact.ulaval.ca/article_blogue/la-rse-a-lheure-de-la-covid-19/>.

³⁰⁶ Pour une actualité récente, voir : B. ATKINS, « Demystifying ESG: Its History & Current Status », *Forbes* [en ligne], 8 juin 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible en ligne :

<<https://www.forbes.com/sites/betsyatkings/2020/06/08/demystifying-esgits-history--current-status/#7e90fc6f2cdd>> ; A. MOONEY, « ESG passes the Covid challenge », *Financial Times* [en ligne],

2 juin 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible en ligne : <<https://www.ft.com/content/50eb893d-98ae-4a8f-8fec-75aa1bb98a48>>.

³⁰⁷ R. MAGUET et T. VERDIN, « L'information ESG balisée pour réduire le risque », *Revue Banque* [en ligne], 26 juin 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible en ligne : <<http://www.revue-banque.fr/risques-reglementations/article/information-esg-balisee-pour-reduire-risque>>.

³⁰⁸ B. ATKINS, « How To Operationalize ESG », *Forbes* [en ligne], 8 mai 2020. [Consulté le 19 novembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.forbes.com/sites/betsyatkings/2020/05/08/how-to-operationalize-esg/#2b03194b4835>>.

³⁰⁹ D.-A. DELAVOËT, A. DUPUI-CASTERES et L. BENATIA, « Valeur de marque et réputation : un enjeu majeur de la nouvelle gouvernance » (2011) 6:2 *Sécurité Strat* 9.

³¹⁰ N. CUZACQ, « Le mécanisme du *Name and Shame* ou la sanction médiatique comme mode de régulation des entreprises » (2017) *RTD Com* 473.

³¹¹ J.-F. BARBIERI, « Morale et droit des sociétés », *op. cit.*, p. 114, § 38.

Droit de l'urgence et crise sanitaire

Séminaire de recherche IRJS

*Coordonné par les directeurs des départements de recherche et les organisateurs des
déjeuners-débats de l'École de Droit de la Sorbonne
Conférences sur Zoom, juin-juillet 2020*

Summary: *The pandemic has two main types of effects on the law: on the one hand, waiting effects, i.e. extensions of time limits and suspensions that are unlikely to be permanent; and on the other hand, emergency effects that are likely to change the law in a permanent way. Is it a raw fact or a legal fact? Is it necessary to have recourse, as in Roman law, to fiction of consent, especially to zoom judicial hearings? The law of emergency would imply a momentary infringement of fundamental rights such as the principle of equality in education or of religious freedoms. The basic question is to know what is emergency in law: is it a harmful wait-and-see attitude as in the case of summary proceedings or an impossibility to act close to a force majeure, a kind of COVID-19's excuse? Is it a protective right to deal with the emergency that removes the barriers of ordinary law (liability, balanced negotiation, fundamental freedoms) or a provisional right of reparation? In any case, it brings us back to bodies and matter while limiting relations.*

Keywords: *law, freedoms, relationship, state of emergency, body, matter, epidemic, pandemic, COVID-19.*

Résumé : La pandémie a deux grands types d'effets sur le droit : d'une part des effets d'attente, c'est-à-dire des prorogations de délais et des suspensions peu susceptibles de pérennisation et, d'autre part, des effets de l'urgence susceptibles de modifier le droit de manière pérenne. S'agit-il d'un fait brut ou d'un fait juridique ? Faut-il avoir recours comme en droit romain à des fictions de consentement notamment à des audiences judiciaires en zoom ? Le droit de l'urgence impliquerait une atteinte momentanée aux droits fondamentaux tels que le principe d'égalité en matière d'éducation et aux libertés de culte. La question de fond est de savoir ce qu'est l'urgence en droit : est-ce un attentisme dommageable comme en matière de référé ou une impossibilité d'agir voisine d'une force majeure, une sorte d'excuse de COVID-19 ? S'agit-il d'un droit protecteur pour faire face à l'urgence qui fait lever les barrières du droit ordinaire (responsabilité, négociation équilibrée, libertés fondamentales) ou d'un droit réparateur à titre provisoire ? Il ramène, en tous les cas, aux corps et à la matière tout en limitant les relations.

Mots-clés : droit, libertés, relation, état d'urgence, corps, matière, épidémie, pandémie, COVID-19.

Pour citer cet article : Emmanuel JEULAND, Sophie PRETOT (sous la direction de), « Droit de l'urgence et crise sanitaire », Séminaire de recherche IRJS, juin-juillet 2020, *Revue Juridique de la Sorbonne*, décembre 2020, n° 2, p. 97-217.

URL : [https://irjs.pantheonsorbonne.fr/sites/default/files/inline-files/Séminaire Droit de l'urgence.pdf](https://irjs.pantheonsorbonne.fr/sites/default/files/inline-files/Séminaire_Droit_de_l'urgence.pdf)

Droit de l'urgence et crise sanitaire

Au sortir du confinement, il nous a paru nécessaire de penser, sans attendre, la crise de la COVID-19. Le droit de l'urgence comme réponse à la crise sanitaire se devait d'être exploré, analysé et discuté afin de tirer les premières conséquences juridiques de cette période alors inédite.

Du 12 juin au 15 juillet 2020, des séminaires « en distanciel », selon les termes désormais consacrés au sein du milieu universitaire, ont ainsi permis l'examen de divers aspects juridiques du droit mis en place par l'état d'urgence sanitaire.

Les courtes contributions des chercheurs, tant professeurs que doctorants, se sont révélés extrêmement riches. Elles ont en outre permis des discussions très instructives avec le public connecté, comme si l'écran pouvait, dans certaines circonstances, davantage rapprocher les participants que les éloigner.

Aussi, il nous a paru opportun de publier l'essentiel des contributions à ces séminaires organisés par l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne et coordonnés par les directeurs des départements de recherche et les organisateurs des déjeuners-débats de l'École de Droit de la Sorbonne.

Emmanuel JEULAND* et Sophie PRETOT**

* @ : Emmanuel.Jeuland@univ-paris1.fr / ORCID : 0000-0001-5999-8942 / IdHAL : emmanuel-jeuland

** @ : Sophie.Pretot@univ-paris1.fr / ORCID : 0000-0002-7474-7460

Présentation du séminaire de recherche

Emmanuel JEULAND, professeur à l'École de Droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Directeur de l'IRJS
et Sophie PRETOT, maître de conférences à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Les règlements de peste dans l'ancien droit français

Claire LOVISI, professeur à l'École de Droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Droit constitutionnel et états d'urgence

Agnès ROBLOT-TROIZIER, professeur à l'École de Droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, membre de l'ISJPS – Centre Sorbonne Constitutions & Libertés

Le parlementarisme français à l'épreuve de l'urgence sanitaire

Jean-Baptiste JACOB, docteur en droit public de l'École de Droit de la Sorbonne, assistant ingénieur d'études (post-doctorant) à l'École de Droit de la Sorbonne

Droits fondamentaux et urgence à l'aide du numérique et des gouvernements ouverts

William GILLES, maître de conférences (HDR) à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Directeur du master 2 Droit des données, des administrations numériques et des gouvernements ouverts, membre de l'IRJS

Le droit de l'urgence et le solutionnisme technologique

Liane HUTTNER, ATER et doctorante en droit privé, École de Droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, IRJS-DReDIS

Urgence sanitaire et droit pénal

Anne SIMON, maître de conférences à l'EDS, IRJS, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

La personne en période de pandémie : une nouvelle hiérarchie des valeurs ?

Sophie PRETOT, maître de conférences à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Le droit de l'urgence et les recherches impliquant la personne humaine

Rébecca DEMOULE, doctorante en droit privé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Droit de l'urgence et droit des entreprises en difficulté

David LEMBERG, doctorant en droit privé à l'École de Droit de la Sorbonne (IRJS), enseignant-chercheur à CY Université de Cergy-Pontoise

COVID-19 : un tournant du droit du travail ou une réponse à l'urgence de la situation ?

Pascal LOKIEC, professeur à l'École de Droit de la Sorbonne

Aperçu des premières adaptations du droit social face à la pandémie

Flora DUFFAUD, doctorante en droit privé à l'École de Droit de la Sorbonne (IRJS), ATER à l'Institut des sciences sociales du travail, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Le droit de l'urgence et les finances publiques

Matthieu CONAN, professeur agrégé de droit public à l'École de Droit de la Sorbonne, co-directeur de Sorbonne Fiscalité & Finances publiques (IRJS), Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Fiscalité et droit de l'urgence

Ludovic AYRAULT, professeur à l'École de Droit de la Sorbonne, Université Paris 1 – IRJS/Sorbonne Fiscalité & Finances Publiques

Les sanctions civiles dans l'urgence, un droit d'exception ?

Xavier LAGARDE, professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Directeur du Département de Recherche « Sorbonne – Justice et Procès »

Droit de l'urgence, justice et émotions – Quelques éléments conclusifs

Emmanuel JEULAND, professeur à l'École de Droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Directeur de l'IRJS

Présentation

Emmanuel JEULAND

Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Directeur de l'IRJS

Sophie PRETOT

Maître de conférences à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

La pandémie a deux grands types d'effet sur le droit : d'une part des effets d'attente, c'est-à-dire des effets de vide et de blanc, des prorogations de délais et des suspensions peu susceptibles de pérennisation, ce qui produit des gagnants et des perdants (les propriétaires de locaux commerciaux sont plutôt perdants provisoirement, l'État a pu profiter du gel des délais d'action) et, d'autre part, des effets de l'urgence susceptibles de modifier le droit de manière pérenne.

Le droit constitutionnel est aux premières loges de ces questions avec l'instauration d'un état d'urgence (qui ne découle d'ailleurs pas de la Constitution directement). Le regard historique est particulièrement pertinent pour repérer ces tendances, que ce soit la distinction du droit ordinaire et du droit de l'urgence en droit romain, les règlements de peste du XVIII^e siècle, la création de l'impôt sur le revenu en 1914 ou de la TVA en 1948, les transformations de l'urbanisme au XIX^e siècle (notamment les égouts et la question de la circulation des marchandises en Europe) consécutives aux vagues de choléra (la dernière en 1880), la résolution bancaire ou la mutualisation de la dette aujourd'hui. Tout se passe comme si les acteurs et surtout l'État devaient tout à coup régler une question massive de force majeure dans des contrats privés. La question des actions en responsabilité et de l'immunité des médecins, des employeurs et des maires se pose également dans ce contexte. En matière de droit de la santé, sont créées des procédures accélérées d'essai clinique. En droit pénal, des détentions provisoires ont été prolongées sans l'intervention d'un juge jusqu'à ce que la Cour de cassation intervienne. De nombreuses libertés fondamentales ont été touchées par les nécessités de l'urgence.

Tous les dommages subis pendant cette période du fait de ces décisions d'urgence pourraient d'ailleurs être réparés par la mise en place d'un fonds d'indemnisation du type Oniam pour éviter les mises en cause de dirigeants qui n'auraient pas pris les bonnes décisions. En ce sens est apparu le concept de « période juridiquement protégée », comme si une période pouvait avoir des droits subjectifs ! Il semble historiquement que ce sont plutôt les conflits armés qui ont modifié durablement le droit en s'inscrivant dans l'urgence, mais les crises sanitaires ont également eu un impact.

Il se pose ainsi la question du mode de traitement juridique de l'urgence : s'agit-il d'un fait brut, d'un fait juridique, d'événements procéduraux ? Faut-il avoir recours comme en droit romain à des fictions, fiction de consentement, fiction du virtuel et des audiences judiciaires en zoom ?

La question des droits fondamentaux est centrale. Le droit de l'urgence impliquerait une atteinte momentanée à ces droits : le nonaccès à l'école serait une atteinte au principe d'égalité en matière l'éducation, des atteintes aux libertés de culte ont eu lieu, on a pu aussi noter l'interdit des mariages et la limitation des personnes aux obsèques (à l'inverse, l'IVG médicamenteuse a été partiellement libéralisée, en termes de délai notamment, pendant le confinement). L'application *StopCovid* a posé de nombreux problèmes de droits fondamentaux (expliquant son faible succès). Par ailleurs, les greffiers civils ont été réquisitionnés au tribunal judiciaire pour faire du pénal et l'on s'est demandé si l'on pouvait rendre des jugements sans la signature du greffier. En matière de procédure collective, des plans de redressement en préparation vont être transformés en liquidation judiciaire et l'on ira peut-être vers des jugements en série. Les négociations portant sur de futurs licenciements se feront sous la menace de la fermeture de l'entreprise et risquent de ne pas être équilibrées.

Il s'agit aussi, à travers cette série de séminaires, de réfléchir à ce qu'est la recherche en visioconférence, ce que cela change : il s'agit peut-être de « faire communauté » avec les chercheurs indépendamment des hiérarchies et des champs disciplinaires.

La question de fond est de savoir ce qu'est l'urgence en droit, autrement dit de quoi parle-t-on lorsque l'on emploie l'expression de droit de l'urgence : est-ce un attentisme dommageable comme en matière de référé ou une impossibilité d'agir voisine d'une force majeure, une sorte d'excuse de COVID-19, une forme d'urgence décrétée ? S'agit-il d'un droit protecteur pour faire face à l'urgence qui fait lever les barrières du droit ordinaire (responsabilité, négociation équilibrée, libertés fondamentales) ou d'un droit réparateur à titre provisoire ?

1^{er} juin 2020

Les règlements de peste dans l'ancien droit français

Claire LOVISI

Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

À partir de 1347 et pendant près de quatre siècles, la peste s'implante de façon endémique en Europe occidentale. En France, comme ailleurs, des poussées de peste surviennent tous les dix-quinze ans en moyenne jusqu'en 1670. La peste disparaît ensuite pendant cinquante ans avant de resurgir à Marseille en 1720¹ et de gagner toute la Provence et le Languedoc².

La peste n'est pas restée sans incidence sur le droit. Elle occupe parfois une rubrique spécifique dans les recueils d'arrêts³ ou les dictionnaires de droit⁴.

Pour le droit des contrats, ce sont essentiellement les effets de la peste sur le bail qui retiennent l'attention des juristes. Comme la guerre dont elle est souvent rapprochée⁵, la peste entre dans les « cas fortuits⁶ » qui permettent au locataire ou au fermier de demander une diminution du loyer s'il n'a pu jouir pleinement de la chose⁷.

¹ Pour une vue d'ensemble, J.-N. BIRABEN, *Les hommes et la peste en France et dans les pays européens et méditerranéens*, Paris – La Haye, 2 tomes, Mouton, 1975-1976 ; A. LECA, A. LUNEL, S. SANCHEZ, *Histoire du droit de la santé*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2014, p. 121 et s. ; R. BERTRAND et G. BUTI, *Le risque de peste dans la culture et la vie de la France d'Ancien Régime*, in A. LECA, F. VIALLA (dir.), *Le risque épidémique. Droit, Histoire, Médecine et Pharmacie*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, pp. 97-112.

² Sur la peste de Marseille, tout récemment H. STAHL, « Le droit face aux circonstances sanitaires exceptionnelles : la peste de 1720 en Provence », Colloque virtuel « Droit et Coronavirus. Le droit face aux circonstances sanitaires exceptionnelles » *RDLF* 2020 chron. n° 26.

³ V. Notamment P. J. BRILLON, *Dictionnaire des arrêts, ou jurisprudence universelle des Parlements de France et autres tribunaux*, tome V, Paris, 1727, p. 160 et s.

⁴ Cl.-J. DE FERRIERE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, tome second, Paris, 1749, pp. 481-482.

⁵ Depuis l'Antiquité, la peste est perçue comme une manifestation de la colère divine. Il en va toujours de même aux temps modernes : c'est « un des fléaux dont Dieu se sert pour la punition des crimes » dit BRILLON (*op. cit.*, p. 160). De longue date, les juristes parlent d'une guerre de Dieu (*hostilitas Dei*) contre les hommes. On en tire argument pour étendre à la peste une exception initialement prévue pour la guerre. Sur cette interprétation en matière contractuelle, v. la querelle survenue lors de l'Assemblée du Clergé de France en 1725. Tous les dix ans, les années se terminant par un 5, une grande Assemblée du Clergé – dite Assemblée du contrat – est réunie pour renouveler le contrat qui lie le clergé au roi et déterminer sa contribution financière au budget de l'État. En 1725, une des questions traitées concerne la remise des décimes pour les diocèses « spoliés par la peste ». Si le principe de leur « soulagement » fait consensus, un différend oppose les agents généraux du clergé aux cardinaux : doit-on imputer la décharge sur les pensions des cardinaux ? Le contrat conclu avec le roi prévoit traditionnellement cette imputation en cas « d'incursion des ennemis de l'État » et les agents généraux du clergé entendent étendre la disposition à la peste (*Procez verbal de l'Assemblée générale du Clergé de France, tenue à Paris... en l'année mil sept cens vingt-cinq*, Paris, 1726, p. LIII et s.)

⁶ Le cas fortuit n'est pas nettement distingué de la force majeure dans l'ancien droit, les deux notions se mêlent. V. D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, 2012, p. 592.

⁷ BRILLON, *op. cit.*, I, p. 417 ; Antoine D'ESPEISSES, *Œuvres*, nouvelle édition revue et augmentée par Guy Rousseaud de la Combe, tome 1, Lyon, 1750, p. 106 et s., p. 132.

Encore faut-il qu'il n'y ait pas renoncé et que le bail n'ait pas été passé en temps de peste⁸. Le locataire empêché d'entrer en jouissance d'une maison dont l'accès lui est fermé par la peste, comme par la guerre, n'en doit pas les loyers⁹. Mais les loyers sont dus si on est obligé de sortir de la maison à cause de la peste, parce que les meubles occupent les lieux et que le locataire a les clefs¹⁰. Le co-contractant de l'administration bénéficie aussi de garanties en cas d'événement imprévu, dont la peste et la guerre¹¹.

Par ailleurs, il est généralement admis que les testaments obéissent à des formes moins rigoureuses en temps de peste, avec toutefois des règles différentes en pays de coutumes et en pays de droit écrit¹² jusqu'à l'ordonnance d'août 1735. La grande ordonnance sur les testaments, qui a pourtant dû renoncer à unifier les traditions juridiques du Nord et du Midi, imposera des formes communes à tout le royaume pour tester en temps de peste, comme elle le fera d'ailleurs pour le testament militaire¹³.

La peste peut encore, comme la guerre, légitimement empêcher la péremption d'instance¹⁴ ou suspendre la prescription¹⁵, du moins quand l'exercice de la justice est interrompu¹⁶. Un des effets concerne les bénéficiaires ecclésiastiques : celui qui prétend avoir droit à un bénéfice doit poursuivre son droit contre le possesseur paisible dans un délai de trois ans, cependant ce délai ne court pas s'il n'a pas pu intenter son action de trouble pour cause de guerre ou de peste¹⁷.

⁸ A. D'ESPEISSES, *op. cit.*, p. 107.

⁹ R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de louage*, Paris, 1764, n° 148, p. 139.

¹⁰ BRILLON, *op. cit.*, V, p. 164-165. V. aussi la jurisprudence du Parlement d'Aix rapportée par H. BONIFACE, *Arrests notables de la Cour de Parlement de Provence*, tome 4, Lyon, 1689, p. 521-522 sur le rabais du louage des maisons, logis et boutiques durant le temps de la contagion. L'arrêt de règlement du 21 mars 1582 détaille différents cas pour obvier aux procès et éviter les frais et dépens aux parties.

¹¹ Sur ce point, v. J.-L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, PUF, 1985, p. 267 et s. Il souligne que la jurisprudence de la Cour des Aides d'Aix-en-Provence préfigure la théorie de l'imprévision. De plus amples développements dans la thèse du même auteur, *Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime : le contentieux des communautés de Provence*, Paris, 1976, p. 375 et s.

¹² Les pays de droit écrit sont beaucoup plus souples car la succession testamentaire est de droit commun. Dans les pays de coutumes où la succession *ab intestat* est la règle, les exigences sont rigoureuses pour admettre un testament en temps de peste.

¹³ ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, tome XXI, p. 386 et s. De même, le Code civil de 1804 reprendra des règles particulières sur la forme de certains testaments, notamment le testament militaire (art. 981 et s.) et le testament fait « dans un lieu avec lequel toute communication sera interceptée à cause de la peste ou autre maladie contagieuse » (art. 985-987).

¹⁴ BRILLON, *op. cit.*, V, p. 156 : la peste empêche la péremption d'instance pourvu que notoirement la justice ait cessé. La peste survenue en la maison de l'avocat chargé du procès empêche le cours de la péremption (là encore rapprochement avec la guerre).

¹⁵ BRILLON, *op. cit.*, V, p. 165 ; J. ALBERT, *Arrests de la Cour de parlement de Toulouse recueillis par feu M^e Jean Albert*, Toulouse, 1731, pp. 376-377.

¹⁶ V. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e édition, tome 24, Bruxelles, 1827, p. 172 et s. Sur l'interruption de la justice en temps de peste, v. *infra*.

¹⁷ Sur ce point, F. PERARD CASTEL (mort en 1687), *Nouveau recueil de plusieurs questions notables sur les matières bénéficiaires*, tome 2, Paris, 1689, p. 143 et s. On y trouvera d'intéressants développements sur le rapprochement entre la guerre et la peste du point de vue des « empêchements légitimes ». Sur les autres effets de la peste quant aux bénéfices, BRILLON, *op. cit.*, V, pp. 160 et 165.

Mais les incidences les plus notables portent sur l'établissement d'une « bonne police » qui est, en temps de peste, « toute particulière et différente des autres »¹⁸. La médecine n'étant pas d'un grand secours contre cette maladie très meurtrière¹⁹, des règles strictes sont imposées pour en limiter la propagation²⁰. Leur application engendre la mise en place d'une administration de crise.

Une police « toute particulière »

Dès les années 1370, des cités italiennes mettent en place les premières mesures sanitaires. Dans les grands ports, à Gênes, à Venise, à Raguse²¹, on invente la quarantaine : les bateaux en provenance de lieux infectés sont isolés pendant quarante jours. Un demi-siècle plus tard, en 1423, Venise renforce le système de quarantaine en créant dans une des îles de la lagune un lieu de confinement réservé à l'hébergement des personnes à risque de contamination, le Lazaret. Les cités italiennes de l'intérieur commencent aussi à la même époque à prendre des mesures strictes pour interdire l'entrée des malades et éviter les rassemblements. Le modèle se diffuse dans toute l'Europe²². En France, les villes adoptent les premières mesures, variées et disparates, dès le Moyen-Âge. L'expérience aidant, de véritables règlements de peste à portée générale voient le jour.

Ces règlements de peste sont établis d'abord par les autorités municipales, puis les parlements provinciaux commencent par codifier les règlements des grandes villes avant de les étendre à la province entière²³. Complétés et ajustés à chaque épidémie au cours

¹⁸ J.-J. MANGET, *Traité de la peste*, Genève, 1721, p. 57 et p. 63. Cette police spécifique occupe deux titres dans l'ouvrage fameux de N. DELAMARE, *Traité de la police*, tome 1, Paris, 1722, pp. 648-680. Il y présente jusqu'aux recettes de « préservatifs expérimentés » et de parfums purificateurs recommandés « quoique cette matière soit plus du ressort de la Médecine que de la Police ». Les magistrats, explique-t-il, ont besoin de ces connaissances pour ne point être trompés ni par ceux qui les fournissent, ni par ceux qui les emploient (p. 665). V. aussi N.-T. DES ESSARTS, *Dictionnaire universel de police*, tome 3, Paris, 1787, v^o Contagion, peste, pp. 214-255.

¹⁹ La médecine ne sait pas soigner la peste. Elle ne sait pas non plus comment elle se transmet. La peste bubonique est une maladie des rats, elle se transmet à l'homme par la morsure des puces provenant de rats infectés. Mais elle peut connaître une complication pulmonaire et en ce cas la peste se transmet d'homme à homme par les postillons ou les tissus souillés. Tout cela, on l'ignore encore. Depuis l'Antiquité, les médecins expliquent la diffusion de la maladie par l'air qui serait vicié ; cette théorie dite « aériste » restera longtemps la thèse officielle.

²⁰ Si le mécanisme de transmission n'est pas identifié, des constats empiriques n'en sont pas moins faits : d'abord le contact avec un malade ou avec un objet ou des vêtements ayant appartenu à un pestiféré est dangereux. Ensuite on remarque que la peste vient du Levant et de Barbarie et qu'elle arrive en suivant les grandes routes commerciales (ou la guerre) par terre ou surtout par mer. Ces observations vont entraîner la mise en place de règles sanitaires.

²¹ Dubrovnik, comptoir qui appartenait à la République de Venise.

²² La « culture de l'isolement » se renforce quand, au XVI^e siècle, un médecin italien, Jérôme Fracastor (vers 1483-1553) élabore une théorie de la contagion en postulant que les maladies infectieuses se propagent *via* de minuscules organismes vivants, invisibles à l'œil nu. Cette théorie dite contagionniste divise les médecins, mais elle offre une assise scientifique aux pratiques déjà en vigueur et elle incite à systématiser les mesures d'isolement pour éviter la propagation par contagion.

²³ J.-N. BIRABEN, *op. cit.*, tome 2, p. 105 et s.

des XVI^e et XVII^e siècles, ils sont fondés sur le pouvoir de police qui appartient aux autorités municipales et aux parlements (cours souveraines de justice). Dans l'ancien droit, ce pouvoir est une fonction auxiliaire du pouvoir judiciaire. Il se traduit par une activité réglementaire visant à assurer l'ordre public et la prospérité²⁴.

Les règlements de peste entrent en vigueur dès que l'épidémie est officiellement déclarée²⁵ et s'appliquent tant que dure la menace²⁶. Leurs prescriptions sont portées à la connaissance de la population en même temps que l'annonce officielle de la peste, par affichage et proclamation à son de trompe.

Dans la plupart des villes, les mesures se ressemblent²⁷. Leur objet principal est d'isoler les foyers de peste, d'empêcher les communications entre zones infectées et zones saines, d'empêcher les contacts entre les malades et les bien-portants. Cela suppose toute une organisation collective dont l'ampleur se mesure bien lorsque nous disposons d'un règlement général complet, comme le règlement établi le 17 juillet 1629 par le Parlement d'Aix-en-Provence²⁸ qui ne comporte pas moins de 127 articles²⁹.

²⁴ Sur la notion ambiguë de police, P. LEGENDRE, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Paris, PUF, 1968, p. 249 et s. ; J.-L. MESTRE, *op. cit.*, p. 161 et s. ; K. WEIDENFELD, *Histoire du droit administratif, du XIV^e siècle à nos jours*, Paris, Economica, 2010, p. 16 et s.

²⁵ La publication de la peste tarde souvent, soit que la maladie reste encore douteuse, auquel cas une expertise médicale est demandée, soit que les autorités attendent le temps de faire des provisions avant que la peur ne s'installe. Parfois encore, une municipalité dissimule sciemment la situation sanitaire pour ne pas entraver le commerce. C'est ce qui se passera à Marseille en 1720. Pourtant le gouvernement obligeait les communautés à annoncer rapidement la peste depuis la fin du XVII^e siècle. V. E. BELMAS, « Pouvoir politique et catastrophe sanitaire : la « publication » des épidémies de peste dans la France moderne », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, 2017, pp. 31 à 54.

²⁶ Aux endroits où les risques de contamination sont permanents, à commencer par les ports méditerranéens qui sont en relations maritimes constantes avec le Levant et la Barbarie, le système de protection sanitaire devient permanent lui aussi, que la peste sévisse ou non. En fonction des certificats sanitaires des bateaux (patentes de santé), le débarquement des passagers et des marchandises est autorisé ou non. Lorsqu'un danger est détecté, les voyageurs sont envoyés au lazaret pour quarante jours. La réglementation est appliquée par un Bureau de Santé dont en France l'exemple le plus achevé se trouve à Marseille. Il est composé, au moins depuis 1640, de seize à vingt-quatre intendants de santé, « pris et choisis... parmi les gens de la loge, marchands, négociants », renouvelables par moitié tous les deux ans, assistés d'un personnel important. La prévention s'est montrée efficace et a permis de diminuer les résurgences des épidémies.

Sur l'exemple marseillais, F. HILDESHEIMER, *Le Bureau de la Santé de Marseille sous l'Ancien Régime : le renfermement de la contagion*, Marseille, Fédération historique de Provence, 1980. Du même auteur, « Marseille capitale sanitaire de la France », Actes du 101^e Congrès national des Sociétés savantes (Montpellier 1985), *Histoire moderne et contemporaine*, tome 1, Paris, 1985, pp. 135-149.

²⁷ J.-J. MANGET, *Traité de la peste recueilli des meilleurs auteurs Anciens et Modernes*, Genève, 1721, tome 1, p. 66 et s. relève cependant certaines différences qu'il attribue à un défaut d'expérience.

²⁸ Cet *Arrest de la Cour de Parlement tenant la Chambre des Vacations contenant Règlement sur le fait de la Peste du 17 juillet 1629* a été publié par H. ALEZAIS, « La lutte contre la peste en Provence au XVII^e et au XVIII^e siècle », *Revue historique de Provence*, II, 1902, pp. 93- 98, pp. 144-159, pp. 203-212. V. aussi le règlement complet proposé pour Genève en 1721 : A. Ch. WENGER, *Un règlement pour lutter contre la peste : Genève face à la grande peste de Marseille (1720-1723)*, Gesnerus, 2003, vol. 60, n^o 1-2, pp. 62-82, p. 75 et s. Les arrêtistes peuvent aussi regrouper les arrêts de tel ou tel parlement, v. par exemple B. DE LA ROCHE-FLAVIN, *Arrests notables du Parlement de Tolose*, Toulouse, 1617, p. 200 et s.

²⁹ Le Parlement de Provence rappelle volontiers son expertise, ainsi dans des *Remonstrances* adressées au roi : « Votre Parlement de Provence est sans doute celui du royaume qui est le plus instruit des règles qui

Un blocus sanitaire est établi autour des villes, bourgs et villages atteints du mal ou soupçonnés de le recéler. Les lieux encore indemnes cherchent à se protéger. Hommes et marchandises sont soumis à la quarantaine³⁰. Les portes des villes sont fermées, et des gardes en interdisent l'entrée aux individus arrivant de lieux infectés. Personne ne peut plus circuler sans un billet de santé établissant qu'il vient d'un lieu épargné par la maladie³¹.

À l'intérieur des villes infectées, chacun a obligation de dénoncer la maladie³², y compris les médecins et chirurgiens, le secret médical est levé. Des mesures d'isolement sont imposées : malades et « soupçonnés »³³, maisons³⁴ ou quartiers infestés³⁵, jusqu'aux morts, promptement enlevés de nuit et dont la sépulture est refoulée hors la ville³⁶. Les

doivent être observées pendant la contagion ; sa proximité des Échelles du Levant, les diverses pestes qui en différents temps ont affligé cette province, et qui auraient encore été plus fréquentes et plus meurtrières sans son attention continuelle à en prévenir les progrès, lui ont en cette matière acquis une expérience, dont on voit des preuves dans plusieurs règlements qu'il a faits pour ces tristes conjonctures » (*Remontrances du Parlement de Provence sur les désordres arrivés dans cette province, pendant la durée de la contagion, présentées au mois de septembre 1722, et renouvelées au mois de décembre 1723*, publiées par L.-F. JAUFFRET, *Pièces historiques sur la peste de Marseille et d'une partie de la Provence, en 1720, 1721 et 1722*, Marseille, 1820, tome 2, pp. 118-159, p. 120). L'expertise de la cour des aides de Provence n'est pas moindre.

³⁰ Selon leur nature, les marchandises sont « purifiées » de diverses façons minutieusement détaillées par le règlement d'Aix, art. CV et s.

³¹ Hôteliers et aubergistes devaient exiger ce certificat sanitaire pour loger ou nourrir les voyageurs ou les marchands.

³² Une grande attention est portée au dénombrement journalier des victimes, malades et morts, ainsi qu'à celui des suspects mis en quarantaine.

³³ Lorsque les médecins ont identifié un cas de peste, le règlement d'Aix dispose qu'« on fera premièrement une curieuse recherche de l'origine de la maladie, et d'où elle a été apportée, qui premier a été affligé, qui y a conversé et visité le malade infecté, et surtout on tâchera de savoir la marchandise infectée, pour icelle promptement brûler, et ce pendant on fera promptement sortir les survivants ou blessés hors de la maison, pour les mettre en quarantaine en lieu commode, et les coussins, paillasses, et autres meubles dangereux qui auront servi auxdits blessés seront incontinent brûlés, et la maison fermée et plâtrée, et marquée d'une grande croix blanche bien apparente, et lesdites fenêtres bouchées à chaux et à sable jusqu'à ce qu'il soit procédé à la purification d'icelle en temps et lieu ; comme aussi tous ceux qui les auront hantées et fréquentées et qui auront été de la mêlée seront incontinent renfermés dans leur maison, pour y demeurer jusques à ce qu'autrement soit ordonné » (art. XXXXIII).

Selon Delamare, dans les premiers temps à Paris, seuls les malades pauvres étaient accueillis à l'Hôtel-Dieu, ceux qui avaient les moyens de se faire soigner chez eux y restaient. La construction de nouveaux hôpitaux permit de sortir les malades pour préserver les autres occupants. Ne purent rester chez eux que les malades qui « tiennent seuls toute la maison » (*Traité de la police*, I, p. 652). Dans les provinces, des efforts sont également faits pour construire des hôpitaux ou des baraquements de fortune, hors la ville.

L'administration des sacrements n'est pas négligée. Un arrêt du parlement de Toulouse du 5 octobre 1557 enjoint aux hommes d'Église de « dûment et diligemment pourvoir ausdits malades & administration des Saints Sacrements de l'Église, sépulture et autres remèdes spirituels » sous peine de « saisissement de leur temporel » (B. DE LA ROCHE-FLAVIN, *op. cit.*, p. 206 et s.). Par la suite, la règle s'impose de commettre un prêtre qui seul sera en contact avec les pestiférés.

³⁴ Un peu partout, quand une maison contenait ou avait contenu un malade ou un soupçonné, elle était marquée d'une croix blanche. Parfois, des serruriers sont chargés de cadenasser les logis. La ville s'occupe alors de ravitailler les occupants.

³⁵ Il peut arriver que des rues entières soient murées.

³⁶ Les morts doivent être rapidement ensevelis. Ils sont inhumés de nuit, de préférence à l'extérieur des villes où de nouveaux cimetières sont construits. Paris évacue ses morts en réquisitionnant les bateaux qui apportent le blé depuis Corbeil et normalement repartent à vide, appelés « corbillats » ou « corbeillards » ; le terme de corbillards en restera attaché aux véhicules funéraires.

pauvres sont confinés dans des logements dédiés³⁷. Quand la ville est trop infectée, la « serrade », c'est-à-dire le confinement généralisé pendant quarante jours, est décrétée³⁸.

Les marchés et foires sont interdits, les étuves et bains publics fermés, les rassemblements restreints. Ainsi le règlement d'Aix-en-Provence de 1629 dispose-t-il : « Toutes assemblées de foires, marchés et autres publiques qui se font sous prétexte de vœux et fêtes des villages, danses et festins, baptêmes, mariages et enterrements cesseront, sauf d'être le nombre réglé pour lesdites assemblées des noces et funérailles par les officiers des lieux, ainsi qu'ils aviseront et sans aucun baisemain aux offertoires et pour les baptêmes n'y aura que le père, le parrain et la marraine, à peine contre les contrevenants de cent livres d'amende pour chacune contravention ; et aux officiers et consuls qui le souffriront de répondre en leur propre des inconviénients qui en pourraient arriver... »³⁹. De même, Delamare recommande de « faire cesser les grandes assemblées & les foules non nécessaires du Palais, de l'Université, des spectacles, des mendiants ; renvoyer les Écoliers chez leurs parents, les Étudiants des Religions chacun en son couvent, mettre au large les pauvres des Hôpitaux. Admonester le Peuple de ne point demeurer oisif par les rues ni aux portes des maisons après le Soleil couché »⁴⁰. La « distanciation » intéresse également les prisonniers et tout particulièrement les prisonniers pour dettes⁴¹. Pour les rassemblements religieux, on hésite. Parfois, comme à Lyon, la messe est obligatoire, à défaut des prières sont prescrites plusieurs fois par jour⁴².

³⁷ Du moins les pauvres citadins car les pauvres étrangers à la ville sont expulsés, munis d'une « passade », une petite aumône.

³⁸ V. *Ordres à observer pour empêcher que la Maladie contagieuse ne se communique hors des lieux infectez* (sans nom), Paris, 1668, p. 10.

³⁹ Règlement d'Aix, article IX. V. aussi l'Arrêt Parlement de Toulouse du 7 septembre 1529 interdisant « les jeux dans les tavernes, les danses et assemblées qui pourraient porter infection » (B. DE LA ROCHE-FLAVIN, *op. cit.*, p. 211 et s.) ou encore l'Arrêt du Parlement de Bretagne, 5 août 1564, défendant de « s'assembler, jouer jeux, farces » (N. DU FAIL, *Mémoires des plus notables et solennels arrêts du Parlement de Bretagne*, Rennes, 1654, chap. 248, p. 684).

⁴⁰ N. DELAMARE, *op. cit.*, I, p. 666.

⁴¹ En 1557, la mort de deux prisonniers pestiférés entraîne une mutinerie dans la prison de Toulouse. Le Parlement de Toulouse ordonne alors l'élargissement des prisonniers « arrêtés pour dettes, ou légères amendes pécuniaires ». Ceux-ci doivent alors donner caution et « se retirer dans leurs maisons, & là demeurer enfermez comme infects, sans en sortir, ni aller par la Ville jusqu'à ce qu'autrement en soit ordonné, sur peine d'être brûlez ; à la charge aussi que cessant le danger, seront remis en prison jusques à suffisante satisfaction... & au regard des prisonniers détenus pour crimes & maléfices, méritans peine corporelle, est aussi enjoint ausdits Capitouls de les remuer en quelques lieux non infectez pour être détenus en seure garde, jusques à ce qu'ils seront expediez » (arrêt du 10 septembre 1557 rapporté par LA ROCHE-FLAVIN, *op. cit.*, p. 205 et s.)

⁴² C'est l'objet de l'article premier du règlement d'Aix : « il est enjoint à tous les habitants des villes et lieux dudit pays (la Provence), lorsqu'ils ouïront la cloche tous les jours à sept heures du matin, midy et quatre heures, de se mettre à genoux et faire la prière à Dieu accoûtumée ». Les églises sont fermées, mais la messe peut être célébrée au porche de celles devant lesquelles il y a « de grandes places et lieux vastes capables à recevoir le peuple sans s'approcher ni se toucher l'un l'autre » (art. LIII).

Les règlements imposent également des mesures draconiennes d'assainissement urbain et de désinfection⁴³. Certains métiers, présumés à risque, sont particulièrement surveillés, par exemple les fripiers auxquels toute vente est interdite, mais plus généralement tous ceux qui sont en contact avec la viande, le grain, le cuir ou les étoffes⁴⁴.

Les règlements s'occupent aussi de l'approvisionnement de la population bloquée⁴⁵, et tout spécialement du ravitaillement aux frais de la collectivité des gens isolés, les malades et les pauvres. Une véritable politique d'assistance est mise en place⁴⁶. Enfin, des personnels spécialisés sont recrutés : médecins⁴⁷, gardes, personnel policier pour assurer l'ordre et quadriller les quartiers⁴⁸, « corbeaux » pour déplacer les malades ou enlever les cadavres⁴⁹...

Toutes ces mesures, dont le coût est énorme, sont financées par les villes. Bien souvent leurs ressources ordinaires n'y suffisent pas d'autant que les revenus tirés des fermes diminuent, soit que les principales fermes (boucherie et farine) ne trouvent pas preneurs en temps de peste, soit que les fermiers des domaines et des droits de la ville demandent des rabais. Les villes ont alors principalement recours à l'emprunt⁵⁰.

⁴³ Les rues sont nettoyées et assainies, de même que les maisons, par des feux d'herbes odorantes, les chiens et chats exterminés... Des « parfumeurs » sont chargés de procéder à la « purification » des maisons infectées. Le règlement d'Aix consacre plusieurs articles au détail des opérations (art. LXII et s.) : incinération des vêtements, de la literie et des meubles des pestiférés, désinfection par la chaux, le vinaigre et les plantes aromatiques etc.

⁴⁴ On a bien observé que ces professions étaient plus touchées que les autres, sans toutefois comprendre pourquoi : elles sont plus fréquemment en contact avec les rats. V. F. AUDOIN-ROUZEAU, *Les chemins de la peste. Le rat, la puce et l'homme*, Rennes, PU, 2003, p. 203 et s.

⁴⁵ Avant même que la peste soit déclarée, les magistrats municipaux doivent veiller à ce que la ville soit suffisamment pourvue en produits de première nécessité, y compris en « drogues » chez les apothicaires. Le ralentissement, voire l'interruption des relations commerciales complique ensuite la tâche et oblige à des mesures énergiques pour éviter, autant que faire se peut, que la disette ne s'ajoute à l'épidémie (lutte contre l'accaparement, interdiction à certains professionnels, comme les boulangers ou les bouchers, de quitter la ville...).

⁴⁶ Assistance en vivres, logement (parfois de simples cabanes cependant), soins gratuits etc. Sur la politique d'assistance, v. par exemple J. REVEL, « Autour d'une épidémie ancienne : la peste de 1666-1670 », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 1970, pp. 953-983.

⁴⁷ Bien souvent le premier médecin (ou chirurgien) recruté par une ville a été, au Moyen Âge, un médecin de peste. Aux temps modernes, les règlements imposent à la faculté de médecine, ou aux corporations de chirurgiens et de barbiers-chirurgiens de désigner un ou plusieurs des leurs (N. DELAMARE, *op. cit.*, I, p. 655 et s.).

Brillon précise que les promesses excessives faites aux médecins par les communautés pour traiter et secourir les malades atteints de la peste sont illicites et réductibles (*Dictionnaire*, IV, v^o Médecins, p. 339).

⁴⁸ V. par exemple le dispositif mis en place à Marseille en 1720, F. BEAUVIEUX, « Épidémie, pouvoir municipal et transformation de l'espace urbain : la peste de 1720-1722 à Marseille », *Rives méditerranéennes*, 42, 2012, pp. 29-50, p. 41 et s.

⁴⁹ Faute de corbeaux volontaires, les villes emploient des galériens, des condamnés ou criminels méritant la mort, voire des personnes réquisitionnées en leur donnant un salaire « plus que raisonnable » précise F. RANCHIN, *Traité politique et médical de la peste*, 1721, p. 167 et s.

⁵⁰ Lorsque la monarchie, voulant assainir les finances municipales, interdira aux villes d'emprunter, elle admettra trois exceptions dont l'épidémie de peste (édit d'avril 1683 : ISAMBERT, *op. cit.*, XIX, pp. 420-425). Sur le coût et le financement de la peste, J. DUMOULIN, « La difficile gestion d'une ville pendant la peste d'Aix-en-Provence au XVII^e siècle », *Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des Institutions des*

Une administration de crise

L'efficacité des mesures sanitaires dépendait de leur application rigoureuse. Des peines sévères allant jusqu'à la mort frappaient les contrevenants. Mais la fuite des notables entraîne maintes difficultés pour coordonner et faire appliquer les prescriptions. « Pars vite, loin et reviens tard » conseille-t-on depuis l'Antiquité⁵¹. Les plus aisés quittent la ville pour se réfugier dans leurs propriétés de campagne, à commencer par les magistrats municipaux, mais aussi les médecins. De même les juges royaux qui, au mieux, déplacent leur siège dans une ville indemne⁵², mais peu accessible aux justiciables confinés.

L'absence des autorités s'avère d'autant plus fâcheuse que les temps de peste sont propices aux désordres. Ambroise Paré en porte témoignage : « Outre plus, les plus opulens, mesmes les magistrats et autres, qui ont quelque auctorité au gouvernement de la chose publique, s'absentent ordinairement des premiers, et se retirent ailleurs, de sorte que la justice n'est plus administrée, n'y estant personne à qui on la puisse requérir ; et lors, tout s'en va à confusion, qui est un mal des plus grands qui sçauroient advenir à une république quand la justice défaut. Et a donc, les méchants amènent bien une autre peste ; car ils entrent ès maisons, et y pillent et desrobent à leur aise impunément, et coupent le plus souvent la gorge aux malades, voire aux sains mesmes, afin de n'estre cogneus et accusés après... »⁵³.

anciens pays bourguignons, comtois et romands, 53, 1996, pp. 199-240 ; du même auteur, *Le coût de la santé à Aix-en-Provence du XVI^e au XVIII^e siècle*, in A. LECA, F. VIALLA (dir.), *op. cit.*, pp. 69-95. V. aussi L. COSTE, « Bordeaux et la peste dans la première moitié du XVII^e siècle », *Annales du Midi : revue archéologique, historique et philologique de la France méridionale*, 110, 1998, pp. 457-480.

⁵¹ Attribué à Hippocrate ou Galien. Au XIV^e siècle, le *Décameron* de Boccace met en scène des jeunes gens de l'aristocratie florentine qui se sont réfugiés dans une luxueuse villa à l'écart de la ville infestée et passent le temps en se racontant des histoires. Au XVI^e siècle, Ambroise Paré conseille expressément la fuite : « Le plus souverain remède que je puisse enseigner avec tous les anciens, est s'enfuir tôt et loin du lieu infect, et se retirer en air sain et retourner bien tard, si on peut le faire ». A. PARE, *Les Œuvres d'Ambroise Paré, Conseiller et premier chirurgien du roy divisées en 29 livres... reveuës et augmentées par l'auteur peu avant son décès*, 5^e édition, Paris, 1598, p. 825. La fuite est encore recommandée dans l'*Encyclopédie* au XVIII^e siècle (DIDEROT, D'ALEMBERT, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Tome XXV, édition Lausanne-Berne, 1780, v^o Peste, p. 507).

⁵² Le Parlement lui-même se transporte en corps dans une ville épargnée, souvent sous forme de chambre des vacations non soumise à quorum. Ainsi le Parlement d'Aix rejoint-il Salon en 1649 et Saint-Rémy-de-Provence en 1720. Les justices inférieures déplacent également leur siège, voire ne siègent plus du tout. Sur l'interruption de la justice en temps de peste, Brillion cite un arrêt du Parlement de Paris de 1550 : « on peut cesser de plaider, et changer le lieu de la plaidoirie... Mais cela ne doit se faire par le seul mouvement du Juge, sans en délibérer avec les Gens du roi, Avocats, Procureurs, Greffiers et autres Praticiens » (*Dictionnaire des arrêts*, V, p. 164). V. aussi F. PERARD CASTEL (mort en 1687), *Nouveau recueil de plusieurs questions notables sur les matières bénéficiales*, tome 2, Paris, 1689, p. 144 s.

⁵³ A. PARE, *op. cit.*, p. 885. Il poursuit en donnant maints exemples dont : « ... on a veu à Lyon lorsqu'on aperçoit seulement ès rues les médecins, chirurgiens et barbiers, esleus pour panser les malades, chascun courroit après eux à coups de pierres pour les tuer comme chiens enragés, disant qu'il falloit qu'ils n'allassent que de nuit de peur d'infecter les sains » (p. 886).

Au XVI^e siècle, les parlements tentent, avant de quitter eux-mêmes leur siège, d'interdire la fuite des autorités municipales⁵⁴ et des médecins. Sans forcément grand succès. La solution sera trouvée avec la création des bureaux (ou conseils) de santé qui se généralisent au XVII^e siècle. Il s'agit de comités restreints dont la composition est variable : toujours des édiles municipaux et des médecins, souvent des représentants des marchands, ou encore des officiers de justice royaux. De la sorte était assurée une présence minimale, généralement par roulement.

La justice reste cependant une pierre d'achoppement. Si les règlements prévoient des peines sévères, les parlements n'entendent pas que le bureau les prononce en dernier ressort, encore moins quand il s'agit de condamner à mort⁵⁵. Le roi, cependant, peut investir l'autorité locale de pouvoirs exceptionnels lui permettant de juger « prévôtablement »⁵⁶. À défaut, le principe de l'appel est maintenu⁵⁷. Ainsi le Parlement de Toulouse a-t-il cassé une ordonnance du Conseil de santé de Carcassonne qui condamnait le sieur Grillot à une lourde amende pour infraction à la quarantaine⁵⁸.

⁵⁴ Par exemple le Parlement de Toulouse, lui-même transporté à Grenade, prend le 7 septembre 1529 un arrêt ordonnant aux capitouls de faire résidence en la ville de Toulouse ; un arrêt du même parlement, pris le 5 octobre 1557 sur requête des capitouls cette fois, enjoint les « magistrats et officiers du ressort, consuls et administrateurs des villes et villages, gentilshommes et seigneurs juridictionnels d'iceux... de faire résidence sur les lieux de leur juridiction et administration & ce sur peine quant ausdits magistrats et officiers, de privation de leurs offices, & quant ausdits seigneurs temporels de privation de leurs juridictions & d'être déclarés inhabiles de toute administration publique » (B. DE LA ROCHE-FLAVIN, *op cit.*, p. 210 ; p. 206 et s.).

⁵⁵ Dès la fin du XVI^e siècle, s'instaure la technique de l'appel automatique. L'ordonnance criminelle de 1670 la reprendra en l'étendant à toutes les condamnations graves.

⁵⁶ Par exemple à Lyon, G. CHEVALIER, *L'ordre public pour la ville de Lyon pendant la maladie contagieuse*, Lyon, 1670, p. 2 et s. V. L. MAILHOT, *Les débuts de la santé publique à Lyon à travers la littérature médicale de 1570 à 1650*, Mémoire de master 2, Enssib, Université de Lyon 2, 2013, p. 84 et s. Ce fut le cas aussi à Marseille. En 1720, les échevins rappellent au roi que « considérant les désordres qui arrivent souvent en temps de contagion, la nécessité de pouvoir promptement les réprimer & de faire des exemples pour contenir les malfaiteurs & les rebelles, & que toutes les fois que cette ville a été affligée de peste, comme en 1580, 1630, 1649 & 1650 nos rois ont toujours octroyé à leurs prédécesseurs par les lettres patentes, le pouvoir de juger tous crimes prévôtablement et en dernier ressort » (N. PICHATTY DE CROISSAINTÉ, *Journal abrégé de ce qui s'est passé en la ville de Marseille depuis qu'elle est affligée de la contagion*, Paris, 1721, p. 28). « Prévôtablement » (ou « prévôtalement ») fait allusion à la justice sans appel des prévôts des maréchaux (sur cette justice, J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2014, p. 160 et s.)

⁵⁷ La procédure cependant peut faire l'objet d'un aménagement. Ainsi le règlement d'Aix prévoit-il qu'un conseiller soit commis « pour se transporter aux portes du lieu infect... et illec ouïr les appelans en leur cause d'appel par leur bouche, et faire prendre extrait du procès criminel, pour à son rapport être fait droit par... la cour » (art. XC).

⁵⁸ Le Conseil de santé de Carcassonne avait interdit au sieur Grillot quitter son logis car il avait fréquenté plusieurs personnes mortes de la peste. Grillot n'en a cure, sort et se montre « au lieu le plus fréquenté ». Sitôt rentré dans sa maison, il y est enfermé par ordre du Conseil qui fait même poser des barres de fer en dehors de sa porte ; Grillot appelle son fils pour ôter ces barres. Condamné en six cents livres d'amende, il forme appel devant le Parlement de Toulouse qui casse l'ordonnance et fait défense aux consuls de faire de telles procédures, mais condamne Grillot en 50 livres d'amende pour la contravention. L'affaire est rapportée, sans date, par J. ALBERT (mort avant 1686), *Arrêts de la Cour du parlement de Toulouse*, Toulouse, 1731, v^o Amende, p. 26 et s.

Grillot arguait que le Conseil « était composé de personnes privées⁵⁹ et qu'il n'avait point de juridiction pour condamner à l'amende ». En vain fut-il soutenu « que l'utilité publique et la nécessité autorisaient ce Conseil ».

L'appréciation de la nécessité⁶⁰, cependant, peut conduire à une légitimation des décisions *a posteriori*. Le médecin François Ranchin raconte son expérience de Premier Consul de Montpellier durant l'épidémie de 1629-1630. Le cours ordinaire de la justice étant interrompu par « l'éloignement des Compagnies qui sont destinées à son service », il avait mis en place un tribunal qui fit « arquebuser » des criminels. « En ces nécessités, explique-t-il, il faut une Justice présente, qui se fasse *de plano*, sans chicanerie, après que les crimes sont bien vérifiés, parce qu'il est nécessaire de contenir les méchants dans l'appréhension, & dans la terreur : car de les renvoyer aux autres Juges éloignés, on ne sait où loger les prisonniers ni comment faire les accusations ». Et de conclure : « La Cour de Parlement se fâcha contre moi, mais je fus à couvert, par l'entremise de l'Intendant de la Justice, auquel j'avais communiqué les Jugements »⁶¹.

Dans les grandes villes-sièges de parlement, une organisation moins contestée associe des parlementaires au bureau de santé. Ainsi à Aix⁶², Rouen⁶³, Bordeaux⁶⁴ par exemple, le bureau de santé réunit-il une représentation des différentes autorités qui, dans le millefeuille administratif de l'Ancien Régime, avaient des compétences de police. De la sorte, les conflits de compétence étaient évités et le pouvoir des bureaux de santé d'autant plus indiscutable que les gens de justice y tenaient le premier rang⁶⁵. On a parlé

⁵⁹ Il comportait pourtant trois conseillers au présidial, le procureur du roi et trois avocats.

⁶⁰ Dans la Pragmatique Sanction de Bourges, la peste est, comme la guerre, un *casus necessarius* permettant de changer le lieu de convocation d'un concile. C'est également au nom de la nécessité qu'est reconnu l'empêchement à agir lorsque la peste, comme la guerre, interrompt l'exercice de la justice (V. PERARD CASTEL, *Nouveau recueil*, p. 143 et s. ; BRILLON, *op. cit.*, V, v^o Réquisition, p. 894 et s. rapportant en détail une affaire survenue après la peste de Marseille en 1720). Sur le recours à la notion de nécessité pour s'affranchir des règles usuelles dans l'ancien droit public, J.-L. MESTRE, *op. cit.*, p. 103 et s. ; F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, Paris, PUF, 2001, p. 134 et s.

⁶¹ F. RANCHIN (1560-1641), *op. cit.*, 1721, p. 177 et s.

À Marseille, lorsque les échevins demandent en 1720 à être investis du pouvoir de juger prévôtablement, l'intendant qui – curiosité provençale – est en même temps premier président du Parlement d'Aix, leur indique qu'en attendant il suffira de lui envoyer leurs décisions pour les faire confirmer (Lettre de Lebret aux Échevins du 7 septembre 1720 citée par P. GAFFAREL et M^{is} DE DURANTY, *La peste de 1720 à Marseille et en France : d'après des documents inédits*, Paris, Perrin, 1911, p. 215.

⁶² À Aix, le parlement établit dès le XVI^e siècle un bureau de police et de santé auquel il appelle les consuls à siéger. V. G. BARRY, *Portrait d'une ville face à une épidémie : l'organisation urbaine en temps de peste. Aix-en-Provence, 1586-1587*, Mémoire pour l'obtention du grade de maître es arts, Université Laval, 1997, p. 19 et s.

⁶³ V. LESAGE, « La mobilisation du Parlement et de la municipalité de Rouen face aux épidémies de peste, XVI^e-XVII^e siècles », in O. CHALINE, Y. SASSIER (dir.), *Les Parlements et la vie de la cité (XVI^e-XVIII^e siècles)*, Mont-Saint-Aignan, Presses universitaires de Rouen et du Havre, 2004, pp. 23-33.

⁶⁴ L. COSTE, *loc. cit.*

⁶⁵ Y.-M. BERCE, *Histoire des Croquants. Étude des soulèvements populaires au XVII^e siècle dans le sud-ouest de la France*, Paris-Genève, Droz, 1974, tome 1, p. 28.

de pouvoirs quasi dictatoriaux⁶⁶. Pour autant, dans l'arsenal juridique applicable au temps de peste, figurent aussi des arrêts de règlement des parlements destinés à éviter les abus⁶⁷.

À la fin du XVII^e siècle, la lutte contre la peste rejoint la police générale du Royaume⁶⁸. La prévention dans les ports est renforcée⁶⁹ et, en cas d'épidémie, l'État intervient plus directement pour mieux coordonner la lutte et surtout pour étendre son périmètre à des régions entières⁷⁰. À cette échelle, seul l'État était capable d'imposer et de financer les mesures nécessaires. En 1668-1669, Colbert met en place un système de contrôle, d'information et de collaboration avec les différents parlements pour cantonner l'épidémie au Nord-Est du royaume⁷¹. Des troupes sont déployées sur plusieurs centaines de kilomètres pour protéger Paris. Avec succès et la peste disparaît pendant une cinquantaine d'années.

Quand elle resurgit en 1720 à Marseille, le Régent lui-même prend en main la gestion de l'épidémie pour éviter sa propagation au reste du royaume. Un arrêt du Conseil d'État du roi du 14 septembre 1720⁷² constate que plusieurs parlements du royaume ont pris par excès de prévoyance, des précautions « surabondantes »⁷³ et fixe lui-même « toutes les précautions nécessaires et suffisantes pour empêcher d'un côté la communication du mal... et pour conserver de l'autre la liberté du commerce entre les différentes villes du royaume et veiller également à leur sûreté et à leur abondance ». Parmi les mesures énergiques, un cordon sanitaire, maintenu par l'armée, est établi autour de toute la Provence⁷⁴.

⁶⁶ Quelle que soit l'organisation retenue d'ailleurs, le pouvoir effectif des bureaux est considérable au point que R. BAEHREL dresse un parallèle avec la Terreur (« Épidémie et terreur : Histoire et sociologie », *Annales historiques de la Révolution française*, 1951, pp. 113-146).

⁶⁷ À Toulouse, par exemple, le Parlement réprime le refus abusif de laisser passer les voyageurs (surtout des marchands), de les nourrir ou de les loger, les prix excessifs qui leur seraient imposés, les violences dont ils seraient victimes ou encore les « extorsions » des médecins à l'égard des malades (B. DE LA ROCHE-FLAVIN, *op. cit.*, P. 203 et s.). Bien souvent les parlements ont dû exiger qu'un prêtre ou un médecin soit commis auprès des malades (B. DE LA ROCHE-FLAVIN, *op. cit.*, p. 201 et s. ; p. 210 et s.).

⁶⁸ Sur l'émergence d'une politique de santé publique animée par l'État, A. LECA, A. LUNEL, S. SANCHEZ, *op. cit.*, p. 133 et s. On observe la même centralisation de la sécurité sanitaire dans les autres États européens.

⁶⁹ D'abord dans les ports méditerranéens, puis le dispositif de prévention est étendu aux principaux ports de la Manche et de l'Atlantique. V. F. HILDESHEIMER, « La protection sanitaire des côtes françaises au XVIII^e siècle », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 1980, pp. 443-467 ; D. PANZAC, « Crime ou délit ? La législation sanitaire en Provence au XVIII^e siècle », *Revue Historique*, 1986, pp. 39-71.

⁷⁰ F. HILDESHEIMER, « La monarchie administrative face à la peste », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 1985, pp. 302-310.

⁷¹ Chez Delamare, les arrêts du Conseil d'État du roi côtoient pour la période ceux du Parlement (*Traité de la police*, p. 668 et s.).

⁷² L.-F. JAUFFRET, *Pièces historiques sur la peste de Marseille et d'une partie de la Provence, en 1720, 1721 et 1722* (publiées à l'occasion de l'Année Séculaire de la Peste), Marseille, 1820, tome 1, p. 147 et s.

⁷³ Ces mesures excessives qui « augmentent l'alarme et la consternation dans le cœur des peuples » et entravent le commerce au risque de priver les habitants du royaume des « secours nécessaires » sont rapportées par F. CHICOYNEAU et J.-B. SENAC, *Traité des causes, des accidents et de la cure de la peste*, Paris, 1744, part. II, p. 10 et s.

⁷⁴ V. H. STAHL, *loc. cit.*

Pour éviter les conflits de compétence et prévenir les ordres contradictoires, l'arrêt dessaisit les parlements de leurs prérogatives de police, à commencer par le Parlement de Provence⁷⁵. La mise en œuvre des mesures est confiée aux commandants (c'est-à-dire à l'autorité militaire) et à l'intendant (agent régional du roi) en collaboration avec les officiers municipaux⁷⁶. Le contentieux est réservé au Conseil du roi. Cet arrêt, explique le chancelier d'Aguesseau, « est fondé sur le principe... de réduire tout, autant qu'il sera possible, à l'unité en sorte qu'il n'y ait qu'une personne qui puisse donner les ordres nécessaires »⁷⁷.

La justice n'échappe pas à l'unité. À Marseille, c'est un tribunal de police présidé par un commandant militaire qui rendra une justice exceptionnelle⁷⁸. Ailleurs en Provence des gens de guerre. Une déclaration royale du 27 octobre 1720⁷⁹ maintient cependant le principe de pourvoir, dans les cas ordinaires, « autant qu'il est possible, à la régularité des formes judiciaires »⁸⁰ pour les procès criminels jugés à charge d'appel. La chambre

⁷⁵ Le conflit qui oppose les parlements à la monarchie est bien connu. C'est d'ailleurs l'une des raisons qui incitent le roi à exprimer sa volonté par arrêts du Conseil qui, à la différence des ordonnances, échappent à l'enregistrement. La correspondance officielle du chancelier d'Aguesseau indique que les cours souveraines de Provence, Parlement et Cour des Comptes, Aides et Finances, avaient été incapables de s'entendre pour établir un bureau de santé (lettre du 22 août 1720, *Œuvres complètes du chancelier d'Aguesseau*, nouvelle édition, augmentée de pièces échappées aux premiers éditeurs et d'un discours préliminaire par M. Pardessus, Paris, 1819, tome 10, p. 107). Mortifié d'être dessaisi de la police, le Parlement d'Aix multiplie ensuite les « tracasseries » à propos de sa translation vers Saint Rémy. D'Aguesseau s'en agace dans plusieurs lettres. Les parlementaires préfèrent se disperser que de se soumettre à des « limitations inusitées » (la quarantaine). Qu'à cela ne tienne : « La commodité des messieurs du parlement n'est pas une raison suffisante pour s'écarter d'une règle si nécessaire ; et pour ce qui est de l'expédition des affaires, il vaut mieux interrompre, pendant quelque temps, le cours de la justice, que de ne pas arrêter celui de la peste » (lettre 26 septembre 1720, p. 110). Quatre ou cinq parlementaires restés à Aix « ayant repris courage », prétendaient-ils y représenter le Parlement pour empêcher que la Cour des Comptes ne se mette « en possession de la police » ? « Il serait à craindre que l'autorité qu'on laisserait à ces quatre ou cinq officiers ne fit naître beaucoup d'embarras dans l'ordre de la police, qu'on ne saurait entretenir avec trop de concert, en ramenant tout, autant qu'il se peut à l'unité... la dignité n'étant pas un préservatif qui empêche la communication du mal contagieux » (lettre du 15 octobre 1720, p. 114 et s.). Et devant leur insistance : « Il faut avoir bien de la fermeté, ou plutôt bien de la vivacité dans l'esprit pour s'occuper de pareilles tracasseries au milieu de la peste » (lettre du 24 novembre 1720, p. 117). Demandent-ils alors qu'on leur envoie des huissiers et des archers de la maréchaussée ? « Il est étonnant qu'en de pareilles circonstances, on s'arrête au cérémonial » (lettre du 1^{er} décembre 1720, p. 118). Et lorsqu'en 1722, le Parlement demandera à être « remis dans la police », d'Aguesseau coupe court, « bien fâché d'être obligé de dire... des vérités un peu dures » (lettre du 22 janvier 1722, p. 120).

⁷⁶ Si les parlements sont dessaisis, la collaboration se poursuit avec les autres institutions locales. V. notamment F. HILDESHEIMER, « La monarchie administrative face à la peste » ; I. ARNAL-CORTIER, « Les autorités du Languedoc face à la peste (1720-1723) », in *Gouvernance, justice et santé*, textes réunis par L. BRUNORI, F. LEKEAL, A. WIJFFELS, Lille, Centre d'Histoire Judiciaire, 2020, pp. 175-196.

⁷⁷ Lettre 5 octobre 1720, *Œuvres*, 10, p. 111.

⁷⁸ V. F. BEAUVIEUX, *Justice et répression de la criminalité en temps de peste*, Criminocorpus, Varia, mis en ligne le 24 novembre 2014.

⁷⁹ *Relation historique de tout ce qui s'est passé à Marseille pendant la dernière peste*, Cologne, 1723, p. 316 et s.

⁸⁰ D'AGUESSEAU, *Œuvres*, 10, p. 116.

de police de Marseille n'en continua pas moins à « juger prévôtablement »⁸¹, mais obtint ensuite des lettres patentes de confirmation⁸². Les mêmes lettres patentes confirment aussi toutes les procédures, sentences et jugements pris par le prévôt des maréchaux pour la ville et le territoire d'Aix⁸³.

Durant toute la crise, le Conseil du roi coordonne l'action⁸⁴. En 1721, le Régent établit même temporairement un « Conseil de Santé »⁸⁵. Généralement présidé par le chancelier d'Aguesseau, ce nouveau conseil reçoit tous les mémoires en provenance des lieux infectés ou menacés, rend arbitrages et décisions. Une grande attention y est portée au « secours des lieux affligés » dans lesquels sont envoyés du blé, de la viande, du sel, de l'argent, des médecins et des religieux, surchargeant souvent les provinces indemnes « pour subvenir aux besoins des Villes souffrantes »⁸⁶. Les avis y divergent un temps sur la stratégie à adopter face à l'extension de l'épidémie, mais le Conseil se range finalement à la discipline toute militaire préconisée par le Maréchal de Berwick⁸⁷ et sont alors rendues publiques d'énergiques *Instructions sur les précautions qui doivent être observées dans les Provinces où il y a des lieux attaqués de la maladie contagieuse, & dans les Provinces voisines* adressées aux commandants des provinces.

⁸¹ *Relation historique*, p. 316.

⁸² Lettres patentes du 11 novembre 1721 : « Louis etc., Les officiers qui composent la chambre de police de notre ville de Marseille, nous ont représenté que, pendant le cours de la maladie contagieuse dont cette ville a été si longtemps affligée, ils ont été obligés d'exercer, en dernier ressort la justice criminelle à l'exemple de leurs prédécesseurs [...] Et comme il est important d'empêcher que, sous prétexte du défaut de pouvoir de juges, on attaque des jugements que le malheur des temps, la nécessité de faire des exemples et l'impossibilité d'y pourvoir d'une autre manière, ont mis au-dessus des règles communes, [...] approuvons, autorisons et confirmons toutes les procédures, ordonnances, sentences et jugements rendus en matière criminelle par lesdits officiers de la chambre de police de notre ville de Marseille, depuis que la contagion y a commencé jusqu'au jour que les officiers de la sénéchaussée de Marseille ont recommencé l'exercice de leurs fonctions. Voulons que lesdites ordonnances, sentences et jugements soient exécutés, si fait n'a été, comme s'ils avaient été rendus par des juges supérieurs... » (L. MERY et F. GUINDON, *Histoire analytique et chronologique des actes et des délibérations du corps et du conseil de la municipalité de Marseille depuis le X^e siècle jusqu'à nos jours*, tome 6, Marseille, 1843, p. CCCVVV et s.)

⁸³ Après la crise, le Parlement de Provence dénoncera le « funeste usage » fait de l'arrêt du 14 septembre 1720. Se posant en défenseur contre une autorité despotique, il demandera le rétablissement des prérogatives traditionnelles des parlements en temps de peste (*Remontrances du Parlement de Provence sur les désordres arrivés dans cette province, pendant la durée de la contagion, présentées au mois de septembre 1722 et renouvelées au mois de décembre 1723*, publiées par L.-F. JAUFFRET, *op. cit.*, tome 2, pp. 118-159).

⁸⁴ Les décisions gouvernementales prennent la forme d'arrêts du Conseil, mais aussi d'ordonnances. Ainsi est-ce une ordonnance, datée du 6 septembre 1721, qui étend au Languedoc les dispositions déjà en vigueur en Provence (E. DE LA POIX DE FREMINVILLE, *Dictionnaire*, p. 251 et s.).

⁸⁵ M. ANTOINE, *Le Conseil du roi sous le règne de Louis XV*, 1970, Genève, Reimpr. Droz, 2010, p. 107 et s.

⁸⁶ F. CHICOYNEAU, J.-B. SENAC, *op. cit.*, p. 32 et s.

⁸⁷ *Mémoires du Maréchal de Berwick, écrits par lui-même, avec une suite abrégée depuis 1716, jusqu'à sa mort en 1734*, Suisse, 1778, tome 2, p. 214 et s.

Significativement, ce texte figurera ensuite en bonne place dans les traités de police de la fin du XVIII^e siècle⁸⁸ et sera repris par l'*Encyclopédie méthodique*⁸⁹. « Lorsque la contagion a une forte intensité et fait de grands ravages », peut-on y lire, « alors on emploie pour couper les communications, les troupes et une forte discipline militaire, toujours odieuse & féroce, mais qui semble alors tolérable, parce qu'il est sûr qu'elle facilite l'application des secours & l'exactitude du service »⁹⁰. Et l'article de terminer par ces mots : « Nous avons cru devoir rapporter ces instructions sur les moyens qu'on doit employer dans les temps de contagion, pour la détruire où qu'elle se trouve & en garantir les lieux sains, parce que c'est un des devoirs des magistrats de police de s'en occuper, & que dans l'instant du trouble et de la confusion que cause pareil évènement, il n'est pas toujours facile d'établir l'ordre nécessaire, si l'on n'a point d'avance un plan auquel on puisse rapporter ses idées et ses moyens »⁹¹.

⁸⁸ E. DE LA POIX DE FREMINVILLE, *Dictionnaire ou traité de la police générale des villes, bourgs, paroisses et seigneuries de la campagne*, Paris, 1771, p. 246 et s. ; N.-T. DES ESSARTS, *op. cit.*, v^o Contagion, peste, p. 241 et s.

⁸⁹ *Encyclopédie méthodique. Jurisprudence*, tome 9, Paris Panckoucke, 1789, v^o Contagion, p. 587 et s.

⁹⁰ *Encyclopédie méthodique. Jurisprudence*, tome 9, p. 590.

⁹¹ *Encyclopédie méthodique. Jurisprudence*, tome 9, p. 591.

Droit constitutionnel et états d'urgence

Agnès ROBLOT-TROIZIER

Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

ISJPS – Centre Sorbonne Constitutions & Libertés

Aborder la question de l'état d'urgence en droit constitutionnel, c'est interroger les fondamentaux du droit constitutionnel. L'état d'urgence pose en effet des questions théoriques ayant trait au souverain (le souverain n'est-il pas celui qui décide de la situation exceptionnelle selon Carl Schmitt ?), à la définition de l'État de droit (l'État d'exception est-il une négation de l'État de droit ou une modalité de l'État de droit dès lors qu'il est prévu par le droit ?) et à la séparation des pouvoirs (l'État d'exception ne postule-t-il pas une concentration des pouvoirs dans les mains de l'exécutif ?).

Aussi fondamentales qu'elles soient, ces questions ne sauraient être traitées dans le cadre restreint d'un séminaire, mais elles sous-tendent un propos qui sera axé sur le droit constitutionnel positif. Ce dernier ne connaît pas à proprement parler l'état d'urgence, mais il connaît des régimes d'exception. L'état d'urgence est avant tout une notion administrative correspondant à une extension des pouvoirs de police en cas de péril imminent¹. L'état d'urgence s'insère dans des notions plus larges que sont les « pouvoirs de crise » ou « régimes d'exception » qui supposent une légalité extraordinaire se substituant temporairement à la légalité ordinaire. Dans de telles situations, des atteintes aux libertés qui en temps ordinaire auraient été jugées illégales sont permises voire organisées. En droit public, le droit de l'urgence correspond d'abord à une limitation des libertés.

Le droit constitutionnel français, tel qu'il résulte du texte de la Constitution de 1958, envisage les pouvoirs de crise à travers deux dispositions que sont les articles 16 et 36 de la Constitution, mais l'état d'urgence – les états d'urgence devrait-on dire – relève d'un dispositif législatif dont la conformité à la Constitution mérite d'être questionnée.

Sans revenir sur les conditions de recours aux pouvoirs exceptionnels telles qu'énoncées à l'article 16 de la Constitution², il peut être rappelé que le Conseil constitutionnel intervient à trois stades de la procédure, mais que sa fonction reste exclusivement consultative : il est consulté avant la mise en œuvre de l'article 16,

¹ En ce sens, cf. « État d'urgence », in O. DUHAMEL, Y. MENY, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, PUF, 1992.

² Article 16 de la Constitution : « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des Présidents des Assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel ».

pendant son application sur les mesures prises par le chef de l'État et sur la durée de sa mise en œuvre.

L'article 16 pouvait-il être mobilisé en mars 2020 ? En dépit de la gravité de la situation et de son caractère exceptionnel, même inédit, les conditions de recours à l'article 16 de la Constitution n'étaient pas remplies et il aurait fallu en donner une interprétation constructive pour faire entrer la crise sanitaire actuelle dans le champ d'application de cet article. En effet, les institutions de la République, l'intégrité du territoire et l'indépendance de la Nation ne sont pas menacées de manière grave et immédiate. Il pouvait être soutenu que l'exécution des engagements internationaux était certes menacée, mais elle l'était en France comme dans toute l'Europe et pour partie dans le monde. Quant au fonctionnement régulier des pouvoirs publics, il n'était pas interrompu : fortement affecté par la situation, sans aucun doute, mais non interrompu. Les deux conditions de recours aux pouvoirs exceptionnels de l'article 16, d'autant qu'elles sont cumulatives, n'étaient donc pas remplies.

La seconde disposition constitutionnelle relative aux pouvoirs de crise est l'article 36 portant sur l'état de siège, qui autorise la substitution de l'autorité militaire à l'autorité civile dans l'exercice de la police du maintien de l'ordre. Malgré la rhétorique guerrière qui a pu être employée pour parler de la crise sanitaire, il est clair qu'elle ne répond pas au « péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection armée » justifiant que l'état de siège soit décrété.

L'existence de régimes d'exception prévus par la Constitution de 1958 ne fait pas obstacle à la reconnaissance de régimes d'exception prévus par la loi ou par des conventions internationales³.

La loi ne prévoit pas un état d'urgence mais des états d'urgence. L'état d'urgence classique, que l'on peut aujourd'hui qualifier d'état d'urgence sécuritaire, pour le distinguer de l'état d'urgence sanitaire, trouve son origine dans la loi du 3 avril 1955.

Cette loi a été adoptée dans le contexte de la guerre d'Algérie et pour répondre à ce contexte : la loi de 1849 sur l'état de siège, préfigurant le futur article 36 de la Constitution de 1958, était inapplicable à la situation algérienne car, à cette époque, l'Algérie ne pouvait être considérée comme une puissance étrangère et toute allusion à la guerre, qu'évoque nécessairement l'état de siège, était volontairement évitée. Aux termes de la loi du 3 avril 1955, plusieurs fois modifiée, notamment en 2015 et 2016, l'état d'urgence peut être déclaré sur tout ou partie du territoire métropolitain ou des départements d'outre-mer, dans deux hypothèses : soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public ; soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamités publiques. Déclaré par décret en conseil des ministres et prorogé au-delà de douze jours sur autorisation législative, il permet de renforcer les pouvoirs des autorités administratives (non militaires) et de

³ Sur ce point, cf. l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme qui permet aux États parties de déroger à certaines de leurs obligations « *en cas d'état d'urgence* » correspondant à la guerre ou à un autre danger public menaçant la vie de la Nation.

restreindre certains droits et libertés des personnes soupçonnées d'être une menace pour la sécurité publique.

L'état d'urgence tel qu'il résulte de la loi de 1955 modifiée était-il adapté à la crise sanitaire ? Au regard des conditions de sa mise en œuvre, tenant à une atteinte grave à l'ordre public ou à une calamité publique, il était possible de considérer que les conditions étaient réunies. Cependant le dispositif prévu et les mesures qui peuvent être prises sous son empire poursuivent un objectif de sécurité publique, non de santé publique : l'état d'urgence permet de prendre des mesures de restriction des libertés à l'égard des personnes soupçonnées d'être une menace pour la sécurité publique.

D'où le vote de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19⁴ qui introduit dans le code de la santé publique de nouveaux articles réunis dans un chapitre consacré à l'état d'urgence sanitaire donnant compétence au Premier ministre pour prendre, par décret, des mesures « *strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu* »⁵. Le Gouvernement est également habilité à prendre des mesures qui relèvent du domaine de la loi par voie d'ordonnances. Lorsque l'état d'urgence sanitaire est déclaré, un comité de scientifiques est immédiatement réuni, consacrant ainsi par la loi l'existence du comité scientifique qui avait été mis en place dès le début de la crise sanitaire pour éclairer les choix du gouvernement. Ce comité publie périodiquement son avis sur les connaissances scientifiques, sur les mesures nécessitées par la catastrophe sanitaire et sur la prorogation de l'état d'urgence sanitaire.

Les états d'urgence soulèvent diverses questions d'ordre constitutionnel. On s'attachera ici essentiellement à la constitutionnalité des législations relatives à l'état d'urgence puis au contrôle de constitutionnalité sur les mesures prises dans ce cadre, pour enfin envisager la constitutionnalisation de l'état d'urgence.

1. La constitutionnalité des législations relatives à l'état d'urgence

Se pose d'abord la question de la constitutionnalité de l'existence même d'une législation d'exception, telle celle de l'état d'urgence, alors qu'existent des dispositions constitutionnelles sur les pouvoirs de crise. La loi de 1955 est-elle conforme dans son principe à la Constitution ? Le Conseil constitutionnel a répondu à cette question en 1985 : « *si la Constitution, dans son article 36, vise expressément l'état de siège, elle n'a pas pour autant exclu la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence*

⁴ Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19. Avant le vote de cette loi, les premières mesures sanitaires ont été prises sur le fondement des articles L. 3131-1 et suivants du Code de la santé publique donnant compétence au ministre de la Santé pour « *prescrire dans l'intérêt de la santé publique toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population en cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence, notamment en cas de menace d'épidémie* ».

⁵ L. 3131-12 et s. du Code de la santé publique.

pour concilier (...) les exigences de la liberté et la sauvegarde de l'ordre public »⁶. Il l'a confirmé lorsqu'il a eu à se prononcer sur des questions prioritaires de constitutionnalité contestant la constitutionnalité de certaines dispositions de la loi relative à l'état d'urgence de 1955⁷. Cette conformité de principe de la législation sur l'état d'urgence n'emporte pas brevet de constitutionnalité. Elle n'empêche pas le Conseil d'apprécier la constitutionnalité de telle ou telle disposition de la loi et, le cas échéant, de la déclarer contraire à la Constitution parce qu'elle porte une atteinte excessive aux droits et libertés⁸. Ainsi le Conseil constitutionnel a rendu neuf décisions QPC lors de la mise en œuvre de l'état d'urgence sécuritaire.

Le Conseil constitutionnel n'intervient pas au moment de la déclaration de l'état d'urgence, qu'il soit sécuritaire ou sanitaire. Toutefois, la prorogation de l'état d'urgence étant décidée par le Parlement – au-delà de douze jours pour l'état d'urgence sécuritaire et d'un mois pour l'état d'urgence sanitaire –, le Conseil constitutionnel peut être saisi du contrôle de la constitutionnalité de cette loi⁹.

Encore faut-il qu'il le soit. Or il peut être constaté que l'urgence a cette capacité de transformer ce qui en temps normal apparaît comme une garantie de l'État de droit, tel le contrôle de constitutionnalité, en une sorte d'ennemi de l'État. En 2015, une éventuelle saisine du Conseil a été présentée par le Premier ministre comme un risque à ne pas courir¹⁰ et, de fait, le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi du contrôle *a priori* des six lois de prorogation de l'état d'urgence adoptées entre 2015 et 2017. En mars 2020, le même consensus politique a conduit à ce que la loi du 23 mars 2020, votée en urgence, ne soit pas soumise au Conseil constitutionnel. Il en est allé autrement de la prorogation de l'état d'urgence sanitaire : la saisine du Conseil par le Président de la République suivie de celle des parlementaires s'écarte de la pratique antérieure et répond à la volonté de légitimer la prolongation de l'état d'urgence. Le Conseil a validé l'essentiel de la loi

⁶ Cons. const. n° 85-187 DC du 25 janv. 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, cons. 4.

⁷ Cons. const. n° 2015-527 QPC du 22 déc. 2015, *M. Cédric D.* ; n° 2016-535 et n° 2016-536 QPC 19 fév. 2016, *Ligue des droits de l'homme* : « Considérant que la Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence ; qu'il lui appartient, dans ce cadre, d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ».

⁸ Sur ce point, cf. *infra*.

⁹ Cf. Con. const. n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*.

¹⁰ Lors de la séance publique au Sénat, le 20 novembre 2015, le Premier ministre, Manuel Valls, demande aux sénateurs de ne pas saisir le Conseil constitutionnel. Il se déclare « extrêmement dubitatif sur l'idée de saisir le Conseil constitutionnel », dans la mesure où il lui apparaissait nécessaire, au regard des circonstances, d'aller « vite sur la mise en œuvre des dispositifs » et il ajoute « il est toujours risqué de saisir le Conseil constitutionnel », car s'il « répondait que la loi révisée est inconstitutionnelle sur un certain nombre de points, sur un certain nombre de garanties apportées, cela peut faire tomber 786 perquisitions et 150 assignations à résidence déjà faites », *Senat.fr* [en ligne], 21 novembre 2015. [Consulté le 2 novembre 2020] Disponible sur internet :

<https://www.senat.fr/seances/s201511/s20151120/s20151120_mono.html>.

de prorogation¹¹ : il admet que l'exercice des droits et libertés puisse être mis entre parenthèses dans des situations d'urgence, tout en formulant quelques réserves d'interprétation et en prononçant quelques censures sur les modalités de l'état d'urgence sanitaire. Un fondement constitutionnel est même donné à l'état d'urgence sanitaire, lequel est rattaché à l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé déduit du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946¹².

Si le juge constitutionnel a donc été partiellement mis à l'écart par les autorités politiques, il a toutefois été saisi de QPC portant sur les dispositions des lois d'états d'urgence.

2. Le contrôle de constitutionnalité des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence

Sans pouvoir retracer ici l'ensemble de la jurisprudence relative à l'état d'urgence, sécuritaire ou sanitaire, l'accent peut être mis sur deux aspects qui interrogent l'effectivité du contrôle de constitutionnalité en période d'état d'urgence : la prise en compte des circonstances pour justifier une forme de démission du Conseil, renonçant à censurer des inconstitutionnalités manifestes ; la répartition des compétences juridictionnelles quant au contrôle des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence.

a. Le recours aux « circonstances particulières » pour justifier une violation de la Constitution

Le jour du vote de la loi ordinaire du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19 a été adoptée une loi organique comportant un article unique prévoyant la suspension des délais d'examen des QPC devant le Conseil d'État, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel. Le texte permet à ces juridictions de dépasser le délai d'examen des QPC pour tenir compte du contexte.

Toutefois, il est permis de douter de l'utilité de cette loi : pour les juridictions suprêmes, administratives et judiciaire, le non-examen dans les trois mois suivant la transmission ou le dépôt de la QPC implique seulement le renvoi automatique au Conseil constitutionnel de la QPC ; tandis que le non-respect de ce délai d'examen par ce dernier n'est assorti d'aucune sanction ; en outre, les juridictions ont maintenu leurs activités pendant la crise. L'objectif réel de cette loi organique était de suspendre l'examen de QPC contestant les mesures sanitaires de restriction des droits et libertés prises sur le fondement de la loi sur l'état d'urgence sanitaire qui venait d'être votée. Les débats parlementaires sont à cet égard sans ambiguïté : « *ce serait un contresens par*

¹¹ Cons. Const. n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*.

¹² Sur ce point, P. RRAPI, « Le Préambule de la Constitution de 1946, fondement constitutionnel de l'état d'urgence », *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 8 juin 2020, 9 p.

rapport à ce que nous venons de mettre en œuvre et à la volonté d'aller vite pour faire face à l'urgence » de « prévoir que l'ensemble de ce qui vient d'être voté puisse faire l'objet de recours et de QPC », cela « reviendrait à organiser notre propre incapacité à mettre en œuvre dans l'urgence les mesures nécessaires »¹³. L'objectif n'est donc pas tant d'anticiper l'incapacité éventuelle des juridictions à respecter les délais d'examen des QPC que d'éviter, au moins pendant trois mois, la contestation par voie de QPC des mesures législatives prises pour faire face à l'épidémie¹⁴.

Or, si la loi sur l'état d'urgence sanitaire n'a pas été soumise au Conseil constitutionnel pour ne pas faire courir le risque d'une déclaration d'inconstitutionnalité, la loi organique de suspension des délais d'examen des QPC ne pouvait y échapper puisque toute loi organique fait obligatoirement l'objet d'un contrôle préalable de constitutionnalité. Et la loi organique avait été manifestement adoptée selon une procédure non conforme à la Constitution, le délai de 15 jours entre le dépôt du projet de loi et son examen par les chambres qu'exige l'article 46 de la Constitution n'ayant pas été respecté. Reconnaisant cette inconstitutionnalité procédurale, le Conseil considère pourtant que « *compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, il n'y a pas lieu de juger que cette loi organique a été adoptée en violation des règles de procédure prévues à l'article 46 de la Constitution* »¹⁵. Ainsi, au nom de « *circonstances particulières* », la Constitution est mise de côté et le Conseil renonce à exercer son contrôle du respect de la procédure législative. Si l'on peut comprendre que la rigueur du droit puisse connaître quelques assouplissements, particulièrement en temps de crise, ce qui est moins compréhensible c'est la motivation sommaire retenue par le Conseil. Ce laconisme est sans doute autant responsable de la virulence des critiques dont la décision a pu faire l'objet que la solution elle-même. Car en se contentant d'invoquer les « *circonstances particulières* », sans autre précision, le Conseil offre l'image d'une juridiction démissionnaire. Plutôt que de motiver sa décision, d'argumenter pour justifier, et donc légitimer, sa décision de ne pas censurer une inconstitutionnalité manifeste, le Conseil s'en est tenu à une forme d'évidence sans expliciter ni la nécessité d'adopter la loi organique en violation des règles constitutionnelles (était-il impossible de procéder autrement ?), ni la nécessité de suspendre au plus vite les délais d'examen de la QPC (la mesure était-elle nécessaire ? était-elle adaptée aux circonstances ?)¹⁶.

¹³ « Compte rendu de la 3^e séance publique du 21 mars 2020 », *Assemblée-nationale.fr* [en ligne], mars 2020. [Consulté le 2 novembre 2020] Disponible sur internet : <<http://www.assemblee-nationale.fr/15/cr/2019-2020/20200187.asp#P2066598>>.

¹⁴ Sur le lien entre la loi organique et la loi ordinaire d'urgence n° 2020-290 du 23 mars 2020 pour faire face à l'épidémie de COVID-19, cf. M. VERPEAUX, « Loi organique d'urgence sanitaire et question prioritaire de constitutionnalité », *AJDA*, 2020, p. 839, spéc. p. 842.

¹⁵ Cons. Cons. n° 2020-799 DC du 26 mars 2020, *Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19*.

¹⁶ Sur ce point, cf. J. JEANNENEY, « La non-théorie des "circonstances particulières" », *AJDA*, 2020, p. 843 et A. ROBLOT-TROIZIER, « "Circonstances particulières" et réserve d'interprétation implicite : les paradoxes de l'évaluation des risques par le Conseil constitutionnel », *Chronique de jurisprudence Droit administratif et Droit constitutionnel, RFDA*, 2020, p. 508.

Paradoxalement, et c'est toute l'ambiguïté de la décision du 26 mars 2020, alors qu'il semble démissionner sur le terrain de la « constitutionnalité externe », tenant au contrôle de la procédure législative, le Conseil tente, au titre de la « constitutionnalité interne », de neutraliser les effets inconstitutionnels de la loi : alors que la référence aux « *circonstances particulières* » entache de manière criante son contrôle, une réserve d'interprétation implicite vient (trop) discrètement en rappeler l'effectivité¹⁷. Il juge que l'article unique de la loi organique « *ne remet pas en cause l'exercice de ce recours ni n'interdit qu'il soit statué sur une question prioritaire de constitutionnalité durant cette période* ». Bien que le Conseil rappelle ainsi ce qui devrait être une évidence, les débats parlementaires précédemment rappelés autorisaient une autre interprétation de la loi organique. Ainsi, le Conseil neutralise les effets potentiellement inconstitutionnels de la suspension des délais d'examen des QPC. Sur ce point également, le Conseil aurait gagné à mieux motiver sa décision – en précisant notamment qu'il appartient aux juridictions saisies de QPC de mettre tout en œuvre pour statuer dans un délai raisonnable en tenant compte des « *circonstances particulières de l'espèce* » afin de préserver l'effet utile de la QPC.

b. La question de la compétence juridictionnelle de contrôle de constitutionnalité des actes pris dans le cadre de l'état d'urgence

Le contrôle de constitutionnalité « à la française » repose sur une répartition des compétences entre le Conseil constitutionnel, qui contrôle la constitutionnalité des lois – *a priori* ou *a posteriori* par voie de QPC – et le juge administratif, qui contrôle la constitutionnalité des actes administratifs dès lors que ce contrôle ne le conduit pas à porter une appréciation sur une loi.

Pour répondre aux situations d'urgence, nombre de mesures sont prises par voie d'ordonnance. Considérées comme des actes administratifs dès leur adoption, les ordonnances peuvent faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité par le juge administratif et ce d'autant plus que la loi d'habilitation – précisément parce qu'elle est une simple loi d'habilitation – ne fait pas écran entre l'ordonnance et les normes de valeur constitutionnelle. L'adoption de nombreuses ordonnances pour faire face à l'épidémie de COVID-19 a donc pour effet d'augmenter le rôle du Conseil d'État en tant que juge de la constitutionnalité des ordonnances non ratifiées et de dessaisir le Conseil constitutionnel d'une part non négligeable de son contrôle.

Afin de « garder la main » et de conserver son rôle de gardien des droits fondamentaux, le Conseil constitutionnel a considéré, dans un revirement de jurisprudence aussi inattendu que contestable, que des ordonnances, même non ratifiées, doivent être considérées comme des dispositions législatives dont seul le Conseil constitutionnel peut apprécier la constitutionnalité. Dans sa décision du

¹⁷ Sur ce point, cf. A. ROBLOT-TROIZIER, *op.cit.*

28 mai 2020, le Conseil juge pour la première fois que les dispositions non ratifiées d'une ordonnance doivent, à l'expiration du délai de l'habilitation donnée au Gouvernement pour prendre des ordonnances, « être regardées comme des dispositions législatives »¹⁸. Pour justifier cette affirmation, il constate que, passé ce délai, « les dispositions de cette ordonnance ne pouvaient plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif ». Son raisonnement repose ainsi sur une conception plus matérielle de la loi – comme l'acte relevant d'une matière législative – qu'organique – comme l'acte voté par le Parlement. Il fait alors fi de ce que l'article 38 de la Constitution précise que les ordonnances « ne peuvent être ratifiées que de manière expresse ».

Bien que l'ordonnance en cause dans cette affaire n'ait aucun lien avec l'état d'urgence sanitaire, il est évident que cette évolution jurisprudentielle est marquée par le contexte d'un recours accru, voire systématique, aux ordonnances pour adapter le droit à la situation sanitaire.

Le Conseil a ensuite affiné sa nouvelle jurisprudence avec sa décision du 3 juillet 2020¹⁹ portant sur une ordonnance prise dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Il juge que « Si les dispositions d'une ordonnance acquièrent valeur législative à compter de sa signature lorsqu'elles ont été ratifiées par le législateur, elles doivent être regardées, dès l'expiration du délai de l'habilitation et dans les matières qui sont du domaine législatif, comme des dispositions législatives au sens de l'article 61-1 de la Constitution » ; il ajoute que « leur conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit ne peut donc être contestée que par une question prioritaire de constitutionnalité ». Dans sa précédente décision, les dispositions des ordonnances non ratifiées devaient être regardées comme des « dispositions législatives » ; avec la seconde, elles ne le sont qu'« au sens de l'article 61-1 de la Constitution », soit uniquement pour ce qui est de la question de leur conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit, ce que le Conseil semble distinguer de la « valeur législative », qu'une ordonnance n'acquiert que par sa ratification expresse par le législateur. En outre, si la décision du 28 mai autorisait à reconnaître le caractère législatif de l'ensemble des dispositions d'une ordonnance non ratifiée à l'expiration du délai d'habilitation, celle du 3 juillet limite cette reconnaissance aux seules dispositions qui « sont du domaine législatif ». Or la détermination du domaine législatif est ambiguë : il s'agit certes des matières dont la liste est fixée à l'article 34 de la Constitution, mais également de celles qui, en vertu d'autres dispositions constitutionnelles et de la jurisprudence, relèvent de la compétence du législateur ; reste à savoir s'il s'agit également de toutes les modifications de dispositions ne relevant pas du domaine législatif mais qui, du fait de l'intervention du législateur en dehors de son domaine de compétence, ne peuvent plus être modifiées que par la loi, sauf à ce que le Gouvernement en demande au préalable la « délégalisation » selon la procédure de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution. Il faudra

¹⁸ Cons. const. n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, *Force 5*.

¹⁹ Cons. const. n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020, *Sofiane A.*

donc attendre d'autres décisions pour préciser la portée exacte et les implications du nouveau régime contentieux des ordonnances de l'article 38 de la Constitution.

Ainsi, semblant prendre conscience de la portée de sa décision du 28 mai, le Conseil constitutionnel la circonscrit dans sa décision du 3 juillet, tout en assumant plus explicitement la finalité de cette évolution jurisprudentielle : éviter que le contrôle de constitutionnalité des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence échappe au Conseil constitutionnel.

L'état d'urgence sécuritaire décidé à partir de fin 2015 avait conduit à une « guerre des juges suprêmes », particulièrement marquée entre le Conseil d'État et la Cour de cassation, chacun revendiquant son rôle de gardien des droits fondamentaux. Avec une revendication identique, l'état d'urgence sanitaire semble produire quant à lui une « guerre des juges constitutionnels » opposant le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel.

3. La constitutionnalisation de l'état d'urgence

Peut enfin être abordée la question de l'intégration dans la Constitution de dispositions relatives à l'état d'urgence. S'agissant de l'état d'urgence de la loi du 3 avril 1955, cette intégration a été envisagée à l'article 36 de la Constitution, par le Comité consultatif pour la révision de la Constitution présidé par le Doyen Vedel en 1993²⁰.

Ce projet de constitutionnalisation de l'état d'urgence n'a pas abouti, mais il a été repris en 2015. Le projet de loi constitutionnelle « de protection de la Nation », portant sur l'état d'urgence et sur la déchéance de la nationalité, est présenté en décembre 2015 par le Président de la République à l'Assemblée nationale. Bien qu'adopté par cette dernière comme par le Sénat, l'absence d'une majorité suffisamment forte, particulièrement sur la question de la déchéance de nationalité, n'a pas permis d'envisager la soumission du texte au Congrès. La procédure de révision de la Constitution a donc été interrompue.

La question se pose à nouveau aujourd'hui avec l'état d'urgence sanitaire. Les constitutionnalistes s'opposent sur la question de l'utilité d'introduire dans la Constitution des dispositions générales sur l'état d'urgence répondant aux risques sanitaires comme sécuritaires, à côté, voire à la place de l'article 16 de la Constitution, eu égard à la radicalité et à l'obsolescence de celui-ci.

Une telle intégration présenterait plusieurs avantages : offrir une assise juridique plus élevée, puisque constitutionnelle, à l'état d'urgence ; définir les conditions matérielles et procédurales du recours à l'état d'urgence et notamment identifier l'autorité qui décide de l'état d'urgence et celles qui contrôlent son exécution – contrôles

²⁰ L'article 36 constitue lui-même une constitutionnalisation de la législation sur l'état de siège issue de la loi du 9 août 1849 modifiée ensuite par plusieurs lois.

parlementaire et juridictionnel ; déterminer les modalités de la sortie de l'état d'urgence dans le but d'éviter des prolongations non nécessaires.

Reste que les conditions d'entrée ou de sortie de l'état d'urgence auront beau être fixées par la Constitution, l'urgence d'une circonstance exceptionnelle suffira à justifier le contournement des règles en vigueur, qu'elles aient ou non valeur constitutionnelle. Comme la force majeure, les caractéristiques des crises sont souvent imprévisibles ; dès lors, quand bien même elles seraient prévues par la Constitution, les hypothèses dans lesquelles il pourrait être fait appel à l'état d'urgence pourraient très vite être dépassées et les conditions de sa mise en œuvre inadaptées aux circonstances. En outre, les situations d'urgence nécessitent une souplesse et une réactivité qu'un carcan constitutionnel n'est pas nécessairement en mesure d'offrir, de sorte que l'urgence pourrait justifier le contournement des règles constitutionnelles. Dans ces conditions, à quoi bon réviser la Constitution ?

Les législations d'exception sont toujours adoptées, en urgence, dans un contexte de crise, sous le coup de l'émotion et de l'inquiétude qu'elle suscite. Or, en pratique, elles restent en vigueur au-delà de la crise : il s'agit de législations « dormantes » susceptibles d'être « réveillées » en fonction des circonstances²¹. Ainsi en est-il de la loi du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie. Si son article 4, dans sa rédaction initiale, prévoyait l'abrogation de plein droit de la loi en cas de dissolution de l'Assemblée nationale, le fait est que, malgré la dissolution, l'adoption d'une nouvelle Constitution et la fin de la crise algérienne, la loi de 1955 est demeurée en vigueur et a été mise en application à plusieurs reprises²².

La loi d'urgence de 2020 assume quant à elle sa portée générale. Si son intitulé fait référence à l'épidémie de COVID-19, sa codification dans le code de la santé publique et son objet qui est de créer un « *état d'urgence sanitaire* » témoignent de sa vocation à s'appliquer à toute crise sanitaire.

Ainsi, les lois d'urgence sont certes des lois de circonstances mais elles modifient et impactent durablement l'ordonnement juridique. À cet égard, le véritable enjeu n'est pas tant le niveau hiérarchique de la législation d'exception, constitutionnel ou législatif, et donc la question de son intégration à la Constitution, que la nécessité d'un débat démocratique apaisé : au regard du degré d'atteinte aux libertés fondamentales qu'implique la législation d'exception, il importe de prendre le temps de débattre et de discuter des aménagements des libertés et des contrôles qui en constituent les contrepoids indispensables.

²¹ Sur ce point, cf. J.-F. DE MONTGOLFIER, « L'urgence et le Conseil constitutionnel », *NCCC*, n° 53, janv. 2017.

²² La loi du 3 avril 1955 a été appliquée à plusieurs reprises en Algérie et en métropole en rapport avec les événements algériens en 1958 et 1960-1961, puis en Nouvelle-Calédonie en 1985, Wallis et Futuna en 1986 et Polynésie française en 1987. Il a été fait application de la loi en métropole en 2005 pour faire face aux violences urbaines et en 2015-2017 à la suite des attentats du 13 novembre 2015.

Pourtant, la crise et l'urgence passées, les législations d'exception sont mises sous le boisseau, prêtes à ressurgir avec toujours les mêmes interrogations fondamentales sur le respect de l'État de droit, des exigences démocratiques et de la séparation des pouvoirs.

Le parlementarisme français à l'épreuve de l'urgence sanitaire¹

Jean-Baptiste JACOB

Docteur en droit public de l'École de Droit de la Sorbonne

Assistant Ingénieur d'études (post-doctorant) à l'École de Droit de la Sorbonne

Sur le plan institutionnel, la crise de la COVID-19 met à jour, sous une lumière particulièrement crue, les défauts du fonctionnement du parlementarisme de la V^e République. Pour nombre d'observateurs avisés² ces défauts ne tiennent pas tant aux moyens d'intervention dont dispose le Parlement qu'aux représentations mêmes de la fonction parlementaire, en particulier à « la propension des parlementaires à se satisfaire de leur condition »³. La crise sanitaire met, en effet, en lumière le *self-restraint* des députés de la majorité vis-à-vis de l'exécutif⁴. Ce comportement n'est pas une nouveauté. Il semblerait, bien au contraire, qu'il ait toujours caractérisé, au fond, la situation du parlementarisme français⁵. La crise sanitaire confirme alors l'idée selon laquelle le parlementarisme français est essentiellement « négatif »⁶.

L'expression de « parlementarisme négatif » est employée pour désigner un régime politique dans lequel le Parlement est réduit à mener une politique « négative » de *réaction* aux initiatives de l'exécutif. À l'origine, cette expression entendait qualifier les régimes parlementaires naissant toujours dans le contexte juridico-culturel de la monarchie libérale, essentiellement tournés, dans le premier temps de leur existence, vers la recherche d'un droit de concours du Parlement à la conduite de la politique du pays⁷. La logique négative du parlementarisme ne constituait, en réalité, pour la plupart des régimes parlementaires, qu'une première phase historique amenée à décliner à mesure que progressait le décroisement institutionnel de l'exercice du pouvoir. En France, cette logique a été amorcée tardivement, et même à contre-courant⁸ par la Constitution de 1958, sous le couvert du parlementarisme rationalisé. Alors que les révisions de 1995 et 2008, à rebours de cette logique, préfiguraient un véritable *aggiornamento* de la V^e République, l'analyse des récents événements confirme, au

¹ Je tiens à remercier tout particulièrement Jean-Pierre CAMBY, pour les échanges et la relecture intéressée et attentive.

² Selon la formule lapidaire de G. CARCASSONNE : « Ce qui manque le plus à l'Assemblée nationale, ce ne sont pas des pouvoirs nouveaux, ce sont des députés », cit. par R. DOSIERE, « le contrôle ordinaire », *Pouvoirs*, 2010, n° 3, p. 46 ; v. égal. P. AVRIL, « Enchantement et désenchantement constitutionnels sous la V^e République », *Pouvoirs*, 2008, n° 3, p. 5-16 ; v. égal. Rapport du Comité de Réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions, *Une V^e République plus démocratique*, remis le 29 oct. 2007, p. 51 ; v. encore R. MUZELLEC, « de "l'argent caché à l'Élysée" à l'argent déniché de l'Élysée », *LPA*, 2007, n° 198, p. 7 et s.

³ A. LE DIVELLEC, « Vers la fin du "parlementarisme négatif" à la française ? », *Juspoliticum*, n° 6, 2011.

⁴ *Id.*

⁵ *Id.*

⁶ *Id.* ; v. égal. P. AVRIL, « Renforcer le Parlement : qu'est-ce à dire ? », *Pouvoirs*, n° 46, 2013, p. 9 et s.

⁷ A. LE DIVELLEC, « Vers la fin du "parlementarisme négatif" à la française ? », *loc. cit.*

⁸ P. AVRIL, *loc. cit.*, p. 12.

contraire, que celui-ci n'a pas vraiment eu lieu et que, en matière de parlementarisme, les mauvaises habitudes ont la vie dure.

En marge de la procédure ordinaire, la gestion de la crise sanitaire en période d'urgence a finalement confirmé, au plan des institutions, ce dont on ne doutait plus depuis longtemps : la prédominance de l'autorité gouvernementale, détentrice de l'essentiel de la capacité d'action politique et la relégation de l'autorité parlementaire, détentrice subsidiaire d'une simple capacité de réaction politique. Dans la gestion de la crise, l'éloignement du Parlement du processus de l'action politique a consacré incidemment, mais durablement, une nouvelle conception de son rôle supposé se déployer en aval de l'action gouvernementale. Ce bouleversement ne s'est pas effectué *contra legem* ou aux marges du droit, bien au contraire, et il serait malvenu d'affirmer que la crise a directement modifié les compétences dévolues au Parlement. En effet, on sait que le Parlement agit toujours dans les limites que l'article 24 de la Constitution, révisé en 2008, lui fixe, c'est à dire qu'il « vote la loi [...], contrôle l'action du Gouvernement, [...] évalue les politiques publiques ».

Toutefois, si la crise sanitaire n'a pas directement agi sur les compétences dévolues au Parlement, elle a n'en a pas moins agi sur les représentations intellectuelles de celles-ci et, par-là, radicalement transformé les conditions de leur exercice. En effet, la crise sanitaire a eu pour effet d'opérer le resserrement de la fonction parlementaire autour du contrôle de l'action gouvernementale (I). Ce faisant, on pourrait penser qu'elle conforte l'idée, assez juste au demeurant, selon laquelle « la fonction du contrôle est la fonction parlementaire par excellence »⁹. Pourtant, la réalisation effective du contrôle parlementaire laisse perplexe. Sa mise en œuvre, en période d'urgence, est rendue plus difficile du fait des contraintes que le fonctionnement particulier de la V^e République lui impose. De telle sorte que la portée du contrôle parlementaire se trouve largement réduite (II).

I. La crise sanitaire et l'avènement d'un parlementarisme de contrôle

La crise sanitaire constitue un bon révélateur de la spécificité du fonctionnement des institutions françaises tout autant que de la nouvelle division du travail sur laquelle elles se fondent. En accélérant le mouvement de redistribution des rôles et de redéfinition des fonctions institutionnelles, entamé par la Constitution de 1958, elle a, en quelque sorte, mis « fin aux apparences »¹⁰ et permis de clarifier, en période d'urgence, les responsabilités effectivement dévolues au Parlement. Le déroulé de la crise a entériné l'idée que le Parlement pouvait espérer trouver la justification de son action dans sa seule capacité de contrôle de l'action du Gouvernement.

⁹ P. LAUVAUX, « Le contrôle source du régime parlementaire : priorité du régime présidentiel », *Pouvoirs*, 2010, n° 134, p. 35 et s.

¹⁰ M. ALTWEGG-BOUSSAC, « La fin des apparences. À propos du contrôle parlementaire en état d'urgence sanitaire », *La Revue des Droits de l'Homme*, 12 avril 2020.

Dans le sillage de la législation de la dernière décennie¹¹, la loi n° 2020-290 d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19 fait le choix de mentionner expressément le contrôle parlementaire afin d'en signifier toute l'importance. Elle introduit dans le code de la santé publique un article L. 3131-13 qui énonce en son deuxième alinéa :

« L'Assemblée nationale et le Sénat sont informés sans délai des mesures prises par le gouvernement au titre de l'état d'urgence sanitaire. L'Assemblée nationale et le Sénat peuvent requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures. »

La mention *expresse* d'une compétence aussi évidente, pourtant censée relever de l'essence même de la fonction parlementaire, étonne. Elle est révélatrice d'un besoin qui apparaît, dès lors, fragile en son principe. Elle illustre ainsi *paradoxalement* les limites des représentations qui voient dans la fonction de contrôle la fonction par excellence du Parlement. En effet, dans le champ propre à la V^e République, l'association entre fonction parlementaire et fonction de contrôle fait en réalité le jeu d'une autre représentation, partagée notamment par la majorité au pouvoir. Cette représentation n'est autre que celle de la « démocratie exécutive »¹² dont le modèle se fonde sur la prévalence institutionnelle de l'autorité gouvernementale et suppose à la fois neutralisation de l'adresse parlementaire et sanctification d'une véritable sphère d'action réservée à l'exécutif. C'était d'ailleurs le projet assumé de la V^e République qui cherchait, selon Michel Debré, à :

« Supprimer cet arbitraire parlementaire qui sous prétexte de souveraineté non de la nation (qui est juste) mais des Assemblées (qui est fallacieuse), mettait en cause, sans limites, la valeur de la Constitution, celle de la loi et l'autorité des gouvernements »¹³.

Sous cette stricte acception, la pensée dominante associe bien volontiers fonction parlementaire et fonction de contrôle. Le revirement tardif, et partiellement contraint, du Gouvernement qui a fait droit aux demandes de la commission des lois du Sénat, exigeant que la loi n° 2020-290 mentionne expressément le contrôle parlementaire renforcé, l'illustre tout particulièrement. À l'origine, l'avis obligatoire rendu le 18 mars 2020 par le Conseil d'État sur le projet de loi proposait de supprimer toute mention de ce contrôle renforcé au motif qu'elle constituait « une injonction du Parlement au

¹¹ Loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions ; Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité et la lutte contre le terrorisme ; Loi n° 2019-30 du 19 janvier 2019 habilitant le Gouvernement à prendre par ordonnances les mesures de préparation au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne.

¹² N. ROUSSELLIER, *La force de gouverner : le pouvoir exécutif en France, XIX^e-XXI^e siècles*, Paris, Gallimard, 2015, coll. « NRF Essais », p. 539, p. 567 et s.

¹³ M. DEBRE, « Allocution de M. Michel Debré, garde des sceaux, ministre de la justice » réimp. in *Documents pour servir à l'histoire de la Constitution du 4 octobre 1958*, t. III, *Du Conseil d'État au référendum, 20 août-28 septembre 1958*, Paris, Éd. La documentation française, 1991, p. 260.

gouvernement »¹⁴, étrangère, en tant que telle, au domaine de la loi. Fort logiquement, et conformément à l'avis du Conseil d'État, qui confondait au passage, comme le note Manon Altwegg-Boussac, objet du contrôle parlementaire et domaine de compétence du Parlement¹⁵, le texte déposé par le Premier Ministre, en première lecture devant le Sénat¹⁶, ne prévoyait aucune mention d'un quelconque contrôle. Ce n'est que dans un deuxième temps que celui-ci a accepté le principe d'une mention expresse de ce contrôle dans le projet de loi.

La mise en avant d'un parlementarisme de contrôle, à l'occasion de la crise sanitaire, s'est indubitablement produite au détriment d'un parlementarisme de législation. Sans exagérer la portée de cette distinction, faussement claire¹⁷, il importe de prendre la mesure, tout de même, de la révolution opérée par la crise sanitaire dans les représentations mêmes de la fonction parlementaire. Tout d'abord, la crise sanitaire a entériné l'idée selon laquelle l'exercice de la fonction législative n'est pas – ou n'est plus – l'apanage du Parlement. Cette idée n'a rien d'étonnant sous l'empire particulier de la Constitution de 1958 où force est d'admettre, parfois avec plus ou moins de facilités¹⁸, que la fonction législative est partagée avec le Gouvernement. Toutefois, en dépit de cette caractéristique, propre d'ailleurs au parlementarisme moderne, on constate que la crise sanitaire signe bien « l'abandon de la fonction législative au Gouvernement »¹⁹, au moins en période d'urgence. La multiplication des conseils de Défense ou des habilitations législatives faites au Gouvernement entretiennent conjointement l'idée que le Parlement, et par extension l'Assemblée nationale, n'a pas à prendre part directement à la détermination de l'action politique.

Certes, les périodes de crise ont toujours donné lieu à la production d'un droit de l'urgence. Elles ont, en effet, toujours entraîné le développement de mécanismes exceptionnels d'exercice du pouvoir politique offrant aux pouvoirs publics la possibilité de déroger aux procédures ordinaires – on songe, par exemple, au développement des décrets-lois, en marge des textes, sous les III^e et IV^e Républiques. Toutefois, s'agissant de la crise sanitaire provoquée par l'épidémie de la COVID-19, c'est davantage « l'étendue de l'habilitation consentie par la loi du 23 mars 2020 [qui] interpelle » puisqu'« il n'est pas certain que la V^e République ait connu, sur une période aussi courte,

¹⁴ C. E., avis, 18 mars 2020, n° 399873, sur un projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19, § 18, p. 4.

¹⁵ M. ALTWEGG-BOUSSAC, « “Un mal qui répand la terreur” : l'information du Parlement », *Blog Juspoliticum*, 18 mai 2020.

¹⁶ Texte n° 376 (2019-2020) de M. Édouard Philippe, Premier ministre, déposé au Sénat le 18 mars 2020.

¹⁷ A. FOURMONT, B. RIDARD, « Le contrôle parlementaire dans la crise sanitaire », *Question d'Europe*, 2020, n° 558.

¹⁸ Pour une illustration des réticences de la doctrine juridique et des acteurs politiques à admettre ce constat qui relève de l'évidence, v. A. LE DIVELLEC, « Le Parlement, organe politique et de contrôle du gouvernement », *Revue de droit allemand*, juil. 2018.

¹⁹ É. LEMAIRE, « Le Parlement face à la crise du COVID-19 », *Blog Juspoliticum*, 13 avril 2020.

pareil dessaisissement (à la fois quantitatif et qualitatif) du Parlement »²⁰. En effet, pas moins de soixante-deux ordonnances ont été prises pour faire face à l'épidémie²¹.

Ce chiffre vertigineux permet alors de comprendre en quoi le resserrement de la fonction parlementaire sur la fonction de contrôle s'est vite présenté comme une nécessité. Cette nécessité était d'autant plus forte que, sur le papier, le pouvoir de contrôle parlementaire est « presque sans entraves »²² et sonne comme une véritable « invitation à l'action »²³. Outre les questions écrites ou orales aux membres du Gouvernement, dont le format rend cependant difficile un exercice satisfaisant de la fonction de contrôle – qui suppose le temps long²⁴ – les Assemblées disposent d'outils pérennes et particulièrement appropriés au suivi de *l'action* du Gouvernement. À ce titre, les Chambres peuvent emprunter la voie des commissions permanentes ou des commissions d'enquête.

Sommairement mentionnées par la Constitution de 1958, les commissions permanentes possèdent, pour l'essentiel, des pouvoirs d'audition et d'information générale des Chambres auxquelles elles appartiennent. Pour autant, en vertu de l'article 5 ter de l'ordonnance 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, elles « peuvent demander à l'assemblée à laquelle elles appartiennent, pour une mission déterminée et une durée n'excédant pas six mois, de leur conférer [...] les prérogatives attribuées aux commissions d'enquête » sous réserve que l'action du Gouvernement qu'il s'agit de contrôler « dépasse le domaine de compétence d'une seule commission permanente ». Comme le note Jean-Pierre Camby, « la crise concerne le champ de compétences de toutes les commissions permanentes [...] ce qui exclut que, pour apprécier la totalité de la crise, l'une d'entre elle seule se dote de pouvoirs d'enquête »²⁵.

Toutefois, pour disposer de plus larges prérogatives, et conformément à leur fonction d'information des Chambres, les commissions permanentes peuvent créer, en leur sein, des missions d'information²⁶. L'article 145 du règlement de l'Assemblée nationale prévoit que l'initiative de la création d'une mission d'information appartient aux commissions permanentes, à la conférence des présidents sur proposition du président de l'Assemblée, ou encore aux groupes d'oppositions ou minoritaires, par le biais de leur président et sous certaines conditions. Les articles 20 et 21 du règlement du Sénat prévoient également cette possibilité pour les commissions permanentes ainsi que

²⁰ *Id.*

²¹ D'après les données officielles publiées par le Gouvernement [en ligne]. [Consulté le 12 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.vie-publique.fr/dossier/273985-les-ordonnances-covid-19-mars-juin-2020-dossier>>.

²² E. THIERS, « Le contrôle parlementaire et ses limites juridiques : un pouvoir presque sans entraves », *loc. cit.*

²³ *Id.*

²⁴ A. DELCAMP, « La perception du contrôle parlementaire. Comment le rendre plus attractif ? », *Pouvoirs*, 2010, n° 3, p. 109-122, notamment p. 114.

²⁵ J.-P. CAMBY, « Contrôle parlementaire et coronavirus », *Le club des juristes*, 31 mars 2020.

²⁶ Règl. Sénat, art. 20 et 21 ; règl. AN, art. 145 à 145-6.

pour la conférence des présidents. Leurs modalités de fonctionnement ne sont pas tout à fait identiques selon les Chambres concernées. L'article 21 du Sénat prévoit d'office, en son alinéa 4, que les missions d'information communes à plusieurs commissions permanentes « disposent des mêmes pouvoirs d'information, de contrôle et d'évaluation que les commissions permanentes ». En revanche, l'article 145 du règlement de l'Assemblée nationale limite les prérogatives de ces missions d'information qui ne peuvent porter que « sur les conditions d'application d'une législation » et sont alors particulièrement adaptées pour assurer le suivi spécifique d'une législation particulière et apprécier sa mise en œuvre. L'attribution des pouvoirs d'enquête est ensuite conditionnée, par l'article 145-1 du règlement de l'Assemblée nationale, au dépôt d'une demande spécifiquement adressée au Président de l'Assemblée nationale.

Les Chambres peuvent aussi exercer leur fonction de contrôle de l'action gouvernementale par le biais des commissions d'enquête. En vertu de l'article 6 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, « les commissions d'enquête sont formées pour recueillir des éléments d'information soit sur des faits déterminés, soit sur la gestion des services publics ou des entreprises nationales, en vue de soumettre leurs conclusions à l'assemblée qui les a créées ». L'ordonnance rappelle le caractère temporaire de cet outil. Leur mission « prend fin par le dépôt de leur rapport, et au plus tard, à l'expiration d'un délai de 6 mois à compter de la date de l'adoption de la résolution qui les a créées ». Pendant ce laps de temps, les membres de la commission, notamment ses rapporteurs, disposent de larges pouvoirs. Les rapporteurs qui « exercent leur mission sur pièces et sur place » peuvent recevoir « tous les renseignements de nature à faciliter » celle-ci et sont notamment habilités « à se faire communiquer tous documents de service » nécessaires à leur enquête. En outre, à l'issue de ses travaux, la commission d'enquête peut bénéficier, comme la mission d'information, de l'appui d'une mission de suivi permettant de faire le bilan de l'application de la loi. Si cette formule rencontre un certain succès auprès des parlementaires, elle présente tout de même quelques limites, en termes de durée notamment. En effet, comme l'indique Jean-Pierre Camby, « les travaux d'une commission d'enquête durent six mois au maximum, ce qui justifie aussi qu'ils ne débutent pas trop tôt »²⁷.

Au Sénat, la commission des lois s'est chargée de la mise en œuvre de cette fonction de contrôle. Cette dernière a organisé, dès le 25 mars, une mission de suivi pluraliste, présidée par M. Philippe Bas (LR), actuel président de la commission des lois. Celle-ci se compose de onze membres issus de l'ensemble des groupes politiques de la Chambre Haute dont trois membres du parti *Les Républicains*. On notera que si la commission des lois est à la manœuvre, la mission de suivi s'inscrit dans une démarche coordonnée de l'ensemble des commissions permanentes. Elle s'est saisie de divers sujets tels que :

²⁷ J.-P. CAMBY, « Contrôle parlementaire et coronavirus », *loc. cit.*

« La proportionnalité et la pertinence des mesures d'exception prises pour assurer la continuité de l'action des administrations et des juridictions pendant la crise sanitaire, la gestion des agents publics, le déploiement opérationnel des forces de la sécurité civile, les modalités d'organisation des forces de sécurité intérieure pour assurer le contrôle des mesures prescrites par le Gouvernement, la situation des lieux privatifs de liberté, ou encore l'usage éventuel des données personnelles pour lutter contre l'épidémie »²⁸.

Cette organisation n'est pas sans rappeler celle qu'avait mise en œuvre la Chambre haute afin d'évaluer la mise en œuvre des lois relatives à l'état d'urgence et de la loi pour la Sécurité intérieure et de lutte contre le terrorisme (SILT) de 2017²⁹.

L'Assemblée nationale, pour sa part, n'a pas confié ce contrôle à la commission des lois. Réunie le 17 mars 2020, la Conférence des présidents de l'Assemblée nationale a fait le choix de créer une mission d'information sur la gestion et les conséquences, dans toutes ses dimensions, de l'épidémie de COVID-19. Si cette mission se voulait transversale, et à durée indéterminée, il était cependant prévu qu'elle ne constitue qu'une première étape dans l'exercice du contrôle parlementaire renforcé. Il s'agissait alors d'assurer le suivi renforcé de la gestion de la crise sanitaire et des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. La deuxième étape a été déclenchée à l'issue de la réunion de la mission d'information, le 3 juin 2020. À cette occasion, il a été fait le choix de doter la mission d'information des prérogatives d'une commission d'enquête sur le fondement – discutable comme on le verra – du mécanisme précédemment rappelé. Cette adjonction s'est accompagnée d'un élargissement de ses missions à l'évaluation de la gestion de la crise et à l'appréciation de ses conséquences en matière économique, budgétaire, sociale et internationale.

Le resserrement de la fonction parlementaire sur la fonction de contrôle interroge. La principale interrogation tient, faute d'une pratique suffisamment établie, à la délimitation précise des modalités concrètes de son exercice tout autant que des finalités visées. Les débats parlementaires portant sur l'opportunité de mentionner le contrôle renforcé sont, au final, assez pauvres et d'un intérêt relatif pour la délimitation de ses contours. Ils laissent largement irrésolu le problème inhérent à la pensée du contrôle parlementaire « qui exige simultanément le respect des prérogatives de l'exécutif, et l'autorité du jugement porté sur son action »³⁰. Surtout, dans la pratique institutionnelle, tout fonctionne comme si la réduction de la fonction parlementaire à la fonction de contrôle passait d'abord par une redéfinition même de cette fonction de contrôle ; celle-ci devant être « platonique » pour prétendre s'exercer.

²⁸ Mission de suivi du projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19, Rapp. du 2 avril 2020, *10 premiers jours d'état d'urgence sanitaire : premiers constats*, p. 10.

²⁹ À ce propos, v. A. FOURMONT, « Le contrôle parlementaire renforcé en matière de lutte contre le terrorisme », in *Les autorités de contrôle face à la lutte contre le terrorisme en France, en Allemagne et au Royaume-Uni*, Colloque organisé à la Faculté de droit de Strasbourg les 14 et 15 novembre 2019, Centre des études internationales et européennes.

³⁰ P. AVRIL, « L'introuvable contrôle parlementaire (suite) », *Juspoliticum*, 2009, n° 3.

II. La crise sanitaire et la réduction de la portée du contrôle parlementaire

Comme en attestent les débats parlementaires relatifs à la mention expresse d'un contrôle renforcé dans la loi du 23 mars 2020, la revalorisation de la fonction de contrôle parlementaire, dans le sillage de la « démocratie exécutive », s'est faite au prix d'une réduction de sa portée. Cette réduction de la portée du contrôle parlementaire n'est pas nouvelle, sous la V^e République, loin s'en faut. Elle est d'autant plus problématique en période d'urgence où l'impression demeure, qu'à l'occasion de leur contrôle de l'action gouvernementale, les Chambres agissent davantage comme des « observatoires des pratiques gouvernementales »³¹ que comme parties à l'instance.

Cette réduction de la portée du contrôle caractérise, avant tout, le triomphe de trois grandes représentations spécifiques des missions du Parlement. Celles-ci convergent toutes vers l'idée que, pour prétendre exister sous la V^e République, le contrôle parlementaire *doit essentiellement s'exercer a posteriori, et en dehors de toute intrusion manifeste dans le champ de l'action politique laissé, par souci d'efficacité, à la discrétion du Gouvernement soutenu par la majorité politique au sein des Chambres.*

Une première réduction de la portée du contrôle fait suite à l'affaiblissement progressif, sous la V^e République, de l'idée selon laquelle le Parlement avait pour mission essentielle de sanctionner le Gouvernement (A). Dans le creux de celle-ci, une seconde réduction de la portée de la fonction de contrôle parlementaire s'est opérée, à travers l'affermissement de l'idée selon laquelle les Chambres ont pour seule mission de produire et chercher la meilleure information possible à propos de l'action gouvernementale qu'elles contrôlent (B). Une troisième réduction réside enfin dans la redécouverte, par le Parlement, sous la pression du fait majoritaire, de l'exercice d'une nouvelle fonction, la fonction élective, qui subvertit alors la fonction traditionnelle du contrôle (C).

A. L'affaiblissement progressif de la mission de sanction du Parlement

En réaction aux abus passés, le parlementarisme rationalisé de la V^e République entendait, avant tout, assurer la stabilité du Gouvernement. Y parvenir supposait, pour les constituants de l'époque, qu'ils limitent fortement les possibilités d'action unilatérale des parlementaires sur le Gouvernement et notamment les possibilités de contestation de celui-ci. En parallèle, la procédure de la « question de confiance » était grandement facilitée et ne souffrait pas, à l'origine, d'un strict encadrement procédural. L'histoire est bien connue. Pourtant, s'il est vrai que, dans son fonctionnement, la V^e République est parvenue à limiter l'exercice du contrôle-sanction³² par le Parlement, le changement

³¹ J.-J. URVOAS, « Le Droit peut-il être désactivé par l'état d'urgence ? Un début de contrôle parlementaire mal orienté », *Le village de la justice*, mai 2020.

³² Pour rappel, sous la V^e République, il n'y a eu qu'un seul gouvernement renversé, celui de Georges Pompidou, en 1962.

espéré dans les représentations dominantes n'a pas vraiment eu lieu. Au contraire le fonctionnement de la V^e République a *paradoxalement* entretenu l'idée même contre laquelle elle entendait lutter, à savoir que le contrôle parlementaire s'entendait justement du risque de renversement qu'il faisait planer sur le Gouvernement.

On trouve une survivance de cette représentation dans les décisions du Conseil constitutionnel. Celui-ci veille attentivement, par une jurisprudence constante³³, à sanctionner toutes dispositions susceptibles de constituer de véritables injonctions d'agir du Parlement envers le Gouvernement. Par-là, le juge entend chasser le fantôme des interpellations, courantes sous les Républiques antérieures. Cette jurisprudence trouve un écho favorable dans le texte même de la Constitution de 1958 qui, depuis la révision de 2008, énonce, en son article 34-1, que :

« Sont irrecevables et ne peuvent être inscrites à l'ordre du jour les propositions de résolution dont le Gouvernement estime que leur adoption ou leur rejet serait de nature à mettre en cause sa responsabilité ou qu'elles contiennent des injonctions à son égard ».

De la sorte, les décisions du juge constitutionnel entretiennent bien l'idée qu'il est de l'essence même de la fonction de contrôle parlementaire de s'accompagner d'une sanction. Le commentaire officiel de la décision 2009-581 DC le reconnaît ouvertement qui énonce que « le contrôle a pour corollaire la mise en cause de la responsabilité de l'autorité contrôlée »³⁴. Les décisions du juge constitutionnel entretiennent surtout l'idée qu'il lui appartient de censurer tout usage de cette prérogative qui s'effectuerait à la marge des articles 49 et 50 de la Constitution.

Si cette jurisprudence revêtait un intérêt direct, il y a près de soixante ans, elle apparaît désormais largement datée. L'hypothèse d'un exercice de la mission de sanction du Gouvernement par le Parlement est aujourd'hui assez improbable³⁵. Surtout, comme le note Pierre Avril, elle est anachronique³⁶, puisque « ce sont désormais les électeurs qui votent – ou refusent – la confiance tous les cinq ans »³⁷. Comme l'écrit l'illustre auteur :

³³ Cons. Const., décision n° 66-7 FNR du 21 déc. 1966, *Proposition de loi de M. Baudis, député, telle qu'elle résulte du rapport de la commission spéciale, concernant l'indemnisation des dommages subis par les français rapatriés d'outre-mer*, cons. 6 ; Cons. Const., décision n° 59-2 du 24 juin 1959, *Règlement de l'Assemblée nationale* ; Cons. Const., décision n° 90-275 DC du 6 juin 1990, *Résolution modifiant l'article 145 du règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 2 ; Cons. const., décision n° 96-381 DC du 14 octobre 1996, *Résolution modifiant le règlement du Sénat*, cons. 7 ; Cons. Const., décision n° 2003-470 DC du 9 avril 2003, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 22 ; Cons. Const., décision n° 2004-493 DC du 26 février 2004, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 3 ; Cons. Const., décision n° 2009-581 DC du 25 juin 2009, *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 55.

³⁴ Comm. Cons. Const., décision n° 2009-581 DC du 25 juin 2009, *Résolution modifiant le Règlement de l'Assemblée nationale*, p. 30.

³⁵ B. FRANÇOIS, *Le régime politique de la V^e République*, Paris, La Découverte, 2011, « Repères », p. 52.

³⁶ P. AVRIL, « Renforcer le Parlement : qu'est-ce à dire ? », *loc. cit.*, p. 17.

³⁷ P. AVRIL, « Le contrôle. Exemple du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques », *Juspoliticum*, 2011, n° 6.

« Cette prérogative n'appartient plus aux députés qu'à titre symbolique. Elle demeure l'apanage de l'opposition, mais l'existence de la majorité réduit le vote de la censure à une contestation solennelle de la politique générale, un geste affirmant que l'opposition... s'oppose, mais dont on sait bien qu'il est sans portée effective »³⁸.

Dans ces conditions, « déclarer que le contrôle est destiné à permettre au Parlement de mettre en jeu une responsabilité qui lui échappe revient à lui assigner un fondement illusoire »³⁹. S'il faut alors « concevoir le contrôle en dehors de tout lien avec la mise en cause de la politique générale du gouvernement »⁴⁰, c'est dans l'exercice d'une autre fonction parlementaire, la fonction de délibération, que celui-ci est réputé le mieux s'exprimer.

B. L'affermissement conditionné de la mission d'information du Parlement

Les représentations contemporaines s'accordent aujourd'hui sur l'idée que l'essentiel de la fonction parlementaire est ordonné à l'exercice de la fonction délibérative⁴¹. Cette conception n'est pas nouvelle et l'on en trouve trace notamment dans la doctrine anglo-saxonne, chez John Stuart Mill, par exemple, pour qui :

« Le véritable office d'une assemblée représentative n'est pas de gouverner, elle y est radicalement impropre ; mais bien de surveiller et de contrôler le gouvernement, de mettre en lumière tous ses actes, d'en exiger l'exposé et la justification quand ces actes paraissent contestables »⁴².

Cette représentation porte ainsi l'idée que le Parlement *parle, délibère, échange*, mais qu'il *n'agit* pas politiquement. Il n'exprime l'essentiel de sa fonction que dans sa capacité à pouvoir être, à la fois pour la Nation, « un comité des griefs et un congrès des opinions »⁴³. De la sorte, le Parlement n'est plus :

« Qu'une arène où non seulement l'opinion générale de la Nation, mais encore l'opinion des diverses parties de la Nation, et autant que possible celle de tous les individus éminents que renferme le pays, peut se produire au grand jour et provoquer la discussion »⁴⁴.

³⁸ P. AVRIL, « Renforcer le Parlement : qu'est-ce à dire ? », *loc. cit.*, p. 17.

³⁹ P. AVRIL, « L'introuvable contrôle parlementaire (suite) », *loc. cit.*, p. 2.

⁴⁰ P. AVRIL, « Renforcer le Parlement : qu'est-ce à dire ? », *loc. cit.*, p. 17.

⁴¹ Cette conception a profondément marqué la doctrine française. V. par ex., M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, 2^e éd., p. 469 ; v. aujourd'hui, P. AVRIL, J. GICQUEL, *Droit parlementaire*, Paris, Montchrestien, 2010, 4^e éd., « Domat Droit public », p. 157.

⁴² J. S. MILL, *Considerations on representative government* [1861], tr. fr. C. DUPONT-WHITE, *Le Gouvernement représentatif*, Paris, Guillaumin, 1877, 3^e éd., p. 135.

⁴³ J. S. MILL, *op. cit.*, p. 136

⁴⁴ *Ibid.*, p. 137.

Cette représentation trouve un relais, aujourd'hui, dans la valorisation des missions d'évaluation confiées au Parlement et qui semblent constituer, désormais, l'essentiel de ses missions. L'exercice de la fonction de contrôle est alors censé s'exprimer à travers la possibilité laissée au Parlement d'évaluer les politiques publiques mises en œuvre par le Gouvernement. C'est ce que laisse entendre l'article 24 de la Constitution révisé en 2008. Ce faisant, l'exercice de la fonction de contrôle se range sous l'empire de la fonction de délibération. Dans cette acception spécifique, l'exercice du contrôle parlementaire ne peut s'entendre que du simple exercice d'une mission d'information des Chambres⁴⁵, sous réserve que la réalisation de cette mission ne soit jamais susceptible de produire une quelconque contrainte dans l'action gouvernementale, ce qui relève effectivement de la gageure, si ce n'est de la fiction.

On trouve trace de cette représentation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. À l'occasion de l'examen de la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire, le juge constitutionnel a notamment admis, dans sa décision 2020-800 DC :

« Qu'il est loisible au législateur de prévoir des dispositions assurant l'information du Parlement afin de lui permettre, conformément à l'article 24 de la Constitution, de contrôler l'action du Gouvernement et d'évaluer les politiques publiques »⁴⁶.

Toutefois :

« En prévoyant une transmission immédiate à l'Assemblée nationale et au Sénat d'une copie de chacun des actes pris en application de l'article 11 de la loi déferée, le législateur, compte tenu du nombre d'actes en cause et de la nature des données en jeu, a méconnu le principe de séparation des pouvoirs et les articles 20 et 21 de la Constitution ».

Autrement dit, le juge censure un dispositif de la loi prévoyant un dispositif d'information contraignant pour le Gouvernement et le déploiement de son action. L'argumentaire mobilisé par le juge constitutionnel n'étonne guère puisqu'il se nourrit de l'idée, précédemment rappelée, que l'exercice du contrôle par le Parlement risque fort, s'il n'est pas encadré, d'aboutir au retour des interpellations du siècle dernier. Le commentaire officiel de la décision 2020-800 DC est particulièrement révélateur de cet état d'esprit qui justifie la censure par le fait que :

« En l'espèce, les dispositions contestées allaient bien au-delà d'un contrôle *ex post* de l'action gouvernementale. Elles permettaient une immixtion des assemblées parlementaires dans le processus même d'exécution de la loi, dès lors qu'une copie de chaque acte, y compris individuel, pris dans le cadre de la mise en œuvre des systèmes d'information visés

⁴⁵ V. sur ce sujet, M. ALTWEGG-BOUSSAC, « 'Un mal qui répand la terreur' : l'information du Parlement », *loc. cit.*

⁴⁶ Cons. Const., déc. n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire*, § 82.

par l'article 11, devait leur être immédiatement fournie (« sans délai » précisait la loi, ce qui signifiait, comme l'a relevé la décision, une transmission « immédiate »)⁴⁷.

En somme, il semblerait bien que la réduction de la portée du contrôle parlementaire ne réside pas tant dans la réorientation de celui-ci autour de la fonction délibérative, mais bien plutôt dans « l'infantilisation » du Parlement, pour reprendre un terme employé aussi bien par M. Raphaël Schellenberger⁴⁸ (LR) que Mme Éliane Assassi⁴⁹ (CRCE), qui accompagne cette réorientation.

Cette représentation n'est pas nouvelle. Elle apparaît même assez classique puisqu'on en trouve trace dans de nombreuses autres décisions.

Dans une décision 2019-785 DC, le juge constitutionnel avait censuré, sur le fondement d'une méconnaissance de la séparation des pouvoirs, une disposition du règlement de l'Assemblée nationale permettant à une commission permanente examinant une pétition d'imposer à un ministre une audition devant elle⁵⁰. La solution est subtile puisque le commentaire officiel de la décision prend la peine de préciser que :

« Cette décision ne prive évidemment pas les commissions, y compris lorsqu'elles examinent une pétition, du pouvoir de demander l'audition d'un ministre sur le fondement des dispositions réglementaires déjà en vigueur, non modifiées par la résolution – le deuxième alinéa de l'article 45 du règlement disposant : “Le bureau de chaque commission peut demander l'audition d'un membre du Gouvernement” »⁵¹.

Autrement dit, le juge constitutionnel veille bien à ce que la participation des membres du Gouvernement aux travaux des commissions parlementaires reste une *possibilité* et ne s'entende jamais d'une *obligation*. La décision 2009-582 DC confirmait ainsi cette hypothèse. Le juge était saisi d'une disposition relative à la participation des membres du Gouvernement aux travaux des commissions parlementaires. L'article 10 de la résolution, modifiant l'article 18 du Règlement du Sénat, énonçait que « les membres du Gouvernement peuvent assister aux votes destinés à arrêter le texte des projets et propositions de loi sur lequel portera la discussion en séance ». Saisi de cet article, le juge constitutionnel prend la peine de formuler une réserve d'interprétation aux termes de laquelle :

⁴⁷ Comm. Cons. Const., décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*, p. 28.

⁴⁸ Assemblée nationale, XV^e législature, Session ordinaire 2019-2020, Compte-rendu intégral, Séance du 17 juin 2020.

⁴⁹ Sénat, 84^e séance de la session ordinaire 2019-2020, Compte rendu analytique officiel, Séance du 26 mai 2020.

⁵⁰ Cons. Const., décision n° 2019-785 DC du 4 juillet 2019, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, § 46 et 47.

⁵¹ Comm. Cons. Const., décision n° 2019-785 DC du 4 juillet 2019, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, p. 16.

« Ces dispositions constitutionnelles impliquent que le Gouvernement puisse participer, quand il le souhaite, aux travaux des commissions consacrés à l'examen des projets et propositions de loi ainsi que des amendements dont ceux-ci font l'objet et assister à l'ensemble des votes destinés à arrêter le texte sur lequel portera la discussion en séance »⁵².

La solution consacrée par le juge constitutionnel, dans cette décision, est très proche de celle rendue le même jour à propos de la décision 2009-581 DC. À cette occasion, le juge constitutionnel a censuré certaines dispositions relatives aux compétences du « comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques ». Aux termes de celles-ci, il était prévu que les rapports effectués par le comité d'évaluation soient présentés dans le cadre d'un débat contradictoire en présence des responsables administratifs de la politique publique concernée. Le juge constitutionnel censure l'obligation de présence et précise que le comité ne saurait jamais exercer qu'un « simple rôle d'information contribuant à permettre à l'Assemblée nationale d'exercer son contrôle sur la politique du Gouvernement et d'évaluer les politiques publiques, dans les conditions prévues par la Constitution »⁵³. Partant, la présence des membres du Gouvernement et de l'administration ne saurait s'accompagner d'aucun débat contradictoire. Le raisonnement est identique dans une décision 2004-493 DC à propos, cette fois, de la nature des missions de suivi de la mise en œuvre des conclusions d'une commission d'enquête confiées à un député. Le juge constitutionnel précise ainsi que :

« Les missions de suivi ainsi définies revêtent un caractère temporaire et se limitent à un simple rôle d'information contribuant à permettre à l'Assemblée nationale d'exercer son contrôle sur la politique du Gouvernement dans les conditions prévues par la Constitution ; qu'en particulier, s'agissant des commissions d'enquête, dont les conclusions sont dépourvues de tout caractère obligatoire, le rapport présenté ne saurait en aucun cas adresser une injonction au Gouvernement »⁵⁴.

De façon générale, ces exemples montrent l'attachement du juge constitutionnel à une définition particulière du contrôle parlementaire susceptible de revêtir une double acception. Le contrôle parlementaire renvoie alors tantôt au contrôle *général* de la politique du Gouvernement exercé à l'échelle collective de la Chambre, tantôt à l'information *particulière* du Parlement sur une ou plusieurs actions gouvernementales exercée à l'échelle individuelle par un ou plusieurs organes de la Chambre – comité d'évaluation, commissions parlementaires, missions d'information ou de suivi, par exemple. La jurisprudence du juge constitutionnel consacre ainsi une représentation *holiste* du contrôle parlementaire. Cette représentation *holiste* alimente le mythe de

⁵² Cons. Const., décision n° 2009-582 DC du 25 juin 2009, *Résolution tendant à modifier le règlement du Sénat pour mettre en œuvre la révision constitutionnelle, conforter le pluralisme sénatorial et rénover les méthodes de travail du Sénat*, cons. 10.

⁵³ Cons. Const., décision n° 2009-581 DC du 25 juin 2009, *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 58.

⁵⁴ Cons. Const., décision n° 2004-493 DC du 26 février 2004, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 3.

l'homogénéité des Assemblées parlementaires positionnées face à des institutions (Gouvernement, Président de la République) nettement séparées d'elles et neutralise, là encore, les potentialités offertes par l'exercice de la fonction de contrôle. Surtout, le mythe de l'homogénéité des Assemblées est contraint de céder sous la pression du fait majoritaire qui transforme le clivage Assemblée/Gouvernement en un nouveau clivage Majorité (Assemblée + Gouvernement) /Opposition. Cette transformation qui assigne au Parlement et, plus précisément, à la majorité qui le domine, une nouvelle mission, subvertit alors largement l'exercice même du contrôle parlementaire.

C. Le redéploiement malvenu de la mission de légitimation du Parlement

Le fait majoritaire amplifie les réticences de l'Assemblée nationale à exercer pleinement sa fonction de contrôle qui s'inscrit, par ailleurs, dans le cadre du clivage entre la majorité et l'opposition, où la loi s'apparente à un véritable « procédé de gouvernement »⁵⁵. De la sorte, l'exercice de cette fonction peine à s'extirper des considérations politiques qui accompagnent, toujours, cette opposition. On sait pourtant que le succès de l'exercice de la fonction de contrôle dépend :

« De la capacité pour les assemblées de résister à l'exécutif, tout en préservant l'esprit de la V^e République qui rejette l'idée d'un harcèlement parlementaire conduisant à l'instabilité ministérielle »⁵⁶.

La prédominance du fait majoritaire dilue assez fortement la capacité de résistance de l'Assemblée nationale vis-à-vis du Gouvernement. Elle subvertit, en quelque sorte, l'exercice de son contrôle parlementaire qui se rapproche d'une autre fonction propre du Parlement : la fonction élective.

L'hypothèse de la fonction élective du Parlement constitue, dans la plupart des régimes parlementaires, le terreau intellectuel de l'idée de contrôle-sanction⁵⁷. Son exercice réside dans la capacité pour une Chambre de « choisir le cabinet qui a pour mission de gérer les affaires du pays »⁵⁸, autrement dit, de nommer le Gouvernement. Elle trouve son fondement dans l'idée, qui constitue « le sens global des systèmes parlementaires parvenus à maturité complète », selon laquelle il importe de « remettre dans les mains du Parlement (généralement la seule Chambre élue au suffrage universel direct) la création même du Gouvernement »⁵⁹. Le caractère ponctuel de l'exercice de cette fonction, qui ne « s'accomplit qu'une fois [au moment de la nomination d'un

⁵⁵ P. AVRIL, « Le Parlement législateur », *loc. cit.*, p. 15.

⁵⁶ É. THIERS, « Le contrôle parlementaire et ses limites juridiques : un pouvoir presque sans entrave », *Pouvoirs*, 2011, n° 134, p. 72.

⁵⁷ À ce sujet, v. P. LAUVAUX, « Le contrôle source du régime parlementaire : priorité du régime présidentiel », *loc. cit.*, p. 27.

⁵⁸ A. LE DIVELLEC, « Bagehot et les fonctions du Parlement (britannique). Sur la genèse d'une découverte de la pensée constitutionnelle », *Juspoliticum*, 2012, n° 7.

⁵⁹ A. LE DIVELLEC, « Des effets du contrôle parlementaire », *loc. cit.*, p. 128-129.

nouveau Gouvernement] et n'est pas renouvelé pendant un long intervalle », participe assez largement du « travail invisible du Parlement »⁶⁰, pour reprendre l'expression consacrée par Bagehot, et popularisée par le Professeur Le Divellec⁶¹. Originellement pensée comme fonction propre du Parlement britannique, elle ne revêt pas, en toute logique, la même valeur en France où elle présente une certaine originalité.

En effet, la pression du fait majoritaire, dans le cadre du système de gouvernement « à captation présidentielle »⁶² de la V^e République, a logiquement invité le Parlement à redécouvrir l'exercice de sa fonction élective. L'expression de « captation présidentielle » vise à qualifier le procédé qui « oriente l'exercice concret des pouvoirs juridiques du Gouvernement et du Parlement au bénéfice du président de la République »⁶³. La V^e République se caractérise ainsi par le fait que l'Assemblée nationale s'est vu retirer la souveraineté sur la naissance des Gouvernements. Les vicissitudes de l'investiture parlementaire attestent de ce que la V^e République a laissé s'installer l'idée selon laquelle « le Gouvernement tient d'abord sa légitimité, hors cohabitation, de la confiance du Président de la République »⁶⁴. La démission de Jacques Chaban Delmas, en 1972, sur la demande présidentielle, deux mois seulement après avoir obtenu, à une forte majorité, la confiance des députés, l'illustre bien. En France, sous la V^e République, la majorité parlementaire à l'Assemblée nationale se définit essentiellement par rapport au Président⁶⁵ et a pour « vocation [...] de soutenir le Gouvernement qui “procède” de lui »⁶⁶. Dans ces conditions on comprend en quoi la fonction élective du Parlement s'y exprime de façon originale.

L'exercice de la fonction élective du Parlement est d'autant plus original aujourd'hui qu'elle ne trouve plus à s'exprimer ponctuellement, à l'occasion de la nomination d'un nouveau Gouvernement, auquel il s'agit d'accorder – ou non – la confiance. On a évoqué précédemment la disparition progressive des missions de sanction du Parlement. L'exercice de la fonction élective s'exprime, bien au contraire, de façon plus perlée, dans la mise en œuvre quotidienne des missions du Parlement et, plus précisément, dans l'exercice de sa fonction de contrôle censé constituer l'essentiel de ses missions. Dans cet entrelacs, la fonction élective du Parlement peut alors prétendre jouer le rôle de « fonction-fin », là où la fonction de contrôle peut être qualifiée de « fonction-objet ». Cette dernière, la « fonction-objet », renvoie à l'activité concrète d'un organe là où la

⁶⁰ W. BAGEHOT, “The Unseen Work of the Parliament”, *The Economist*, 9 fév. 1861, n° XIX, tr. fr. D. KYRANOUDI et C. ROYNIER, *Juspoliticum*, 2012, n° 7.

⁶¹ A. LE DIVELLEC, « Bagehot et les fonctions du Parlement (britannique). Sur la genèse d'une découverte de la pensée constitutionnelle », *Juspoliticum*, 2012, n° 7.

⁶² A. LE DIVELLEC, « Parlementarisme négatif et captation présidentielle. La démocratie française dans la “cage d'acier” du présidentielisme », in Cercle des constitutionnalistes, *Les soixante ans de la Constitution. 1958-2018*, Dalloz, 2018, p. 73-87, notamment p. 79 et s.

⁶³ *Ibid.*, p. 80.

⁶⁴ B. FRANÇOIS, *Le régime politique de la V^e République*, Paris, La Découverte, 2011, « Repères », p. 53.

⁶⁵ P. AVRIL, « Renforcer le parlement : qu'est-ce à dire ? », *loc. cit.*, p. 12.

⁶⁶ *Id.*

« fonction-fin » constitue le but qui sous-tend l'activité de cet organe⁶⁷. Autrement dit, dans ce schéma, l'exercice de la « fonction-fin » conditionne l'exercice de la « fonction-objet ». Appliqué à la fonction parlementaire sous la V^e République, on comprend que l'exercice de la fonction élective (fonction-fin) détermine, en quelque sorte, l'exercice de la fonction de contrôle (fonction-objet). Entendue de la sorte, la fonction de contrôle parlementaire devient ainsi :

« Une fonction de légitimation d'un sens nouveau : soutenir l'action de ceux que l'on a portés au pouvoir jusqu'à ce que, éventuellement, cesse l'accord politique initial, éventuellement sous l'arbitrage du corps électoral. Il ne s'agit pas d'un « contre-rôle » mais d'une maîtrise du destin du cabinet comme incarnation d'une ligne politique déterminée »⁶⁸.

L'apparition d'un nouveau clivage majorité/opposition est à l'origine d'une nouvelle division du travail parlementaire entendu comme un exercice différencié des fonctions parlementaires. En effet :

« Le parlement n'apparaît plus véritablement comme une institution homogène et indépendante de l'exécutif (en principe, la majorité exerce en priorité une fonction de soutien – et le contrôle qu'elle peut vouloir exercer s'inscrit ordinairement dans le respect de ce soutien –, tandis que l'opposition exerce surtout une fonction de critique publique – l'un des aspects du contrôle, précisément –, mais qui ne peut qu'exceptionnellement aboutir à des sanctions, puisqu'elle est en principe minoritaire) »⁶⁹.

Cet aspect trouble alors l'exercice serein et efficace du contrôle parlementaire souvent accusé d'osciller entre manque d'ambition complaisant⁷⁰ ou confirmatif⁷¹ du

⁶⁷ À ce propos, v. notamment, C. EISENMANN, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par C. LEBEN, Paris, LGDJ-Panthéon-Assas, 2002, « Droit public » ; G. TIMSIT, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, Thèse, LGDJ, 1963.

⁶⁸ A. LE DIVELLEC, « Des effets du contrôle parlementaire », *loc. cit.*, p. 124.

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ V. sur ce risque, A. LE DIVELLEC, « Des effets du contrôle parlementaire », *loc. cit.*, p. 131 ; v. P. LAUVAUX, « Le contrôle source du régime parlementaire : priorité du régime présidentiel », *loc. cit.*, p. 32. ; v. égal. C. SANTISO, « Pour le meilleur ou pour le pire ? », *Revue française d'administration publique*, 2006, n° 1, p. 149-185, notamment, p. 151 ; E. VALLET, « Les commissions d'enquête parlementaires sous la Cinquième République », *Revue française de droit constitutionnel*, 2003, n° 2, p. 248-278, notamment p. 260-263.

⁷¹ Le terme est emprunté à X. MAGNON, « Rapport de synthèse », in *Quel renouveau de la fonction de contrôle du Parlement sur l'action du gouvernement ? Premier bilan après la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008*, Journée d'études du 13 décembre 2010, Centre d'études et de recherches sur les transformations de l'action publique, Université de Perpignan, p. 8-9. [en ligne] [Consulté le 12 octobre 2020] Disponible sur internet :

<http://publications.ut-capitole.fr/13848/1/Quel_renouveau_de_la_fonction_de_contr%C3%B4le_du_Parlement_sur_l%27action_du_gouvernement_.pdf>.

côté de la majorité et fenêtres d'actions tribunicienes⁷² et procéduriers du côté de l'opposition.

La crise sanitaire et les zones d'ombres qui entourent l'exercice du contrôle parlementaire donnent pleine valeur à ce constat.

Outre les réticences précédemment rappelées quant à l'idée de mentionner directement le contrôle parlementaire dans le projet de loi du 23 mars 2020, c'est bien, dans un premier temps, la domination de la majorité présidentielle sur la composition de la *mission d'information sur l'impact, la gestion et les conséquences dans toutes ses dimensions de l'épidémie de COVID-19*, qui interroge. En effet, au 3 juin 2020, la mission comportait trente membres dont seize membres de LREM, cinq membres de LR, deux membres de MODEM, deux membres de SOC, deux membres de UDI-Agir, un membre de LT, un membre de FI ainsi qu'un membre non-inscrit auxquels il faut ajouter l'association – sans droit de vote – des neuf représentants de groupes, ainsi que la présidence de la mission, attribuée à M. Richard Ferrand (LREM). Dans ces conditions, la majorité présidentielle (LREM + MODEM) pouvait alors se prévaloir *a minima* de dix-huit membres sur les trente que compte la mission, sans compter l'attitude « constructive » de M. Oliver Becht (Agir), celle, plus ambivalente de Mme Sophie Auconie (UDI) et, bien évidemment, la figure tutélaire de son président, M. Richard Ferrand (LREM).

Par ailleurs, l'exercice cumulé des fonctions de président de la mission et de rapporteur par M. Richard Ferrand ne va pas sans poser problème. La composition des missions d'information est régie par l'article 145 alinéa 4 du Règlement de l'Assemblée nationale qui énonce que :

« Des missions d'information peuvent également être créées par la Conférence des présidents sur proposition du Président de l'Assemblée. Le bureau de ces missions est constitué dans les conditions prévues à l'article 143, alinéas 1 et 4. *La fonction de président ou de rapporteur revient de droit à un député appartenant à un groupe d'opposition, si ces fonctions ne sont pas exercées par la même personne. Ces missions d'information comprennent un député n'appartenant à aucun groupe* ».

L'obscurité des formules employées n'est pas d'une grande aide pour la bonne compréhension de cet article. Toutefois, l'article formule *a minima* un principe et une exception. Le principe réside dans l'attribution « paritaire » (majorité/opposition) des fonctions de président et de rapporteur de la mission d'information. L'exception réside dans le cumul de ces deux fonctions. Cela s'entend d'autant plus facilement que l'article 145 alinéa 4-RAN renvoie expressément à un autre article, 143-RAN, qui énonce, à son tour, en son alinéa 2, que la « fonction de président ou de rapporteur revient de droit à un député appartenant à un groupe d'opposition ». On pourra cependant reprocher à l'article 145 alinéa 4-RAN de renvoyer seulement aux alinéas 1 et 4 de

⁷² R. DOSIERE, « Le contrôle ordinaire », *loc. cit.*, p. 37.

l'article 143-RAN qui ne font pas mention de cette répartition mais se contentent d'effectuer un renvoi supplémentaire à l'article 39-RAN. Celui-ci prévoit, *a minima*, que la composition de leur bureau « s'efforce de reproduire la configuration politique de l'Assemblée ».

Ces reproches ne sauraient toutefois résister à l'examen plus précis des travaux préparatoires relatifs à l'article 145 al. 4-RAN, introduit par la résolution n° 1546 du 27 mai 2009 en son article 114. Le propos du rapporteur, M. Jean-Luc Warsmann (UMP), est limpide et confirme la lecture précédente :

« La fonction de président ou de rapporteur d'une mission d'information créée par la Conférence des présidents reviendra de droit à un député appartenant à un groupe d'opposition, à l'instar de la règle introduite pour les commissions d'enquête. Votre commission vous propose toutefois de prévoir une exception à cette règle, lorsque les fonctions de président et de rapporteur sont confiées à la même personne »⁷³.

Au regard de ces précisions, on comprend que l'exercice cumulé par M. Richard Ferrand des fonctions de président et de rapporteur de la mission d'information sur l'épidémie de COVID-19 répond avant tout de l'exception prévue par l'article 145 al. 4-RAN. Le choix de recourir à la procédure exceptionnelle étonne d'autant plus que les précédents, en la matière, sont peu nombreux. Ainsi, au 30 avril 2009, on en dénombreait seulement trois. Ainsi, M. Bernard Accoyer (UMP) avait pu exercer les fonctions de président et de rapporteur de la mission d'information sur les questions mémorielles créée par la Conférence des Présidents le 25 mars 2008. De la même façon, M. Jean-Louis Debré (UMP) avait, sous la précédente législature, procédé de la sorte s'agissant de la mission d'information sur la question des signes religieux à l'école mais également de la mission d'information sur la problématique de l'assurance maladie. On constate surtout, à travers ces exemples, la forte dimension politique et symbolique des thématiques visées. On comprend en effet la volonté de l'UMP, à l'époque, de s'approprier les thématiques des lois mémorielles ou des signes religieux qui relevaient, en quelque sorte, de son « ADN » politique. On comprend moins, aujourd'hui, la logique qui pousse LREM à se saisir absolument de la thématique de la crise sanitaire, sauf à réintroduire du politique là où l'urgence aurait mérité une certaine neutralité.

En outre, un autre point d'interrogation demeure quant au choix qui a été fait, dès le 4 juin, d'attribuer à la mission d'information des pouvoirs d'enquête sur le fondement

⁷³ J.-L. WARSMANN, *Rapport n° 1630 fait au nom de la Commission des lois sur la proposition de résolution (n° 1546) de M. Bernard Accoyer tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*, enregistré le 30 avril 2009, p. 255.

de l'article 5 ter de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958⁷⁴. Ce fondement apparaît bien incertain⁷⁵. En effet, l'article dispose que :

« I. - Les commissions permanentes ou spéciales et les instances permanentes créées au sein de l'une des deux assemblées parlementaires pour contrôler l'action du Gouvernement ou évaluer des politiques publiques dont le champ dépasse le domaine de compétence d'une seule commission permanente peuvent demander à l'assemblée à laquelle elles appartiennent, pour une mission déterminée et une durée n'excédant pas six mois, de leur conférer, dans les conditions et limites prévues par cet article, les prérogatives attribuées aux commissions d'enquête par l'article 6 ci-dessous.

II. - Lorsque les instances permanentes créées au sein de l'une des deux assemblées parlementaires pour contrôler l'action du Gouvernement ou évaluer des politiques publiques dont le champ dépasse le domaine de compétence d'une seule commission permanente disposent, dans les conditions définies au I, des prérogatives mentionnées à l'article 6, les rapporteurs qu'elles désignent exercent leur mission conjointement ».

La lecture du premier paragraphe de l'article montre bien que celui-ci ne pouvait constituer le fondement d'une telle demande. Le paragraphe premier fait mention de cette possibilité d'attribution des pouvoirs d'enquête au seul profit des « commissions permanentes ou spéciales » ou des « instances permanentes créées au sein de l'une des deux assemblées parlementaires pour contrôler l'action du Gouvernement ». La mission d'information créée par la Conférence des présidents ne saurait non plus s'insérer dans la catégorie des « instances permanentes » puisqu'elle est spécifiquement qualifiée, par l'article 145-RAN, de « mission temporaire ». En outre, les travaux préparatoires de l'article 145-RAN confirment encore cette impossibilité. Le rapport rendu par M. Pascal Clément (UMP) précise en effet que :

« Sans modifier leur processus de création, il semble souhaitable de rattacher ces nouvelles missions [NDA : créées par la Conférence des Présidents] au chapitre du Règlement qui traite des missions d'information des commissions. Cela permettrait d'éviter les doublons avec celles-ci et assurerait les conditions de leur fonctionnement. La proposition de résolution n° 288 du 18 mai 1990 a complété l'article 145 de notre Règlement afin de permettre aux commissions permanentes de créer des missions d'information temporaires. Dans sa décision n° 90-275 DC du 6 juin 1990 portant sur la résolution modifiant l'article 145, le Conseil constitutionnel a estimé que l'instauration de cette possibilité n'était pas contraire à un principe constitutionnel « dès lors que l'intervention d'une mission d'information revêt un caractère temporaire et se limite à un simple rôle d'information

⁷⁴ À ce propos, v. la demande d'attribution adressée par M. É. Ciotti (LR) à M. Richard Ferrand. Assemblée nationale [en ligne]. [Consulté le 12 octobre 2020] Disponible sur internet : <http://www2.assemblee-nationale.fr/static/15/Lettre_CE_Covid.pdf>.

⁷⁵ Sur ce sujet, qu'il soit permis de renvoyer à l'un de nos travaux, v. J.-B. JACOB, « À propos d'un inédit familial : le contrôle parlementaire de l'état d'urgence sanitaire », *Les petites affiches*, 28 avril 2020, n° 85, p. 6 et s.

contribuant à permettre à l'Assemblée d'exercer pendant les sessions ordinaires et extraordinaires, son contrôle sur la politique du Gouvernement dans les conditions prévues par la Constitution »⁷⁶.

Jurisprudence du Conseil constitutionnel à l'appui⁷⁷, il semblerait bien qu'il soit de « l'essence » des missions d'information d'être « temporaires » ; peu important alors le fait qu'elles soient créées à l'initiative d'une commission ou de la Conférence des présidents de l'Assemblée nationale. Autrement dit, la mission d'information sur l'épidémie de COVID-19 ne peut se prévaloir du statut d'organe permanent pour obtenir les attributions des commissions d'enquête.

On pourrait reprocher à la jurisprudence du Conseil constitutionnel d'être datée et de ne pas englober véritablement les missions d'information créées à l'initiative de la Conférence des présidents qui ne sont apparues qu'à la suite d'une révision du règlement de l'Assemblée nationale, en 2003. C'est sans compter le contrôle du juge rendu sur cette révision, à l'occasion duquel il a précisément insisté sur ce point, pour le cas précis des missions d'information créées à l'initiative de la Conférence des Présidents de l'Assemblée nationale :

- « 21. Considérant que le I de l'article 10 de la résolution insère dans l'article 145 du règlement un troisième alinéa permettant à la Conférence des Présidents de créer des missions d'information sur proposition du Président de l'Assemblée nationale ;
22. Considérant que cette disposition n'est contraire à aucun principe non plus qu'à aucune règle de valeur constitutionnelle dès lors que l'intervention d'une « mission d'information » revêt un caractère temporaire et se limite à un simple rôle d'information contribuant à permettre à l'Assemblée nationale d'exercer son contrôle sur la politique du Gouvernement dans les conditions prévues par la Constitution »⁷⁸.

N'étant ni une mission d'information créée par une commission, ni une instance permanente de l'Assemblée nationale, on voit mal comment la mission d'information pouvait se voir attribuer les pouvoirs d'une commission d'enquête sur le fondement de l'article 5 ter de l'ordonnance 58-1100 précitée sauf à se contenter d'un maigre fondement, celui du précédent de la mission d'information sur les moyens de Daech

⁷⁶ P. CLEMENT, *Rapport n° 698 fait au nom de la Commission des lois sur la proposition de résolution (n° 613) de MM. Jean-Louis Debré, Jacques Barrot, Jean-Marc Ayrault, Hervé Morin et Alain Bocquet, tendant à compléter le Règlement de l'Assemblée nationale*, enregistré le 18 mars 2003, p. 32.

⁷⁷ Cons. Const., décision n° 90-275 DC du 6 juin 1990, *Résolution modifiant l'article 145 du Règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 2.

⁷⁸ Cons. Const., décision n° 2003-470 DC du 9 avril 2003, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 21-22.

créée en 2015 par la Conférence des Présidents de l'Assemblée nationale et dotée, à l'époque, des pouvoirs d'une commission d'enquête⁷⁹.

On notera également que le choix d'attribuer à la mission d'information les pouvoirs d'une commission d'enquête a permis d'écarter la proposition de résolution tendant à la création d'une commission d'enquête visant à identifier les dysfonctionnements dans la gestion sanitaire de la crise de la COVID-19. Cette résolution avait été déposée par M. André Chassaigne (GDR) qui entendait faire jouer son « droit de tirage » tel que lui permet de le faire l'article 141 al. 2-RAN. En vertu de ce « droit de tirage », et suivant l'article 140-RAN, la proposition d'organisation d'une commission d'enquête est renvoyée à la commission permanente compétente qui ne peut se prononcer sur son opportunité mais doit simplement se contenter de vérifier « si les conditions requises pour la création de la commission d'enquête sont réunies ».

Le rapport de M. Pierre Dharréville (GDR), rendu au nom de la commission des affaires sociales, concluait ainsi à la recevabilité de la proposition de résolution instaurant la commission d'enquête⁸⁰. Pour autant, le 3 juin 2020, à l'occasion de l'examen de la proposition de résolution, la commission des affaires sociales estimait que les conditions n'étaient pas réunies au motif que la mission d'information avait demandé, la veille, à bénéficier des pouvoirs d'enquête. Pourtant, la proposition de résolution avait été déposée le 8 avril 2020, soit près de deux mois avant que la mission d'information ne soit dotée des pouvoirs d'enquête, le 3 juin 2020, et près de six semaines avant la demande expresse d'attribution par une lettre du 26 mai 2020. On touche là aux limites du droit et de la politique et on perçoit alors la porosité de la frontière qui sépare les fonctions de contrôle et les fonctions d'élection du Parlement. Cette porosité est accentuée du côté de l'Assemblée nationale où la pression du fait majoritaire et la « captation présidentielle » sont plus fortes encore en période d'urgence. Leurs pressions conjuguées redessinent, au gré des rapports de force, la pratique parlementaire du moment. Ce phénomène ne doit pas étonner. Il permet au contraire d'entrevoir, par-delà les formes et les discours, la véritable consistance des démiurges du « nouveau monde ».

⁷⁹ É. LEMAIRE, « Contrôle parlementaire de la crise sanitaire : interrogations autour de l'attribution des pouvoirs d'enquête à la mission d'information sur l'épidémie de Coronavirus à l'Assemblée nationale », *Blog Juspoliticum*, 18 juin 2020.

⁸⁰ P. DARRHEVILLE, *Rapport n° 3044 fait au nom de la Commission des affaires sociales sur la proposition de résolution tendant à la création d'une commission d'enquête visant à identifier les dysfonctionnements dans la gestion sanitaire de la crise du COVID-19*, enregistré le 3 juin 2020, p. 13.

Droits fondamentaux et urgence à l'ère du numérique et des gouvernements ouverts

William GILLES

*Maître de conférences (HDR) à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Directeur du master 2 Droit des données, des administrations numériques
et des gouvernements ouverts, membre de l'IRJS*

Les nombreux débats soulevés par la crise sanitaire de 2020 posent la question de savoir si les mesures prises dans ce cadre étaient ou non attentatoires aux libertés fondamentales. L'urgence sanitaire a amené les gouvernements du monde entier, qu'ils soient ou non dans des régimes considérés comme des démocraties modernes, à prendre des mesures privatives de libertés. Et le spectre de contrôler les déplacements des populations au moyen des nouvelles technologies a souvent été perçu comme un risque d'amplification de cette privation de libertés. Nombreux sont ceux qui, *a posteriori*, ont critiqué telle ou telle mesure prise dans l'urgence, affirmant qu'ils auraient mieux fait s'ils avaient été en responsabilité de décider, quand bien même aucun gouvernement n'a su trouver le juste milieu en ce qui concerne l'articulation entre privation de libertés pour sauver des vies humaines et maintien des libertés dans leur intégralité pour satisfaire nos libertés individuelles.

Gouverner c'est prévoir, mais prévoir en temps de crise et surtout en temps d'urgence est une mission difficile.

Pour autant, les situations de crise sont aussi celles dont il est possible de sortir renforcé dès lors qu'on cherche à innover, et surtout dès lors qu'on cherche à innover en y associant le plus grand nombre.

Car la difficulté dans une période d'urgence n'est pas tant de devoir recourir à des mesures privatives de libertés que de prendre de telles mesures sans associer le plus grand nombre, autrement dit, sans assurer et maintenir le débat parlementaire, mais aussi l'intégration de la société civile, car dans des périodes de crise, il est toujours préférable de réfléchir et de débattre (certes de manière organisée) avec le plus grand nombre, plutôt qu'avec un nombre restreint d'experts. C'est en ce sens que les principes d'ouverture des gouvernements¹ peuvent favoriser une meilleure acceptabilité des décisions qui sont prises afin d'en permettre un meilleur respect.

Le Professeur Jeuland a souligné que les séances du séminaire 2020 de l'IRJS, dont la thématique porte sur le droit d'urgence, se sont interrogées sur le fait de savoir si le droit de l'urgence était un droit de la suspension ou un droit de l'action. Mon

¹ I. BOUHADANA, W. GILLES, « De l'esprit des gouvernements ouverts », *Revue Internationale des Gouvernements Ouverts*, n° 4 [en ligne], 2017, pp. 1-22. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://ojs.imodev.org/index.php/RIGO/article/view/187/308>>.

intervention traitera de ces deux axes, mais visera aussi à montrer que le droit de l'urgence peut aussi être un droit de l'innovation.

La réflexion développée sur les droits fondamentaux et l'urgence à l'ère des gouvernements ouverts portera sur un diptyque invitant à évoquer d'une part les insuffisances juridiques constatées de l'urgence et, d'autre part, les innovations juridiques nées de l'urgence.

Certains pourront trouver le propos sévère, mais on est souvent sévère avec son propre pays pour le rendre meilleur.

1. Les insuffisances juridiques constatées de l'urgence

A. Les lacunes juridiques de l'Ancien monde en situation d'urgence

La situation d'urgence sanitaire a permis de montrer que l'État français n'a pas encore achevé sa transition numérique, alors que le processus est davantage abouti depuis longtemps dans le secteur privé, au moins s'agissant des grands groupes.

La conséquence est que cet inachèvement a ralenti le fonctionnement de l'État sans que l'on sache si la sortie de crise sanitaire se traduira par une effectivité de la mise en place d'un passage réel à un État des données, fonctionnant avec des processus entièrement dématérialisés, étant précisé que les algorithmes ne doivent pas se substituer à l'humain qui doit rester au cœur du processus de décision.

Autrement dit, nous avons pu constater un décalage entre les réformes de modernisation numérique annoncées depuis plusieurs années² et allant jusqu'à affirmer que la France est en marche vers un État plateforme (qui est évoqué depuis au moins novembre 2014³) et la réalité de la modernisation numérique.

² Pour une évolution de ces différentes réformes, cf. notamment I. BOUHADANA, W. GILLES, « Appuyer la mise en place du gouvernement électronique (« E-Gouvernement ») et l'émergence de la participation citoyenne », in *Rapport 2018 sur l'état de la francophonie numérique*, IREST-Organisation internationale de la Francophonie, 2018, pp. 79-97 ; I. BOUHADANA, W. GILLES et R. WEAVER (dir.), *Transparency in the Open Government Era*, Paris, éd. IMODEV, 2015 ; I. BOUHADANA et W. GILLES (dir.), *Droit & gouvernance des données publiques et privées à l'ère du numérique*, Paris, éd. IMODEV, 2015 ; I. BOUHADANA et W. GILLES (dir.), *Droit & gouvernance des administrations publiques à l'ère du numérique*, Paris, éd. IMODEV, 2014 ; W. GILLES, « L'Open government : quelles avancées démocratiques, quels enjeux ? », in J.-J. LAVENUE (dir.), *e-Révolutions et Révolutions*, Villeneuve-d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2016, pp. 283-301 ; W. GILLES, « L'impact de la révolution numérique sur les modèles de l'administration locale en Europe », in S. GUERARD et A. ASTRAUSKAS, *L'autonomie locale en Europe*, Paris, Fondation Varenne, 2016, pp. 551-570 ; W. GILLES, « L'administration ouverte et l'Open Data. Propos introductifs », *Cahiers de la Fonction publique et de l'Administration*, n° 357, Suppl., 1^{er} juillet 2015, pp. 4-9 ; W. GILLES, « Le droit au gouvernement ouvert : enjeux d'un nouveau droit à l'ère du numérique au regard de l'expérience Française », *International Journal of open Government (RIGO)*, n° 1, 2014, pp. 11-24 ; W. GILLES, « Le modèle français de l'administration numérique : réalités et enjeux », *Revue de l'Institut du Monde et du Développement (RIMD)*, 2013, n° 4, pp. 45-65.

³ DISIC, « L'État plateforme & Identité numérique ou comment concevoir les services publics numériques autrement », *Secrétariat général pour la modernisation de l'action publique (SGMAP), Services du Premier ministre [en ligne]*, 12 novembre 2014. [consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://references.modernisation.gouv.fr/sites/default/files/Pr%C3%A9sentation%20G%C3%A9n%C3%A9rale%20Strat%C3%A9gie%20Plateform.pdf>> ; J. MARZIN, directeur interministériel des systèmes

Une étude Accenture de 2019 soulignait que l'indice de maturité de l'État plateforme en France était de 66 points, derrière Singapour (72,2), le Royaume-Uni (70), les États-Unis (69,6), l'Australie (67,3) mais devant la Norvège (66,7), les Émirats Arabes Unis (65,7), le Japon (62,4), l'Allemagne (62) et l'Arabie Saoudite (57,4)⁴. Cet indice est destiné à mesurer « la progression des pays sur la voie du développement économique et de l'innovation dans la fonction publique. Plus un pays et son État ont pris conscience de l'ampleur des changements nécessaires et fait des progrès pour se préparer à l'État plateforme, plus l'indice est élevé »⁵. Accenture déduit de cet indice les enseignements suivants : i) « Même les trois pays ayant obtenu les meilleurs scores [groupe ne comprenant pas la France puisque celle-ci arrive en 5^e position dans cet indice] ont encore beaucoup de marge de manœuvre pour améliorer leur degré de préparation à l'État plateforme » ; ii) « Les pays empruntent des voies différentes vers l'État plateforme, mobilisant les forces et l'écosystème propres à leur pays » ; iii) « De nombreux pays sont conscients de la révolution numérique et ont donné la priorité à la progression vers l'État plateforme, mais le développement des meilleures pratiques demeure un défi » ; iv) « Promouvoir les compétences et la confiance dans le numérique, adapter la réglementation à la société numérique et stimuler l'esprit d'innovation sont des facteurs clés pour la réussite. » ; v) « Même les pays du classement les plus avancés ont du mal à effectuer ce changement de paradigme et à abandonner leur rôle traditionnel de prestataire de service ».

L'État plateforme proposé par Tim O'Reilly⁶ et popularisé en France en 2012 par Nicolas Colin et Henri Verdier⁷ est donc encore loin. Cette notion d'État plateforme⁸ caractérise un processus consistant à dépasser la réforme de la dématérialisation de l'administration afin d'enclencher une nouvelle étape où l'État serait au service de la société civile et du secteur privé en mettant à leur disposition ses ressources et infrastructures technologiques. Cette association favoriserait ainsi la coproduction de services par les secteurs publics et privés. Cette évolution pourrait ainsi conduire l'État

*d'information et de communication, au sein du secrétariat général pour la modernisation de l'action publique (SGMAP), « L'État plateforme donnera naissance à de nouveaux services publics numériques » [en ligne], 17 septembre 2015. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.modernisation.gouv.fr/home/etat-plateforme-tribune-marzin>> ; C. PETILLON, « Macron et le numérique : vers "l'État plateforme" », *France Culture* [en ligne], 20 mai 2017. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.franceculture.fr/emissions/le-numerique-et-nous/macron-et-le-numerique-vers-letat-plateforme>>.*

⁴ B. LE MASSON, « L'État plateforme. Indice 2018 de maturité État-plateforme », Accenture, 2019.

⁵ *Ibid.*

⁶ T. O'REILLY, « Government as a Platform », *Innovations: Technology, Governance, Globalization*, vol. 6, n° 1, 2011, pp. 13-40.

⁷ N. COLIN et H. VERDIER, *L'Âge de la multitude, entreprendre et gouverner après la révolution numérique*, Paris, Armand Colin, 2012.

⁸ Sur l'État plateforme, cf. notamment J. CHEVALLIER, « Vers l'État-plateforme ? », *Revue française d'administration publique*, vol. 167, n° 3, 2018, pp. 627-637 ; P. MAZET, « Vers l'État plateforme. La dématérialisation de la relation administrative », *La vie des idées* [en ligne], 2 avril 2019. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://laviedesidees.fr/Vers-l-Etat-plateforme.html>>.

à agir en stratège pour produire des outils équivalents à ceux des géants de l'internet mais respectueux des valeurs républicaines.

Mise en œuvre, une telle réforme pourrait conduire à un cercle vertueux. Non seulement elle nécessiterait de s'appuyer les principes d'ouverture des gouvernements que sont la transparence, la participation et la collaboration des acteurs⁹, mais en outre, elle nourrirait ces principes. Par exemple, la transparence serait à la fois un moyen et une fin. Un moyen en constituant une nécessité pour favoriser la participation et la collaboration ; une finalité en étant le fruit en bout de chaîne des nouveaux services développés par la participation et la co-construction citoyenne.

Pourtant, force est de constater que la crise sanitaire que nous venons de vivre a montré que des progrès importants restent à faire pour parvenir à ce cercle vertueux, en particulier parce qu'il ne sert à rien d'avoir pour objectif de dépasser la réforme de la dématérialisation quand l'objectif de dématérialisation complète n'est pas lui-même atteint.

La période des deux mois de confinement a montré que l'État n'était pas encore opérationnel pour la « *full démat* », selon le jargon administratif consacré, c'est-à-dire pour fonctionner de manière complètement dématérialisée, ce qui tranche avec l'effort qu'ont dû réaliser les entreprises de service pour continuer, lorsqu'elles le pouvaient, à fonctionner à distance.

Ainsi, alors que le secteur privé a mis les moyens pour s'adapter à la révolution numérique, la machine étatique a eu plus de difficultés à faire bouger l'ensemble de ses rouages et leviers.

Seuls les services essentiels ont semblé opérationnels alors que le numérique aurait permis une meilleure utilisation, et donc gestion, des services publics, à commencer par les agents publics qui ont souvent tenté de continuer à assurer leur mission de service public comme ils le pouvaient, avec leurs propres moyens. Parmi les exemples permettant d'illustrer cette insuffisance, il est possible de citer la difficulté des enseignants du primaire et du secondaire, sans parler de ceux de l'enseignement supérieur, à accéder à des outils technologiques performants et des plateformes publiques sans dysfonctionnement, les obligeant chacun de manière isolée à recourir à leurs propres outils privés, souvent plus performants, pour assurer leurs cours.

⁹ Sur cette notion, cf. notamment I. BOUHADANA, W. GILLES, « L'effectivité du droit des données et des gouvernements ouverts », *Revue internationale de droit des données et du numérique* (RIDDN) – *International Journal of Digital and Data Law*, n° 6, 2020, pp. 1-20 ; I. BOUHADANA, W. GILLES, « L'État des données : le passage à l'État post-gouvernement ouvert sous l'impulsion de la société des données », *Revue internationale de droit des données et du numérique* (RIDDN) – *International Journal of Digital and Data Law*, n° 4, 2018, pp. 1-16 ; I. BOUHADANA, W. GILLES, « De l'esprit des gouvernements ouverts », *International Journal of open Government – Revue internationale des gouvernements ouverts* (RIGO), n° 4, 2017, pp. 1-22 ; W. GILLES, « Le processus des gouvernements ouverts en France : genèse d'un mouvement récent porté par des fondements plus anciens », *International Journal of open Government* (RIGO), n° 5, 2017, pp. 71-90 ; W. GILLES, « Le droit au gouvernement ouvert : enjeux d'un nouveau droit à l'ère du numérique au regard de l'expérience française », *International Journal of open Government* (RIGO), n° 1, 2014, pp. 11-24 ; I. BOUHADANA, W. GILLES, « L'*open government*, transfiguration de notions anciennes ou émergence d'un nouveau concept juridique ? », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 1^{er} juin 2014, n° 105, pp. 100-104.

S'agissant de l'État dans ses relations avec les usagers, l'arrêt presque complet de la Justice¹⁰ témoigne aussi d'un dysfonctionnement qui aurait pu être davantage tempéré par l'utilisation des nouvelles technologies. Pourtant, le bon fonctionnement de la justice est au cœur d'un gouvernement ouvert et d'un État de droit, valeurs qui sont chères à la France et aux pays de pluralisme démocratique.

Dans ce prolongement, le printemps 2020 a aussi montré les insuffisances de l'État en matière démocratique : le numérique aurait dû permettre une meilleure gestion de la crise sanitaire, une plus grande transparence à l'ère des gouvernements ouverts, outre le fait qu'il aurait pu permettre de mieux gérer à la fois le processus électoral pour le premier tour des municipales et celui de la vie parlementaire.

B. Les risques juridiques du Nouveau monde en situation d'urgence

La crise sanitaire a montré l'impréparation de l'État face à la survenance de grands événements limitant les déplacements physiques.

Toute la question est de savoir si le Nouveau monde saura apporter une réponse juridique aux risques nés de l'urgence en termes de droits fondamentaux et de démocratie.

En premier lieu, le Nouveau monde est confronté à la nécessité de renouveler la vie démocratique.

Le défi existait déjà dans l'Ancien monde, la situation d'urgence n'a fait qu'illustrer l'inadaptation des méthodes exclusivement traditionnelles aux besoins de la société contemporaine, au risque que ne se creuse encore davantage le fossé entre élus et électeurs, entre élites et citoyens ordinaires, et même entre Paris et Régions.

Par exemple, l'organisation des élections municipales de 2020 a permis de constater l'insuffisance de réflexion autour du vote électronique et des campagnes électorales numériques.

Ainsi le débat sur l'organisation des élections municipales portait moins sur la mise en place d'un cadre juridique permettant un vote électronique et les modalités d'une campagne par internet que sur la possibilité de revenir à des campagnes électorales physiques et le retour du vieux vote par correspondance¹¹ pourtant supprimé par le

¹⁰ J.-B. JACQUIN, « Coronavirus : la crise sanitaire met la justice à l'arrêt », *Le Monde* [en ligne], 14 avril 2020. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <https://www.lemonde.fr/police-justice/article/2020/04/14/coronavirus-la-justice-est-a-l-arret-en-raison-de-la-crise-sanitaire_6036489_1653578.html>.

¹¹ I. CARO, « Solution miracle ou fausse bonne idée ? Sept questions sur le vote par correspondance, qui fait débat avant le second tour des municipales », *FranceTvInfo* [en ligne], 26 mai 2020. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <https://www.francetvinfo.fr/sante/maladie/coronavirus/solution-miracle-ou-fausse-bonne-idee-sept-questions-sur-le-vote-par-correspondance-qui-fait-debat-avant-le-second-tour-des-municipales_3980013.html> ; V. MICHELON, « Le vote par correspondance, une piste pour le second tour des élections municipales ? », *LCI* [en ligne], 27 mai 2020. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.lci.fr/politique/elections-municipales-2020-le-vote-par-correspondance-une-piste-pour-le-second-tour-2154908.html>> ; Y. DUVERT, « Municipales : le vote par correspondance en

législateur en 1975¹² pour les risques de fraude de cette modalité de vote. Une proposition de loi a même été déposée pour rétablir le vote par correspondance, adoptée par le Sénat en première lecture¹³. De son côté, le Ministre de l'Intérieur a souligné le droit de chacun, même les plus fragiles, à exprimer sa voix lors du scrutin¹⁴. À cette fin, « il a soutenu le dispositif introduit par la majorité présidentielle à l'Assemblée nationale pour permettre à un mandataire de porter non pas une mais deux procurations lors du scrutin du 28 juin »¹⁵. L'organisation de la campagne a été plus largement modifiée en profondeur, aboutissant à l'adoption d'un paquet législatif destiné à fixer ces nouvelles modalités¹⁶.

Pourtant une étude des campagnes électorales récentes montre notamment aux États-Unis l'impact de nouvelles technologies sur la victoire finale des candidats. La France ne disposait sans doute pas de suffisamment de temps pour mettre en place un tel dispositif et il est évident qu'une anticipation aurait permis d'éviter cette volonté de certains de vouloir retourner à des solutions datant de plusieurs décennies alors qu'un nouveau monde est évoqué.

L'avènement de ce dernier doit donc déjà réfléchir à une nouvelle manière d'assurer la vie démocratique à l'ère du numérique en utilisant les nouvelles technologies telles que la blockchain. Autrement dit, l'objectif est de nourrir la réflexion sur la façon de procéder aux élections dans le monde d'après, c'est-à-dire sur la manière de recourir en toute sécurité et en toute transparence à des dispositifs permettant de faire campagne mais aussi de voter à distance. Ce défi est l'occasion de réfléchir à de nouvelles modalités

quatre questions », *Les Échos* [en ligne], mis en ligne le 28 mai 2020, mis à jour le 16 juillet 2020. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet :

<<https://www.lesechos.fr/elections/municipales/municipales-le-vote-par-correspondance-en-quatre-questions-1206450>>.

¹² Loi n° 75-1329 du 31 décembre 1975 modifiant certaines dispositions du Code électoral.

¹³ Proposition de loi visant à généraliser la possibilité de voter par correspondance lors des élections, présentée par J. Corneloup, Assemblée nationale, n° 2811, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 7 avril 2020.

¹⁴ Cf. Ministère de l'Intérieur, « Communiqué de presse, Second tour des élections municipales et communautaires », Site du ministère de l'Intérieur [en ligne], 17 juin 2020. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.interieur.gouv.fr/Actualites/Communiqués/Second-tour-des-elections-municipales-et-communautaires>>.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Cf. la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19 (objectif de « sécuriser l'organisation du second tour des élections municipales et communautaires de juin 2020 » et de « reporter les élections consulaires ») ; l'ordonnance n° 2020-390 du 1^{er} avril 2020 relative au report du second tour du renouvellement général des conseillers municipaux et communautaires, des conseillers de Paris et des conseillers de la métropole de Lyon de 2020 et à l'établissement de l'aide publique pour 2021 ; décret n° 2020-643 du 27 mai 2020 relatif au report du second tour du renouvellement général des conseillers municipaux et communautaires, des conseillers de Paris et des conseillers métropolitains de Lyon de 2020 et à l'adaptation du décret du 9 juillet 1990 à l'état d'urgence sanitaire (« dispositions spécifiques en vue du second tour du renouvellement général des conseillers municipaux et communautaires, des conseillers de Paris et des conseillers métropolitains de Lyon prévu le 28 juin 2020 » et prescription de « mesures sanitaires exceptionnelles nécessaires pour l'organisation des élections organisées le 28 juin 2020 »). Voir le communiqué de Presse précité du Ministre de l'Intérieur.

de vote¹⁷ afin de renforcer l'intérêt des citoyens dans le processus électoral et ainsi de contribuer au renouvellement démocratique.

De même, alors que les particuliers et les entreprises ont compris l'intérêt pour les nouvelles technologies et y ont recouru massivement pour communiquer, la période de confinement a permis de constater un décalage avec les institutions comme le Parlement. Le respect des règles de distanciation sociale imposait certes de réduire la présence physique des parlementaires. Mais ces dernières n'obligeaient pas la France à réduire très fortement son activité parlementaire comme elle l'a fait. Le choix a été fait de privilégier le débat parlementaire à l'ancienne, c'est-à-dire en présentiel, conduisant *de facto* à limiter la vie parlementaire puisque le nombre de personnes présentes physiquement était réduit.

La conséquence est que l'Assemblée nationale a fonctionné en « mode dégradé »¹⁸ en limitant le nombre d'orateurs lors des débats et questions d'actualité au gouvernement, ou encore en recourant au vote par délégation qui présente l'inconvénient de limiter la diversité des opinions qui peuvent exister y compris au sein d'un même groupe parlementaire.

Cette crise était l'occasion d'une approche disruptive dans le débat parlementaire, en innovant grâce aux nouvelles technologies pour débattre autrement et permettre un renouvellement des interactions en temps réel. Autrement dit, il s'agissait d'associer tous les parlementaires avec des dispositifs de vidéoconférence et de vote électronique sécurisés, mais la France n'en n'avait pas.

Cette lacune technologique illustre un débat vieux de plusieurs décennies sur la nécessité de retrouver une souveraineté numérique française mais aussi européenne. Là encore, l'État plateforme tant souhaité nous paraît bien lointain.

En second lieu, le Nouveau monde a rappelé le danger constant qui menace nos libertés face au développement technologique. L'enjeu est de réussir à concilier progrès technique, sécurité dans un monde de plus en plus incertain et respects des droits fondamentaux.

L'application *StopCovid* illustre ce dilemme entre ces trois objectifs qui sont parfois difficiles à concilier.

Cette application a été présentée comme un instrument censé faciliter la gestion de la crise sanitaire. Mais en l'absence d'un véritable débat démocratique informant le citoyen sur son mode de fonctionnement, les travaux parlementaires étant limités, cet outil a rapidement été perçu comme étant attentatoire au respect de la vie privée et des

¹⁷ Vote par point par exemple, cf. les propositions sur le renouvellement du processus électoral dans le cadre d'un gouvernement ouvert.

¹⁸ AFP & Ouest France, « Crise du coronavirus. Des députés d'opposition dénoncent un Parlement "sous cloche" », *Ouest France* [en ligne], 14 mai 2020. [consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.ouest-france.fr/sante/virus/coronavirus/crise-du-coronavirus-des-deputes-d-opposition-denoncent-un-parlement-sous-cloche-6835147>> ; L. EQUY, « À l'Assemblée : "On a été plus que confinés, on a été confits !" » *Libération* [en ligne], 8 mai 2020. [consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <https://www.liberation.fr/france/2020/05/08/a-l-assemblee-on-a-ete-plus-que-confines-on-a-ete-confits_1787787>.

droits fondamentaux tels que la liberté d'aller et venir, le droit au respect de ses données de santé, voire du secret médical. Au final, l'application *StopCovid* est analysée comme un échec, avec seulement 2,6 millions de téléchargements et de nombreux problèmes techniques, le Premier ministre reconnaissant le 24 septembre 2020 dans une interview télévisée¹⁹ ne pas l'avoir téléchargée avant d'annoncer une nouvelle version pour le 22 octobre 2020²⁰.

La pauvreté de la vie parlementaire, et plus largement démocratique, pendant cette période de confinement a été illustrée par l'errance dans le débat sur l'application *StopCovid*. Cet épisode illustre aussi une autre occasion manquée : celle de mieux associer la société civile pour la construction d'un projet d'intérêt général, puisqu'il s'agissait de réfléchir à la mise en place d'une application dont l'objectif était de limiter la propagation du virus, et donc de sauver des vies.

La mise en place du processus des gouvernements ouverts aurait pourtant permis d'améliorer la gestion du déploiement de cet outil en associant pleinement la société civile.

Le contexte s'y prêtait pourtant. L'état de guerre évoqué par le Président de la République lors de sa première allocution impliquait de rechercher l'association de l'ensemble des acteurs au service de la Nation. La crise sanitaire offrait donc l'occasion de mettre en œuvre les principes de transparence, de participation et de co-construction citoyenne, y compris pour favoriser le débat et rechercher une solution consensuelle afin de concilier à la fois la gestion de l'épidémie pour mieux l'endiguer et le respect des droits fondamentaux.

Certes, face aux critiques en particulier dans la gestion du matériel médical dans les premières semaines de la crise sanitaire, le gouvernement a fini par prendre conscience de l'importance de la transparence pour assurer la confiance de la population dans un contexte d'incertitude inhérente à toute crise.

Cependant, réussir la mise en œuvre du principe de co-construction était sans doute le défi le plus important au regard de l'ampleur des enjeux et surtout de leur complexité puisqu'il s'agissait de trouver dans des délais très brefs une solution technique permettant à la fois de garantir la santé des Français et le respect des droits fondamentaux.

Enfin, il convient de *se demander si les plus grands dangers du Nouveau monde ne sont pas de faire du neuf avec du vieux, d'affirmer de beaux principes mais de repousser à demain leur mise en œuvre face aux difficultés qui apparaissent*. La conséquence en

¹⁹ L. SALAME, T. SOTTO, « Interview de Jean Castex », *Vous avez la parole, France 2* [télévision], 24 septembre 2020. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible en rediffusion sur internet : <<https://www.france.tv/france-2/vous-avez-la-parole/1952579-emission-du-jeudi-24-septembre-2020.html>>.

²⁰ « Application StopCovid : Jean Castex annonce une nouvelle version pour le 22 octobre, *FranceTvInfo* [en ligne], 12 octobre 2020. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <https://www.francetvinfo.fr/sante/maladie/coronavirus/video-application-stop-covid-le-gouvernement-a-demande-une-nouvelle-version-qui-sera-lancee-le-22-octobre-annonce-jean-castex_4138439.html>.

serait que le Nouveau monde ne saurait pas faire mieux que l'Ancien monde en cas de résurgence d'une telle situation d'urgence. Autrement dit, la démocratie, l'État de droit et le respect des droits fondamentaux n'en seraient pas mieux garantis.

2. Les innovations juridiques nées de d'urgence

A. La réactivation dans l'urgence des innovations juridiques de l'Ancien monde

L'urgence a permis de réactiver, de développer et d'amplifier des pratiques de l'Ancien monde qui étaient sous-développées jusque-là. Cependant reste à savoir si les évolutions des pratiques constatées perdureront en temps de crise.

Le premier exemple est celui du télétravail dont le cadre juridique remonte à 2012²¹, ou plutôt du travail à distance. En effet, le télétravail suppose d'être prévu dans un contrat de travail ou dans un avenant et tout laisse à penser que peu de salariés ayant travaillé à distance avaient un contrat de travail prévoyant le recours au télétravail.

Le confinement aura été l'occasion de mesurer les avantages et les inconvénients de la généralisation du travail à distance, permettant aux employeurs et aux salariés de mesurer l'utilité de ce mode de travail et aux juristes de réfléchir aux modalités d'adaptation de cette législation pour développer cette pratique qui, avant le confinement, restait limitée à la fois dans le secteur privé et public.

Le deuxième exemple est celui de la télémedecine dont le cadre juridique remonte à 2009²² et qui elle aussi était restée embryonnaire, au moins s'agissant de la téléconsultation qui est l'un des 5 actes de télémedecine avec la téléexpertise, téléassistance, télésurveillance et régulation²³. Il aura donc fallu une décennie et une pandémie mondiale pour changer les pratiques des médecins et des patients.

Le troisième exemple est celui de l'Open Data qui a été utilisé dans le cadre de la pandémie pour assurer une plus grande transparence des données de contamination après qu'une polémique est apparue à ce sujet. Remontant au début des années 1990, le mouvement Open Data s'est développé au cours de la dernière décennie avec cependant des inégalités de mise en œuvre entre l'État, les collectivités territoriales et les organismes de sécurité sociale.

Pour montrer qu'il ne cachait aucune information, le gouvernement a décidé de s'inscrire dans ce processus d'ouverture en mettant les données relatives au coronavirus en Open Data afin d'en faciliter l'accès et la réutilisation.

²¹ Cf. la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives ainsi que la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique.

²² Cf. l'article 78 de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 dite « HPST » (hôpital, patients, santé et territoires) qui définit la notion de télémedecine pour la première fois.

²³ Cf. le décret n° 2010-1229 du 19 octobre 2010.

Ainsi, le 27 mars 2020, le Directeur général de la santé annonçait vouloir y recourir afin de renforcer la confiance des citoyens dans l'information gouvernementale relative aux données sur le coronavirus. En ce sens, il a souligné que : « Le libre accès aux informations liées à l'épidémie, "l'Open Data", assure la confiance des citoyens dans les éléments communiqués, favorise les actions de prévention et facilite la prise de décisions éclairées en matière sanitaire. Cela est rendu possible grâce à une collaboration étroite entre plusieurs administrations, agences de santé et la société civile. Un tableau de bord en ligne sera publié dans les toutes prochaines heures sur le site du gouvernement avec 5 indicateurs clés régionaux et départementaux : nombre de cas confirmés, de patients hospitalisés, de patients en réa ou soins intensifs, de décès à l'hôpital et de personnes sorties guéries²⁴. »

Tout n'est certes pas parfait dans la mise en œuvre du mouvement Open Data en France dans la mesure où ce processus est essentiellement porté par l'État et des collectivités territoriales militantes, laissant de côté d'autres territoires pourtant obligés par le législateur à ouvrir leurs données depuis 2016.

Mais l'Open Data est néanmoins un contre-exemple des difficultés susmentionnées de la France à se réformer en matière numérique.

Non seulement la France s'est dotée au cours de la dernière décennie, et en particulier dans le cadre de la loi pour une République numérique de 2016, d'un cadre juridique avant-gardiste en la matière, mais l'Open Data est aussi une illustration de la possibilité de mettre en place les bases d'un État plateforme à destination de la société civile et du secteur privé lorsque la volonté politique et administrative existe.

Par exemple, la plateforme data.gouv.fr a été utilisée par plusieurs acteurs de la société civile qui y ont téléchargé des jeux de données relatifs à la pandémie. Par exemple, Politologue.com a partagé sur cette plateforme les données du coronavirus par pays avec une mise à jour quotidienne²⁵ ; J. Hugueny y a téléchargé un tableau de bord pour suivre la diffusion de la pandémie à différents niveaux territoriaux (dans le monde, en Europe, au niveau départemental)²⁶.

De son côté, le gouvernement français a respecté ses engagements, Santé publique France publiant en Open Data 9 jeux de données relatifs à la COVID-19²⁷ mis à jour régulièrement : les données hospitalières relatives à l'épidémie de la COVID-19 ; les données des urgences hospitalières et de SOS médecins relatives à l'épidémie de COVID-19 ; les données relatives aux tests de dépistage de COVID-19 réalisés en

²⁴ J. SALOMON, Directeur général de la Santé, *Point de situation du Vendredi 27 mars 2020*, retranscrit par le député de la majorité présidentielle V. THIEBAUT [en ligne]. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://vincentthiebaut.fr/point-de-situation-du-pr-jerome-salomon-directeur-general-de-la-sante-27-mars-2020/>>.

²⁵ POLITOLOGUE.COM, « CoronaVirus (COVID-19) - Évolution par pays et dans le monde (maj quotidienne) » [en ligne], mis en ligne le 3 mars 2020. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible en ligne : <<https://www.data.gouv.fr/fr/datasets/coronavirus-covid19-evolution-par-pays-et-dans-le-monde-maj-quotidienne/>>.

²⁶ J. HUGUENY, « Suivi du coronavirus » [en ligne], mis en ligne le 28 mars 2020. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible en ligne : <<https://www.data.gouv.fr/fr/reuses/suivi-du-coronavirus/>>.

²⁷ SANTE PUBLIQUE FRANCE, site officiel du gouvernement [en ligne]. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.data.gouv.fr/fr/organizations/sante-publique-france/>>.

laboratoire de ville ; les niveaux d'excès de mortalité standardisés durant l'épidémie de COVID-19 ; les données relatives aux résultats des tests virologiques COVID-19 (SI-DEP) ; les taux d'incidence de l'épidémie de COVID-19 (SI-DEP) ; les données de certification électronique des décès associés à la COVID-19 (CEPIDC) ; les données d'enquête relatives à l'évolution des comportements et de la santé mentale pendant le confinement (COVIPREV) ; la capacité analytique des tests virologiques dans le cadre de l'épidémie COVID-19 (SI-DEP).

Concernant les améliorations, la mise à disposition du code de l'application *StopCovid* dès le début des débats aurait permis de mieux associer les experts volontaires, leur travail et leur expertise n'étant pas de trop pour relever le challenge de la mise en place d'une application à la fois performante dans la gestion de la crise sanitaire et respectueuse des droits fondamentaux.

B. L'activation dans l'urgence de créations juridiques du Nouveau monde

Enfin, s'agissant des innovations, il m'importe d'évoquer le travail du barreau de Paris auquel j'ai pu participer en tant que médiateur professionnel et qui visait à répondre à des situations d'urgence alors que le fonctionnement de la Justice était très fortement ralenti.

Plus précisément, il faut noter que le confinement a créé des situations particulièrement difficiles au sein des familles générant des conflits, et parfois des situations de violence. Ces conflits pouvaient s'expliquer, par exemple, par éloignement des parents ayant une garde partagée, l'un des parents refusant de confier la garde à l'autre parent pour des motifs divers, ou encore, par l'inadéquation entre la surface du logement et le nombre d'occupants.

Des conflits ont aussi pu exister au niveau des entreprises, soit inter-entreprises, par exemple en raison d'impayés entre un fournisseur et son client, soit intra-entreprise, notamment du fait des nouvelles modalités d'organisation de travail résultant de la crise sanitaire.

Le traitement de ces conflits se heurtait à la fermeture des tribunaux, sauf pour les situations d'extrême urgence, auxquelles ne répondaient pas l'ensemble des différends susmentionnés.

Pour y répondre, le barreau de Paris a décidé de créer deux groupes, l'un sur la médiation dans un contexte d'urgence familiale, l'autre sur la médiation à destination des entreprises, autour de médiateurs-avocats du barreau de Paris agréés par le centre national de médiation des avocats de Paris qui étaient volontaires.

Les médiateurs-avocats se sont engagés à fournir des médiations en respectant une charte qui prévoyait notamment un tarif horaire maximum pour tenir compte de cette situation exceptionnelle, mais aussi l'obligation d'effectuer la médiation à distance, c'est-à-dire en utilisant les systèmes de visioconférences.

Ce dispositif soutenu par le ministère de la Justice et le Tribunal judiciaire permettait aux justiciables qui trouvaient un accord de le faire homologuer dans de meilleurs délais.

Ce dispositif est destiné à perdurer, l'objectif du barreau de Paris et du ministère de la Justice étant d'encourager le recours à la médiation et son appropriation par les avocats et leurs clients.

Il est un exemple concret des mesures innovantes qui peuvent naître de situations d'urgence, l'objectif étant bien au final non de subir la crise, mais de s'y adapter pour en sortir meilleur, renforcé et plus innovant.

Le droit de l'urgence et le solutionnisme technologique

Liane HUTTNER

ATER et doctorante en droit privé, École de Droit de la Sorbonne
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, IRJS-DReDIS

Les technologies et la réponse à la COVID-19. Si les réponses apportées par les États à la crise de la COVID-19 ne sont pas homogènes, il en est une qu'on retrouve à peu près partout : l'application de traçage. La plus téléchargée est sans conteste *Aarogya Setu*, mise en place le 2 avril 2020 par le gouvernement indien, qui a très vite atteint plus de 50 millions d'utilisateurs¹. En Allemagne, la *Corona-Warn-App* a été lancée à la demande du gouvernement fédéral². Fonctionnant grâce à la technologie Bluetooth, elle mesure la distance et la durée des contacts entre les utilisateurs de l'application pour alerter en cas de contact avec une personne testée positive³. En Italie, le ministère de la santé a créé *Immuni*, qui fonctionne de manière similaire. Les téléphones portables enregistrent les téléphones avec qui ils ont été en contact pendant un certain temps pour mesurer la probabilité d'infection⁴. L'application japonaise, nommée *COCOA-Covid-19*, a été téléchargée plus de 7,7 millions de fois selon le *New York Times*⁵. Au Pérou, l'application *Perú en tus manos* permet aussi de visualiser les zones dans lesquelles la circulation du virus est particulièrement élevée⁶. Même l'Organisation des Nations Unies (ONU) a appelé à l'innovation technologique pour freiner la COVID-19⁷.

La notion de solutionnisme technologique. On pourrait multiplier les exemples puisqu'il semble exister plus de quatre-vingts applications de traçage utilisées dans vingt-huit États à travers le monde. Et la France ne fait pas exception, avec la bruyante adoption de l'application *StopCovid* par un décret du 29 mai 2020⁸. Comment expliquer cette ruée vers la technologie pour apporter une réponse à la crise sanitaire ? Pour

¹ Disponible sur internet [en ligne] [Consulté le 12 octobre 2020] : <<https://www.mygov.in/aarogya-setu-app/>>.

² Disponible sur internet [en ligne] [Consulté le 12 octobre 2020] : <<https://www.coronawarn.app/en/>>.

³ Disponible sur internet [en ligne] [Consulté le 12 octobre 2020] : <<https://www.bundesregierung.de/breg-fr/dossier/corona-warn-app-faq-1761438>>.

⁴ Disponible sur internet [en ligne] [Consulté le 12 octobre 2020] : <<https://www.immuni.italia.it/>>.

⁵ Disponible sur internet [en ligne] [Consulté le 22 juillet 2020] : <<https://www.nytimes.com/reuters/2020/07/21/technology/21reuters-health-coronavirus-japan-apps.html>>.

⁶ Disponible sur internet [en ligne] [Consulté le 12 octobre 2020] : <<https://www.gob.pe/institucion/pcm/noticias/150943-gobierno-lanza-nueva-version-de-app-peru-en-tus-manos-para-advertir-a-los-ciudadanos-sobre-las-zonas-con-mayor-probabilidad-de-contagio>>.

⁷ L'ONU mise sur l'innovation technologique pour freiner la COVID-19. Site officiel de l'ONU [en ligne]. [Consulté le 12 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.un.org/fr/%C3%A9quipe-de-communication-de-la-riposte-de-l%E2%80%99onu-au-covid-19/lonu-mise-sur-linnovation-technologique>>.

⁸ Décret n° 2020-650 du 29 mai 2020 relatif au traitement de données dénommé « StopCovid ».

Evgeny Morozov, chercheur américain, l'adoption d'applications de traçage reflète ce qu'il appelle le solutionnisme technologique. En 2013, son ouvrage *Pour tout résoudre, cliquez ici !* analyse un discours dominant dans la *Silicon Valley*, selon lequel « les technologies peuvent sauver le monde »⁹. Il explique que cette idéologie du solutionnisme permet de refondre des situations sociales complexes en un problème nettement défini, avec une solution informatique claire et transparente, pouvant facilement être optimisée¹⁰. Le solutionnisme technologique est une manière de poser un problème, puis une manière d'y répondre, en privilégiant l'efficacité et la rapidité sans tenir compte de certains effets négatifs et déshumanisants. La solution est d'ailleurs souvent efficace, mais à trop privilégier une action simple et rapide, elle ne permet souvent pas de prendre en considération toutes ses conséquences humaines et sociales. Cette absence de proportionnalité des solutions, tendues vers l'espérance d'une solution rapide, efficace et technologique peut faire perdre de vue d'autres objectifs.

Selon le chercheur, le concept de solutionnisme technologique ne s'est pas arrêté aux frontières de la baie de San Francisco. Il s'est étendu à la politique et parfois même au droit. Et c'est particulièrement dans des contextes de crise, qui privilégient justement une réponse rapide et efficace que le concept est très utile. Dans une tribune au journal anglais *The Guardian*, M. Morozov alerte ainsi sur l'essor du solutionnisme technologique en pleine pandémie. Selon lui, la pandémie de COVID-19 n'a fait que renforcer la tentation du solutionnisme et les multiples applications supposées la stopper n'en sont que l'illustration¹¹. On comprend bien que sa démonstration vise à alerter sur la politique solutionniste – mais qu'en est-il du droit français adopté pendant l'épidémie de la COVID-19 ? Le droit de l'urgence a-t-il aussi cédé à l'épidémie de solutionnisme technologique ?

Le solutionnisme technologique dans le droit. De manière générale, le solutionnisme technologique n'est pas une idéologie qu'on peut facilement retracer en droit français. Ce serait même le contraire : sous plusieurs aspects, le droit français est précautionneux à l'égard des nouvelles technologies, parfois même méfiant. Les exemples sont nombreux : le droit des données à caractère personnel, qui vise à établir un cadre de protection de la vie privée des citoyens et à remettre l'informatique au service des hommes¹², les exigences de transparence et d'information en matière d'algorithmes administratifs et de consommation¹³, l'interdiction de la reconnaissance faciale ou encore les questionnements sur la 5G. Mais cette observation générale pourrait ne pas s'appliquer au droit de l'urgence, droit qui vise l'efficacité et la rapidité des solutions. En cela, le droit de l'urgence est même le réceptacle tout désigné au

⁹ E. MOROZOV, *Pour tout résoudre cliquez ici ! L'aberration du solutionnisme technologique*, M.-C. BRAUD (trad.), Limoges, FYP éditions, 2014.

¹⁰ *Ibid*, p. 5.

¹¹ E. MOROZOV, "The tech 'solutions' for coronavirus take the surveillance state to the next level", *The Guardian*, 15 avril 2020.

¹² La loi informatique et libertés s'ouvre ainsi sur le principe selon lequel « l'informatique est au service ».

¹³ Art. L.311-3-1 du Code des relations entre le public et l'information et art. L. 111-7 du Code de la consommation.

solutionnisme technologique. Et le moins qu'on puisse dire, c'est que les technologies ont bel et bien été conçues comme de vraies solutions aux problèmes posés par la pandémie. Les applications de traçage en sont une première illustration, mais d'autres exemples sont encore plus explicites. C'est le cas surtout de l'extension de l'utilisation de la vidéoconférence et des moyens dématérialisés de communication.

L'ordonnance n° 2020-351 du 27 mars 2020 permet ainsi d'adapter les procédures d'examen et de concours, en facilitant l'utilisation de moyens dématérialisés. Son article 2 dispose que les autorités compétentes pour la détermination des modalités d'examen peuvent adapter les procédures et notamment « s'agissant des épreuves des examens ou concours, ces adaptations peuvent porter, dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats, sur leur nature, leur nombre, leur contenu, leur coefficient ou leurs conditions d'organisation, qui peut notamment s'effectuer de manière dématérialisée »¹⁴. Pour le recrutement d'agents publics, le décret n° 2020-437 du 16 avril 2020 ouvre largement l'usage de la vidéoconférence et ne pose que quelques principes d'organisation. Ces modalités d'évaluation ne remplacent pas de réels entretiens et examens et posent de vrais enjeux relatifs à l'égalité de traitement des candidats, notamment par rapport à l'accès à internet. La question se pose avec encore plus d'acuité pour la procédure pénale, qui a été adaptée avec urgence à la situation actuelle. Adoptée en sept jours, l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 vise à permettre la continuité de l'activité des juridictions pénales, tant que l'état d'urgence sanitaire restera en vigueur¹⁵. L'ordonnance élargit le champ d'application de l'article 706-71 du Code de procédure pénale, en permettant la visioconférence en toute matière, sans accord de la personne concernée, même en cas de prolongation de détention ou de comparution. La relation avec l'avocat est elle aussi dématérialisée : l'article 13 de l'ordonnance prévoit que l'entretien de la personne gardée à vue peut se dérouler par l'intermédiaire d'un moyen de communication électronique. Cette dématérialisation de l'audience est plus qu'un aménagement des principes directeurs de la procédure pénale : elle réduit certains droits au nom de la nécessité de distanciation sociale et pose la question de la proportionnalité de ces adaptations¹⁶.

Ces mesures sont peut-être efficaces, mais leur adoption en un temps record, parfois aux dépens de certains droits et principes fondamentaux signifie que le droit de l'urgence peut céder au solutionnisme technologique. Dans de telles situations, les réflexions vont moins se porter sur les conséquences humaines de mesures, que sur leur efficacité à court terme pour enrayer la crise sanitaire : là se trouve la marque du solutionnisme technologique. Mais parallèlement à l'adoption de ces mesures, le solutionnisme technologique a été pour la première fois mentionné dans des textes juridiques.

¹⁴ Art. 2, Ordonnance n° 2020-351 du 27 mars 2020 relative à l'organisation des examens et concours pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de COVID-19.

¹⁵ Art. 1, Ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19.

¹⁶ M. TOUILLIER, « L'adaptation de la procédure pénale au malheur des temps », *AJ Pénal*, n° 4, 2020, p. 186.

Le droit contre le solutionnisme technologique. Pour la première fois, le terme de solutionnisme technologique est apparu dans un texte à valeur juridique puisque la CNIL alerte expressément sur les risques d'une telle approche dans sa délibération sur le traitement StopCovid. Lorsqu'elle étudie la proportionnalité de l'atteinte à la vie privée par le dispositif, elle souligne qu'un tel dispositif ne peut être utilisé qu'à titre de mesure complémentaire dans le cadre d'une réponse sanitaire globale. En particulier, elle considère que « l'utilisation d'applications de suivi des contacts ne saurait être une mesure autonome et appelle, sur ce point, à une vigilance particulière contre la tentation du "solutionnisme technologique" »¹⁷. La CNIL mentionne depuis longtemps les risques liés au mythe de l'infaillibilité technologique, mais c'est la première fois qu'elle se prononce de façon aussi explicite sur les risques du solutionnisme¹⁸. Sa position est reprise dans l'avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), qui insiste sur l'importance d'une stratégie sanitaire d'envergure, ne s'appuyant pas seulement sur des solutions numériques¹⁹. Sous un autre angle, on peut retrouver cette précaution dans l'avis du Conseil National du Numérique (CNN), qui propose même de renommer l'application en « AlerteCOVID », pour ne pas lui faire porter de fausses promesses²⁰. Cette alerte contre les risques du solutionnisme, qui apparaît donc dans un texte à portée juridique, doit être soulignée. Elle procède d'abord d'une prise de conscience de ce risque mais elle pourrait surtout devenir un standard d'évaluation du droit de l'urgence.

Le solutionnisme technologique comme standard d'évaluation du droit de l'urgence ? Ces différents avis nous montrent que le solutionnisme juridique est un concept absorbé par le droit. Le premier risque, celui d'un aveuglement du droit de l'urgence, peut donc commencer à être écarté. Mais le concept de solutionnisme technologique pourrait aller encore plus loin. L'apparition de la notion dans un cadre d'urgence démontre l'importance de l'enjeu dans ces conditions où les solutions rapides, efficaces, urgentes sont de mise. Ne pourrait-on pas, dès lors, proposer le solutionnisme technologique comme un standard à l'aune duquel évaluer le droit de l'urgence ?

¹⁷ CNIL, Délibération n° 2020-046 du 24 avril 2020 portant avis sur un projet d'application mobile dénommée « StopCovid », p. 8.

¹⁸ N. METALLINOS, « COVID-19 : l'état d'urgence sanitaire à l'épreuve du droit de la protection des données à caractère personnel », *CCE*, n° 5, 2020.

¹⁹ CNCDH, « Avis sur le suivi numérique des personnes », 28 avril 2020, p. 11.

²⁰ CNN, « Avis sur STOPCOVID », Recommandation n° 8, 2020, p. 6.

Urgence sanitaire et droit pénal¹

Anne SIMON

*Maître de conférences à l'EDS, IRJS
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

En filigrane des réflexions qui s'échangent dans le cadre de ces séminaires consacrés à l'urgence en temps de crise sanitaire, il y a la question de l'équilibre (fragile) de notre système juridique et en particulier des enjeux de préservation des droits fondamentaux. À titre liminaire, je pense qu'il est important de rappeler que dans le cadre de cette crise, la France n'a pas « activé » l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui lui aurait permis de déroger – dans un temps limité et de manière contrôlée – à certaines garanties dont doivent bénéficier tous les ressortissants des États membres du Conseil de l'Europe². Il semble donc que le gouvernement ait préféré une logique d'adaptation du droit à une logique d'exception en matière de droits fondamentaux, laissant l'observateur dubitatif face à la gravité des atteintes pourtant vécues. Ceci étant dit, le droit prévoit lui-même certains mécanismes d'adaptation aux circonstances particulières. C'est notamment le cas du contrôle de proportionnalité en matière de libertés et de droits fondamentaux. L'appréciation concrète des situations qu'il implique permet d'intégrer des circonstances exceptionnelles comme l'un des paramètres de l'équation. Plus la situation est grave, plus les atteintes qui sont portées aux droits pourraient être tolérées. Existence donc des mécanismes juridiques offrant au droit une capacité à s'adapter à l'urgence, à l'intégrer comme un élément de son application. Il est cependant légitime de s'interroger sur les limites de cette adaptation.

Pour en venir plus spécifiquement au droit pénal, la crise sanitaire a bousculé la matière. Cette dernière a subi les effets de vents contraires, qui soufflaient au moins dans trois directions différentes. Il fallut d'abord prendre acte de la paralysie de l'institution judiciaire, susceptible d'avoir des effets particuliers à l'égard des personnes privées de liberté (1). Dans le même temps, il semblait important de limiter le nombre des personnes incarcérées dans les établissements pénitentiaires qui risquaient de devenir de véritables « clusters »³ (2). Enfin, il fallait utiliser le droit pénal comme un outil dissuasif permettant de faire respecter les mesures de l'état d'urgence sanitaire mais aussi d'assurer la protection de la population (3).

¹ La présente communication est conservée dans sa forme orale.

² Sur ce débat, v. notamment F. SUDRE, « La mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'homme », *Leclubdesjuristes* [en ligne]. [Consulté le 2 juillet 2020] Disponible sur internet : <<http://www.leclubdesjuristes.com>>.

³ Le terme désigne, depuis le début de l'épidémie, les foyers de contamination regroupant plusieurs personnes malades.

1. Prendre acte de la paralysie judiciaire

L'article 11 de la loi d'habilitation du 23 mars 2020⁴ a autorisé le Gouvernement à modifier par ordonnances les règles relatives au « déroulement et à la durée des détentions provisoires » et ce « aux seules fins de limiter la propagation de l'épidémie de COVID-19 parmi les personnes participant à ces procédures ». C'est sur ce fondement que l'une des ordonnances du 25 mars⁵ a prévu, dans son article 16, une prolongation « de plein droit » de deux ou trois mois, selon les cas, de la durée maximale des détentions provisoires ordonnées lors d'informations judiciaires ouvertes sur des délits. Le délai supplémentaire était de six mois pour les procédures criminelles. Une première question technique importante et controversée s'est posée : s'agissait-il de prolonger le titre de détention en cours d'exécution ou la durée maximale totale de la détention provisoire ? L'autre problématique juridique soulevée au moment de l'entrée en vigueur de cette ordonnance concernait l'expression « de plein droit » qui semblait indiquer que cette prolongation pouvait avoir lieu sans intervention du juge. Une circulaire de la Direction des affaires criminelles et des grâces, diffusée le 26 mars 2020⁶, confirmait cette lecture en précisant qu'« il n'est pas nécessaire que des prolongations soient ordonnées par la juridiction compétente pour prolonger la détention en cours », laissant entendre par ailleurs qu'il s'agissait bien d'une prolongation du titre de détention en cours d'exécution. La suite pourrait être décrite comme une véritable cacophonie au sein des juridictions compétentes. Un magistrat du Tribunal judiciaire de Créteil affirmait notamment que « le juge judiciaire ne saurait, en aucune façon, élever une circulaire ministérielle au rang d'une norme ou d'une source du droit, surtout quand elle supprime une garantie fondamentale »⁷ et refusait donc de se passer d'un débat contradictoire. D'autres juridictions, au contraire, rejetaient toute demande de débat, se protégeant derrière l'automaticité alléguée de cette prolongation⁸. Ce qui soulevait pourtant des questions sérieuses sous l'angle du droit à la sûreté de l'article 5 de la Convention européenne mais aussi de l'article 66 de notre Constitution qui fait du juge judiciaire le garant des libertés individuelles.

Le 26 mai 2020, la chambre criminelle est venue clore le débat par deux arrêts⁹ qualifiés par Jean-Baptiste Perrier de « décisions parmi les plus importantes de ces dix dernières années »¹⁰. Deux arrêts de cassation interviennent contre des décisions qui

⁴ Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19.

⁵ Ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19.

⁶ DACG, Cir. 26 mars 2020, NOR : JUSC2008571C.

⁷ F. NGUYEN (Premier vice-président au tribunal judiciaire de Créteil chargé des libertés et de la détention), « Le débat contradictoire de prolongation de détention devant le JLD et l'état d'urgence sanitaire », *Lexbase* N3055BYS, 22 avril 2020.

⁸ V. not. Nancy, ch. inst., 5 mai 2020, n° 308/2020, com. S. FUCINI, *Dalloz actualité*, 22 mai 2020.

⁹ Cass. crim., 26 mai 2020, n° 20-81.971 et n° 20-81.910.

¹⁰ Citation reprise d'un article de N. SWEENEY, « Le pouvoir judiciaire à rude épreuve », *Politis* [en ligne], 27 mai 2020. [Consulté le 12 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.politis.fr/articles/2020/05/le-pouvoir-judiciaire-a-rude-epreuve-41939/>>.

constataient la prolongation automatique des mesures de détention provisoire. La chambre criminelle décide en outre de transmettre deux questions prioritaires de constitutionnalité. Elle considère qu'en égard à l'atteinte qui pourrait être portée à la liberté individuelle, l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 pourrait ne pas préciser suffisamment les modalités de l'intervention du juge judiciaire lors de l'allongement des délais de détention. Elle en déduit que les questions prioritaires de constitutionnalité posaient une difficulté sérieuse, justifiant la saisine du Conseil constitutionnel¹¹. Elle contrôle également, dans ses arrêts, la conventionnalité de l'article 16 au regard de l'article 5 de la Convention européenne. La chambre criminelle rappelle à cette occasion que la France n'a pas exercé son droit à déroger à la Convention européenne des droits de l'homme en vertu de l'article 15 de ce texte. « Elle en déduit que l'article 16 de l'ordonnance n'est compatible avec l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme et la prolongation qu'il prévoit n'est régulière que si la juridiction qui aurait été compétente pour prolonger la détention rend, dans un délai rapproché courant à compter de la date d'expiration du titre ayant été prolongé de plein droit, une décision par laquelle elle se prononce sur le bien-fondé du maintien en détention ». Donc dans l'hypothèse d'une prolongation de plein droit, un juge devrait statuer, à bref délai, sur la légalité de cette détention. À défaut d'un tel contrôle organisé à bref délai, la personne incarcérée devra être libérée¹².

2. Vider les établissements pénitentiaires

Dès le début de l'état d'urgence sanitaire et même un peu avant, l'une des premières préoccupations du Ministère de la Justice a été celle des maisons d'arrêt surpeuplées qui se trouvaient, dans leurs organisations internes, aux antipodes des mesures de confinement préconisées. Au sein de ces établissements régnait une promiscuité ingérable alors que le message des autorités publiques était celui du maintien de distances physiques et de la systématisation de mesures d'hygiène pour éviter la transmission du virus. Il est à noter que cette contradiction totale entre les consignes gouvernementales, largement diffusées par des médias *aussi* accessibles depuis les établissements pénitentiaires, et l'impossibilité totale de les mettre en œuvre au sein de ces mêmes établissements, a suscité une forte tension pour une administration pénitentiaire accueillant parfois jusqu'à trois ou quatre détenus dans des cellules de 9m². Le site de l'OIP a d'ailleurs recueilli, pendant cette période, des témoignages de personnes incarcérées et de leurs proches inquiets de la situation¹³. La crainte suscitée par la crise et exacerbée au sein de la population pénale s'explique aussi par le fait que les personnes incarcérées ont une santé globalement plus fragile que la population

¹¹ Cons. const. 3 juill. 2020, n° 2020-851/852 QPC, *Daloz actualité*, 9 juill. 2020, obs. M.-C. DE MONTECLER ; selon le Conseil constitutionnel la loi d'habilitation ne dispensait pas le Gouvernement du respect des exigences de l'article 66 de la Constitution.

¹² La solution a été confirmée par la suite, v. not. Crim. 1^{er} sept. 2020, F-P+B+I, n° 20-92.938.

¹³ Le site de l'OIP a également publié quotidiennement des points d'information sur la situation des établissements pénitentiaires face à la circulation du virus : Observatoire International des Prisons [en ligne]. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <<http://www.oip.org>>.

générale. Cette réalité permettait d'ailleurs de craindre une propagation rapide et dévastatrice du virus au sein des prisons. Dans cette perspective, l'ordonnance du 25 mars 2020 précitée a également prévu des mesures pour réduire la surpopulation dans les établissements pénitentiaires. Elle prévoyait notamment la libération anticipée des personnes condamnées à moins de cinq ans d'emprisonnement dont il ne restait que moins de deux mois à purger. Elle prévoyait également la possibilité d'octroyer des réductions de peine supplémentaires allant jusqu'à deux mois pour les personnes ayant un bon comportement en détention¹⁴.

En dépit des prolongations automatiques des mesures de détention provisoires, ces procédures destinées à vider les établissements ont, semble-t-il, bien fonctionné, au point qu'au mois de mai, la direction de l'Administration pénitentiaire affirmait que le taux de « remplissage » de nos établissements pénitentiaires était de 97 %¹⁵. On constatait alors une chute sans précédent de la population pénale avec 13 500 détenus en moins par rapport aux 72 500 détenus d'avant la crise¹⁶. Même si cette chute drastique du nombre de personnes incarcérées était aussi à rechercher dans une baisse de la criminalité liée à la période¹⁷ et corrélativement à un ralentissement de la cadence des instances pénales, la respiration offerte aux établissements pénitentiaires était telle que l'ensemble des acteurs judiciaires et pénitentiaires ont manifesté leur volonté de pérenniser cette dynamique¹⁸. Depuis la fin du confinement pourtant, les chiffres repartent inexorablement à la hausse.

3. L'extension du filet pénal

La période a aussi été celle d'un durcissement des sanctions prises en cas de non-respect des mesures de confinement. Le droit pénal a été utilisé comme un outil de dissuasion face aux refus de certains de se soumettre aux mesures sanitaires préconisées au niveau gouvernemental¹⁹. Les contraventions en ce domaine se sont multipliées au

¹⁴ Art. 27 et 28 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19.

¹⁵ Il s'agit d'un taux d'occupation moyen, donc cela ne signifie pas que tous les établissements disposent dorénavant d'un nombre de lits suffisant.

¹⁶ En janvier 2020, le taux général d'occupation était de 116 % et de 138 % en maisons d'arrêt selon le site du gouvernement [en ligne]. [Consulté le 12 octobre 2020] Disponible sur internet : <<http://www.justice.gouv.fr/prison-et-reinsertion-10036/les-chiffres-clefs-10041/>>.

¹⁷ V. en ce sens « Coronavirus : les crimes et délits en forte baisse au mois de mars avec le confinement », *Francetvinfo*, [en ligne] 6 avril 2020. [consulté le 12 octobre 2020] Disponible sur Internet : <https://www.francetvinfo.fr/sante/maladie/coronavirus/coronavirus-les-crimes-et-delits-en-forte-baisse-au-mois-de-mars-avec-le-confinement_3902415.html>.

¹⁸ Le contrôleur général des lieux de privation de liberté et la Direction de l'administration pénitentiaire étaient d'ailleurs d'accord sur ce point et sur l'importance de profiter du caractère « inédit » de la situation.

¹⁹ Voir pour l'état du droit et son évolution J.-B. PERRIER, « Le droit pénal du danger », *D.* 2020, p. 937 s. L'auteur explique que « le décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 est venu "interdire" certains déplacements, tandis que des arrêtés des 14 et 15 mars prévoyaient notamment la fermeture de certains lieux accueillant du public. Immédiatement, la question s'est posée de la sanction en cas de non-respect de ces différentes

point que certains ont évoqué l'hypothèse de l'émergence d'un véritable « droit pénal du danger »²⁰. Des contraventions qui, en état de récidive légale, devenaient des délits ont d'ailleurs abouti à des décisions d'incarcération²¹, et ce en dépit de la situation des établissements pénitentiaires précédemment évoquée. Par ailleurs, il y eut des débats animés au sein de la doctrine pénaliste et entre la doctrine et les professionnels du droit, sur la pertinence d'envisager une possible qualification de mise en danger délibérée de la personne d'autrui en cas de violation des obligations du confinement²². S'appuyant sur une note de la Direction des affaires criminelles et des grâces, rédigée en ce sens, il a finalement été acté que le risque de maladie demeurerait trop incertain en cas de violations des mesures sanitaires pour justifier l'application de l'article 223-1 du code pénal²³. L'invocation de ce fondement avait cependant l'avantage de justifier les mesures de garde à vue conditionnée par la nécessité d'encourir une peine d'emprisonnement²⁴.

Cette extension du champ de la répression pénale a également fait craindre aux décideurs publics que leur responsabilité puisse être recherchée en cas de défaillance dans la gestion de la crise²⁵. Bien que les dispositions pénales alors en vigueur permettaient d'ores et déjà de prendre en compte les ressources et les moyens à la disposition des élus comme limites de leurs responsabilité²⁶, ils ont souhaité que ce contexte de crise soit consacré explicitement comme cause limitative de responsabilité. Ainsi, la loi du 11 mai 2020²⁷ prolongeant l'état d'urgence a créé une disposition du code

mesures. Or, lors de la mise en place du confinement, la seule sanction applicable était celle prévue par l'article R. 610-5 du code pénal, cette contravention générale applicable en cas de violation des décrets et arrêtés, soit une amende de 38 €. Très vite, le décret n° 2020-264 du 17 mars 2020 a créé une infraction particulière pour non-respect du confinement, une contravention de la 4^e classe, tout en appliquant le dispositif de l'amende forfaitaire, soit une amende de 135 € ».

²⁰ J.-B. PERRIER, « Le droit pénal du danger », *D.* 2020, p. 937 s.

²¹ V. entre beaucoup d'autres, S. BORDIER, « Melun : deux premiers cas de prison ferme pour non-respect du confinement », *Leparisien.fr* [en ligne], 9 avril 2020. [Consulté le 12 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.leparisien.fr/seine-et-marne-77/melun-deux-premiers-cas-de-prison-ferme-pour-non-respect-du-confinement-09-04-2020-8297208.php>>.

²² V. not. J.-B. PERRIER, *loc. cit.* ; v. aussi P. ROUSSEAU, « Les infractions de violation des restrictions liées au virus COVID-19 », *AJ pénal* 2020, p. 198.

²³ DACG, Circ. 25 mars 2020, NOR : JUSD 2008353. Selon ce texte « La mise en œuvre de cette incrimination se heurte aux exigences des éléments constitutifs requis : si la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement apparaît constituée par le non-respect des mesures de confinement, l'exigence tenant à la caractérisation d'un risque immédiat de mort ou de blessures graves ne paraît pas remplie, au regard des données épidémiologiques connues. Du reste, demeurent autorisées des dérogations à ces mesures ».

²⁴ En application de l'art. 62-2 CPP, la garde à vue n'est possible que pour les infractions faisant encourir une peine d'emprisonnement, ce qui n'est jamais le cas des contraventions.

²⁵ Le 9 juin 2020, le procureur de Paris, ayant reçu 62 plaintes ou signalements, annonçait l'ouverture d'une enquête préliminaire sur la gestion de la crise de la COVID-19 en France, visant notamment les chefs d'« homicides involontaires » ou « mise en danger de la vie d'autrui ».

²⁶ V. en particulier art. 121-3 CP al. 3 selon lequel « Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait ». Surbrillance ajoutée.

²⁷ Loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

de la santé publique dans le sens de cette prise en compte. Cet article L. 3136-2 nouveau, bien qu'ayant certainement une valeur symbolique, ne modifie finalement en rien le droit positif. Il prévoit en effet que « l'article 121-3 du code pénal est applicable en tenant compte des compétences, du pouvoir et des moyens dont disposait l'auteur des faits dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire, ainsi que de la nature de ses missions ou de ses fonctions, notamment en tant qu'autorité locale ou employeur ». Cette réécriture d'un texte préexistant ne lui confère pas pour autant d'effet normatif ; souhaitons dès lors qu'il ne soit pas dépourvu non plus de toute vertu d'apaisement.

La personne en période de pandémie : une nouvelle hiérarchie des valeurs ?

*La crise sanitaire et le droit de l'urgence en droit des personnes et de la famille,
brève communication orale du 26 juin 2020¹*

Sophie PRETOT

Maître de conférences à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

En parcourant les dispositions qui ont été prises depuis le début de la crise sanitaire en droit des personnes et de la famille, quelque chose nous a rapidement frappée : la finalité de protection de la santé publique l'emporte largement sur le respect des droits et libertés fondamentaux.

Nous ne faisons pas ici allusion aux seules dispositions de droit processuel, consacrant une période dite « juridiquement protégée », permettant de faire l'économie d'une audience ou favorisant le recours à des moyens de communication dématérialisés. Xavier Lagarde² nous proposera une analyse de toutes ces dispositions qui dépassent bien largement le droit des personnes et de la famille. Nous évoquerons ici le droit régissant les personnes et la famille de façon plus large.

L'étude de ce droit met tout de suite en évidence l'amenuisement des droits et libertés fondamentaux, et ceci, afin de vaincre la crise sanitaire, en évitant la propagation du virus et en déchargeant les services hospitaliers.

Ainsi, durant cette période de crise sanitaire, les interruptions volontaires de grossesse à domicile sont favorisées de sorte que les hôpitaux n'aient pas à gérer ces interventions, le cercueil du défunt est fermé le plus rapidement possible avec le minimum de soins apportés au corps de sorte que les risques de contamination soient limités, toutes les visites en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes sont suspendues et les mariages ne sont plus célébrés de sorte que les contacts susceptibles de propager le virus soient réduits, l'usage de médicaments en dehors de leur autorisation de mise sur le marché est permis afin de tenter de vaincre la COVID-19, un « service intégré de dépistage et de prévention », un fichier « Contact Covid » ainsi qu'une application « StopCovid » de nature à contrôler la propagation du virus sont mis en place.

En période de pandémie, une telle tendance est tout à fait prévisible, allez-vous nous faire remarquer. Mais, après réflexion, ce qui est en réalité frappant est que cette finalité paraît comme exclusive au point que l'atteinte aux droits et libertés fondamentaux puisse, à certains égards, paraître excessive et que notre appréhension de la personne semble s'en trouver altérée, voire appauvrie. Ordinairement saisie dans toute sa complexité et sa richesse, pourvue d'une dignité propre, sujet de droits entre sa

¹ Le style oral de la communication a été largement conservé.

² V. *infra*, X. LAGARDE, « Les sanctions civiles dans l'urgence, un droit d'exception ? ».

naissance et son décès, être de relations, la personne qui ressort du droit de la COVID- 19 est avant tout un corps à soigner, à isoler ou à préserver du virus. C'est une conception finalement assez matérialiste de la personne qui semble primer. L'interdiction absolue des cultes³, remise en cause par le Conseil d'État⁴, est à cet égard symptomatique de la vision de l'homme qui a prévalu en ce temps de crise sanitaire. Loin de l'époque où les célébrations religieuses pouvaient être rendues obligatoires pour prier les Dieux d'épargner les hommes de la Peste, comme Claire Lovisi⁵ a pu l'évoquer il y a quinze jours, notre temps est davantage celui d'un homme appréhendé à l'aune de la COVID- 19 et, par là même, aux droits et libertés amoindris.

Pour illustrer cette impression, trois exemples, précédemment cités, pourront être développés : l'interruption volontaire de grossesse, le traitement du défunt et la célébration des mariages.

Commençons par l'interruption volontaire de grossesse.

Pour mémoire, le Code de la santé publique⁶ permet à la femme enceinte qui le souhaite d'avoir recours à une interruption volontaire de grossesse jusqu'à la fin de la douzième semaine de grossesse. Cette interruption volontaire de grossesse peut avoir lieu au sein d'un établissement de santé, au moyen d'une méthode chirurgicale⁷, ou, dans le cadre d'une convention réglementée avec un établissement de santé, par voie médicamenteuse⁸. Dans ce second cas, celui de l'interruption volontaire de grossesse par mode médicamenteux, l'interruption médicale ne peut être effectuée que jusqu'à la cinquième semaine de grossesse⁹ et, même si l'interruption volontaire de grossesse n'a pas lieu au sein de l'établissement de santé, celle-ci est rigoureusement réglementée. En particulier, le médecin, la sage-femme ou le centre de planification, d'éducation familiale ou de santé sont seuls en mesure d'obtenir le médicament¹⁰, seuls le médecin ou la sage-femme procèdent à la délivrance des médicaments à la femme¹¹ et la première prise des médicaments est effectuée en présence de ces derniers¹².

³ Article 8 du décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de COVID-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire : « Les établissements de culte, relevant de la catégorie V, sont autorisés à rester ouverts. Tout rassemblement ou réunion en leur sein est interdit à l'exception des cérémonies funéraires dans la limite de 20 personnes. »

⁴ CE, 18 mai 2020, n° 440366.

⁵ V. *supra*, C. LOVISI, « Les règlements de peste dans l'ancien droit français ».

⁶ CSP, art. L. 2212-1 : « La femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse peut demander à un médecin ou à une sage-femme l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse. »

⁷ V. CSP, art. R. 2212-4 s.

⁸ V. CSP, art. R. 2212-9 s.

⁹ CSP, art. R. 2212-10.

¹⁰ CSP, art. R. 2212-16.

¹¹ CSP, art. R. 2212-17, al. 1^{er}.

¹² CSP, art. R. 2212-17, al. 2.

Toutefois, l'arrêté du 23 mars 2020 prescrivant les mesures d'organisation et de fonctionnement du système de santé nécessaires pour faire face à l'épidémie de COVID-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, modifié par les arrêtés du 14 avril et du 16 avril 2020, assouplit grandement ces règles¹³. D'abord, le délai est allongé : l'interruption volontaire de grossesse par voie médicamenteuse peut être réalisée jusqu'à la fin de la septième semaine de grossesse. Ensuite, la délivrance des médicaments par la pharmacie peut être faite directement à la femme. Enfin, la première prise des médicaments peut être effectuée dans le cadre d'une téléconsultation avec le médecin ou la sage-femme.

Nous pourrions, dans un premier temps, penser que ces dispositions renforcent la liberté de la femme à disposer de son corps en temps de confinement et, plus largement, de crise sanitaire. Mais, ce serait, nous semble-t-il, se méprendre. Car, si tel était le cas, les revendications de certains professionnels de santé et associations, appelant, selon leurs termes, à un renforcement de la protection des droits des femmes et au maintien de l'accès aux avortements, auraient probablement été satisfaites. Ceux-ci préconisaient notamment l'allongement du délai légal de l'interruption volontaire de grossesse chirurgicale (de douze à quatorze semaines de grossesse)¹⁴. D'ailleurs, si nous y réfléchissons, il n'est pas certain que cet assouplissement de l'accès à l'interruption volontaire de grossesse par voie médicamenteuse soit dans l'intérêt de la femme enceinte. Loin de protéger les droits de la femme enceinte, l'assouplissement de l'interruption volontaire de grossesse médicamenteuse semble en effet rogner sur son intérêt au profit de l'isolement nécessaire au combat contre la COVID-19. Certes, si la femme souhaite cacher l'interruption volontaire de grossesse, le recours à une interruption volontaire de grossesse par voie médicamenteuse peut être préférable. Mais cela n'est pas certain en période de confinement. Surtout, ainsi assouplie dans son accès, l'interruption volontaire de grossesse par voie médicamenteuse est peu protectrice de la femme : quant à sa santé physique bien sûr, les risques de complication à sept semaines de grossesse étant plus importants qu'à cinq semaines, quant à sa santé psychologique aussi, la femme ne bénéficiant pas d'un accompagnement humain et médical sérieux alors même que l'interruption volontaire de grossesse est un acte particulièrement grave et potentiellement traumatisant.

Cet assouplissement des conditions d'accès à l'interruption volontaire de grossesse est, comme l'indique d'ailleurs le nom de l'arrêté, guidé par la seule nécessité d'alléger la charge hospitalière afin de permettre aux établissements de santé de se concentrer sur les soins liés à la COVID-19. Il permet d'assurer un maximum d'interruptions volontaires de grossesse sans mobiliser les établissements de santé. Ce faisant, le législateur assure

¹³ V. spéc. les articles 10-4 et 10-5 de l'arrêté du 23 mars 2020 prescrivant les mesures d'organisation et de fonctionnement du système de santé nécessaires pour faire face à l'épidémie de COVID-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, modifié par les arrêtés du 14 avril et du 16 avril 2020.

¹⁴ V. par ex. le manifeste intitulé « Il faut protéger les droits des femmes et maintenir l'accès à l'avortement », *Le Monde* [en ligne], 31 mars 2020. [consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/03/31/il-faut-protger-les-droits-des-femmes-et-maintenir-l-acces-a-l-avortement_6034997_3232.html>.

l'acte qu'est l'interruption volontaire de grossesse mais fait fi, nous semble-t-il, de la personne de la mère dans sa globalité, celle-ci n'étant pas simplement un ventre mais, aussi et surtout, une femme en situation de fragilité, requérant un accompagnement global, y compris humain et psychologique. Le droit à l'intégrité morale de la femme, composante du droit au respect de la vie privée, et, de ce fait, la dignité de celle-ci passent au second plan, derrière l'objectif de protection de la santé publique. Et nous sommes en droit de nous demander si l'atteinte aux droits de la femme n'est pas ici excessive. N'était-il pas concevable de maintenir la présence physique du personnel médical auprès de la femme, celui-ci n'étant pas, dans son intégralité, mobilisé dans la lutte contre la COVID-19 ?

Ce constat peut être renouvelé à l'occasion de l'étude des dispositions funéraires. Il s'agit là de notre deuxième illustration.

L'article 12-5 du décret du 23 mars 2020¹⁵, complété par un décret du 1^{er} avril 2020¹⁶, décrets qui ne sont plus aujourd'hui en vigueur, prévoit que, d'une part, les soins de conservation¹⁷ sont interdits sur le corps des personnes décédées, et, d'autre part, que les défunts atteints ou probablement atteints de la COVID-19 au moment de leur décès font l'objet d'une mise en bière immédiate et que la pratique de la toilette mortuaire est interdite pour ces défunts.

Ces dispositions limitant, voire interdisant, les soins habituellement faits aux personnes décédées ont pour objectif d'éviter une saturation des services funéraires¹⁸. Par ailleurs et surtout, ils s'inscrivent dans un objectif de santé publique. Il s'agit de protéger les personnels funéraires contre la COVID-19 et, plus largement, de lutter contre la propagation de la COVID-19.

Ce faisant, le respect dû aux morts est mis à mal. Nous nous souvenons que l'article 16-1-1 du Code civil¹⁹ dispose que « Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort » et que « les restes des personnes décédées [...] doivent être traités avec respect, dignité et décence ».

¹⁵ Décret n° 2020-293 cité *supra*.

¹⁶ Décret n° 2020-384 du 1^{er} avril 2020 complétant le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de COVID-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Ce décret était en vigueur du 1^{er} avril au 30 avril 2020. Le décret n° 2020-497 du 30 avril 2020, en vigueur jusqu'au 11 mai 2020, a, ensuite, légèrement assoupli les interdits.

¹⁷ Les soins de conservation mentionnés au 3° de l'article L. 2223-19, ou soins de thanatopraxie, ont pour finalité de retarder la thanatomorphose et la dégradation du corps, par drainage des liquides et des gaz qu'il contient et par injection d'un produit biocide.

¹⁸ En ce sens, v. aussi le décret n° 2020-352 du 27 mars 2020 portant adaptation des règles funéraires en raison des circonstances exceptionnelles liées à l'épidémie de COVID-19. Ce décret prévoit une dérogation temporaire à diverses dispositions de droit funéraire afin de fluidifier les démarches administratives que doivent accomplir les opérateurs funéraires et d'éviter la saturation de leurs différents équipements.

¹⁹ Loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire.

Ici, la dignité de la personne humaine²⁰ est comme mise entre parenthèses. Le défunt ne peut pas bénéficier des derniers soins le rendant présentable à ses proches et pour ses obsèques. Les derniers adieux aux proches sont aussi éludés, la mise en bière du défunt devant être immédiate. Le droit au respect de la vie privée et familiale des proches n'est ainsi pas plus ménagé, alors même que ces derniers adieux peuvent être essentiels au processus du deuil.

Encore une fois, c'est la seule matérialité du défunt qui est considérée. Le défunt est perçu comme un simple corps susceptible de transmettre la COVID-19. La dignité et le droit au respect de la vie privée sont secondaires.

Là aussi, il nous semble que la question de la proportionnalité de l'atteinte aux droits et libertés fondamentaux peut être soulevée. Ne pouvions-nous pas protéger le personnel funéraire de sorte qu'un minimum de soins soit effectué sur les défunts de la COVID-19 et, surtout, ne pouvions-nous pas aménager un espace de derniers adieux pour les proches du défunt ? Cela était probablement envisageable, l'évolution des pratiques l'a montré.

Poursuivons avec un dernier exemple, celui de la célébration des mariages.

L'exemple est probablement moins éloquent mais particulièrement intéressant en ce qu'il touche une autre liberté fondamentale.

Dans le cadre de la réglementation décrétant le confinement, le respect des mesures barrières et la fermeture de certains lieux publics²¹, les mairies, sur les recommandations du ministère de la Justice, ont reporté les mariages, sauf urgence²² et après accord préalable du procureur de la République.

La liberté matrimoniale est ainsi neutralisée par les exigences sanitaires. Les fiancés sont ici perçus comme des corps susceptibles de propager la COVID-19 ou, à l'inverse, susceptibles d'en être victimes.

²⁰ Nous savons que la Cour de cassation fait parfois référence à la dignité du défunt. V. notamment, dans l'affaire de l'assassinat du Préfet Erignac, Cass. 1^{re} civ., 20 décembre 2000, n° 98-13.875, publié : « Et attendu qu'ayant retenu que la photographie publiée représentait distinctement le corps et le visage du préfet assassiné, gisant sur la chaussée d'une rue d'Ajaccio, la cour d'appel a pu juger, dès lors que cette image était attentatoire à la dignité de la personne humaine, qu'une telle publication était illicite, sa décision se trouvant ainsi légalement justifiée au regard des exigences tant de l'article 10 de la Convention européenne que de l'article 16 du Code civil, indépendamment des motifs critiqués par la deuxième branche du moyen. »

²¹ V. le décret du 16 mars 2020 (n° 2020-260 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus COVID-19) interdisant le déplacement de toute personne hors de son domicile et les arrêtés du 14 et 15 mars 2020 instaurant le respect obligatoire des mesures dites « barrières » et ordonnant la fermeture d'un certain nombre d'établissements recevant du public. Ces mesures ont ensuite été prises sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19.

²² C'est le cas du mariage *in extremis* ou le départ du fiancé en opération militaire extérieure par exemple.

Et, là encore, l'équilibre entre l'impératif de santé publique et la liberté matrimoniale qui est une liberté fondamentale²³ paraît discutable. Certes, à l'inverse des exemples précédents, la célébration du mariage n'est que retardée mais il s'agit tout de même là d'une liberté fondamentale qui aurait pu être davantage ménagée. Si tel était le désir des fiancés, une cérémonie avec les seuls époux, témoins et officier d'état civil dans le respect des mesures barrières aurait probablement pu être envisagée.

Le temps presse et il nous faut encore échanger. Nous ne développerons pas davantage d'exemples mais cette analyse nous semble pouvoir être étendue à bien d'autres dispositions : à la suspension générale et sur une longue période des visites aux personnes demeurant en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes, à l'usage dérogatoire qui a été fait des médicaments en cette période et, en particulier, au décret du 23 mars 2020²⁴ qui autorise le recours à l'hydroxychloroquine et l'association lopinavir/ritonavir en dehors de son autorisation de mise sur le marché, mais encore aux récents services intégrés de dépistage de prévention (« SI-DEP »), fichier « Contact Covid » et application « StopCovid »²⁵.

En conclusion, qu'est-ce que le droit de l'urgence sanitaire dans le domaine des personnes et de la famille ?

Il est bien sûr un droit pris dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Il est aussi un droit pris dans l'urgence et qui, de ce fait, n'a pas fait l'objet de débats de nature à mettre en exergue et à corriger certains déséquilibres. Il est un droit d'exception par ses effets attentatoires, voire excessivement attentatoires, aux droits et libertés fondamentaux. Il est, enfin, un droit comme obnubilé par la COVID-19 qui n'appréhende la personne qu'à travers ce prisme. Il en ressort une vision clairement appauvrie, relativement matérialiste, de la personne. La bonne santé physique des personnes est première et est préservée au détriment des autres droits et libertés fondamentaux. Une hiérarchie des valeurs au sommet de laquelle se trouve la santé physique semble se dessiner.

Pour finir, ces réflexions suscitent en nous deux questionnements. Cette hiérarchie des valeurs est-elle propre au droit de l'urgence ou existe-t-elle, en temps ordinaire, sans qu'elle n'apparaisse de façon aussi évidente ? Cette remise en cause des libertés et droits

²³ V. Cons. Const., 13 août 1993, n° 93-325 DC ; CESDH, art. 12 ; Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 16 ; PIDCP, art. 23.

²⁴ Article 12-2 du décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de COVID-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire modifié par le décret n° 2020-314 du 25 mars 2020 complétant le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de COVID-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

²⁵ V. spéc. l'article 11 de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions ; le décret n° 2020-551 du 12 mai 2020 relatif aux systèmes d'information mentionnés à l'article 11 de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions ; le décret n° 2020-650 du 29 mai 2020 relatif au traitement de données dénommé « StopCovid ».

fondamentaux est-elle véritablement exceptionnelle ou allons-nous nous y habituer et ne plus nous en étonner ?

Le droit de l'urgence et les recherches impliquant la personne humaine¹

Rébecca DEMOULE

Doctorante en droit privé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Les recherches impliquant la personne humaine ou « les recherches organisées et pratiquées sur l'être humain en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales » (article L. 1121-1, al. 1^{er}, du Code de la santé publique) englobent notamment les essais cliniques visant à développer un traitement ou un vaccin et à en tester l'efficacité sur les personnes humaines. La découverte d'un tel traitement ou vaccin contre la COVID-19 constituerait une avancée majeure vers la résolution de la crise sanitaire actuelle. Les essais cliniques pour trouver une solution médicale à la résolution de la pandémie mondiale se sont ainsi particulièrement développés depuis décembre 2019².

Mais ces essais cliniques font l'objet d'une réglementation stricte. Leur contrôle normatif a notamment pris son essor lors du procès des médecins, à Nuremberg (1946-1947), lors duquel furent jugés des médecins qui conduisirent des expériences sur des personnes, en particulier dans des camps de concentration. De ce procès, émerge le « Code de Nuremberg », un ensemble de règles aux fondements éthiques à appliquer dans les recherches impliquant la personne humaine, parmi lesquelles le consentement de la personne.

Ces principes ont par la suite été repris, développés et adaptés au niveau international, notamment par la déclaration Helsinki de l'Assemblée médicale mondiale en 1964 et la déclaration de Tokyo en 1975, et en droit européen, avec la convention d'Oviedo adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe en 1997 (ratifiée par la France en 2011).

En droit français, les recherches biomédicales sont encadrées par la loi, aux articles L. 1121-1 à L. 1126-7 du Code de la santé publique. Initiée par la loi Huriet de 1988³, cette réglementation a été modifiée par la loi Jardé de 2012⁴, puis par une ordonnance du 16 juin 2016⁵.

¹ Cette contribution a été formulée à l'été 2020 ; les avancées de la recherche sur un traitement ou un vaccin dans le cadre de l'épidémie de COVID-19 ont évolué depuis.

² 3 438 essais cliniques au 28 septembre 2020 dans le monde, selon le site internet *Clinical Trials*, de la *National Library of Medicine* [en ligne]. [Consulté le 28 septembre 2020] Disponible sur internet : <https://clinicaltrials.gov/ct2/results?cond=COVID-19>.

³ Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.

⁴ Loi n° 2012-300 du 5 mars 2012 relative aux recherches impliquant la personne humaine.

⁵ Ordonnance n° 2016-800 du 16 juin 2016 relative aux recherches impliquant la personne humaine.

Au cœur de ces normes figurent aujourd'hui des principes dirigés vers la protection de la personne humaine. En témoigne d'ailleurs la place de ces dispositions en droit français au deuxième titre du livre I consacré à la protection des personnes en matière de santé : consentement nécessaire de la personne sur laquelle la recherche est effectuée, qui peut être rétracté à tout moment, et information sur les risques de l'expérimentation, de manière à ce que ce consentement soit éclairé (articles L. 1122-1 s. du Code de la santé publique) ; mise en balance des bénéfices et des risques (article L. 1121-2, al. 3, du Code de la santé publique).

Comme l'écrit Emmanuel Hirsch, « [le procès des médecins de] Nuremberg nous a enseigné [...] le devoir de vigilance et la nécessité de préserver une constante circonspection, y compris lorsque le protocole soumis à décision aurait pour prétexte une avancée dont le bien-fondé ne se discuterait pas »⁶.

Ainsi, le contexte d'une crise sanitaire mondiale, aux conséquences plus larges et notamment économiques, pose un dilemme éthique et juridique⁷. Pour résoudre plus rapidement et plus efficacement la pandémie de COVID-19, la tentation est forte de s'affranchir de certaines règles afin d'accélérer la recherche d'un remède ou d'un vaccin. Peut-on apporter des dérogations aux principes encadrant la recherche impliquant la personne humaine dans une situation d'urgence ?

L'encadrement des recherches médicales impliquant la personne humaine anticipe les situations d'urgence et s'y adapte dans une certaine mesure. Mais une procédure particulière de recherche qui trouve application en cas d'urgence, le challenge infectieux, interroge toutefois quant à sa conformité au droit français dans un tel contexte et illustre la confrontation de la pertinence d'un tel dispositif de recherche en cas d'urgence avec les normes juridiques et éthiques susmentionnées.

L'urgence n'est pas inconnue du droit des recherches médicales. Elle est envisagée dans le cas d'un protocole à appliquer dans « des situations d'urgence qui ne permettent pas de recueillir le consentement préalable de la personne » (article L. 1122-1-3 du Code de la santé publique) : il s'agit ici des conditions d'admission d'un patient dans une étude alors qu'il ne peut par exemple pas exprimer son consentement du fait de son état.

Mais cette première appréhension de l'urgence est à distinguer des cas où la recherche médicale se déroule dans des contextes de crise, notamment pandémique, ce qui nous intéresse plus particulièrement.

⁶ E. HIRSCH, « Postface – Le renoncement moral équivaut à tolérer l'inacceptable », in B. HALIOUA (dir.), *Le procès des médecins de Nuremberg : L'irruption de l'éthique biomédicale*, Toulouse, ERES, 2017, Espace éthique – Poche, p. 211-218, §2.

⁷ Sur ce point, voir par ex. E. HIRSCH, « Pourquoi en recherche biomédicale, les règles s'imposent à tous ? », *The Conversation* [en ligne], 27 mars 2020, mis à jour le 9 septembre 2020. [Consulté le 29 septembre 2020] Disponible sur internet : <<https://theconversation.com/pourquoi-en-recherche-biomedicale-les-regles-simposent-a-tous-134829>> ; F. HIRSCH, P. DE BOISSIEU, « Essais cliniques : on peut concilier éthique, qualité et urgence même en temps de crise sanitaire », *The Conversation* [en ligne], 2 avril 2020. [Consulté le 29 septembre 2020] Disponible sur internet : <<https://theconversation.com/essais-cliniques-on-peut-concilier-ethique-qualite-et-urgence-meme-en-temps-de-crise-sanitaire-135461>>.

Ces hypothèses font l'objet de recommandations particulières par différentes instances⁸, témoignant de l'impact que peuvent avoir ce type de crises, particulièrement en raison de l'urgence, sur les recherches médicales. En France, le Comité Consultatif National d'Éthique déclarait ainsi dans sa contribution du 13 mars 2020 que « même en situation d'urgence, les pratiques de la recherche impliquant l'être humain doivent respecter le cadre éthique et déontologique, notamment à l'égard des patients qui sont inclus dans les protocoles de recherche clinique »⁹.

Dans le cas de l'épidémie de COVID-19, cela a conduit à appliquer différemment certaines règles.

Ainsi, ont pu être proposés des assouplissements dans les procédures, en particulier pour accélérer les processus d'autorisation des essais cliniques¹⁰. Toutefois, cette mesure ne constitue pas une dérogation aux règles existantes, mais simplement une adaptation dans le respect de la réglementation.

C'est surtout une procédure spécifique qui nous paraît illustrer particulièrement la problématique du devenir des normes juridiques et éthiques encadrant les essais cliniques dans des contextes d'urgence : le « challenge infectieux » (en anglais, *human challenge*).

Cette procédure consiste à modifier le déroulement de la phase 3 de recherche d'un vaccin. En principe, l'essai d'un vaccin sur des personnes humaines se déroule en trois phases ; en phase 3, on injecte à un groupe de personnes le vaccin, à un autre le placebo, et ces sujets vont poursuivre leurs habitudes de vie, afin d'analyser l'efficacité du vaccin dans le contexte d'une vie normale¹¹. Mais une telle procédure peut durer plusieurs mois

⁸ V. par ex. CONSEIL DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES DES SCIENCES MEDICALES, *Lignes directrices internationales d'éthique pour la recherche en matière de santé impliquant des participants humains*, 4^e éd. [en ligne], Genève, 2016, p.55 s. [consulté le 29 septembre 2020] Disponible sur internet : <<https://cioms.ch/wp-content/uploads/2017/09/CIOMS-EthicalGuideline-FR-2016-WEB.pdf>> ; ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTE, *Guidance for managing ethical issues in infectious disease outbreaks* [en ligne], 2016, p.30 s. [consulté le 29 septembre 2020] Disponible sur internet : <<https://apps.who.int/iris/handle/10665/250580>> ; COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE, Avis n° 106, *Questions éthiques soulevées par une possible pandémie grippale* [en ligne], 5 février 2009, p. 18 s. [consulté le 29 septembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.ccne-ethique.fr/fr/publications/questions-ethiques-soulevees-par-une-possible-pandemie-grippale>>.

⁹ COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE, *COVID-19, Contribution du Comité consultatif national d'éthique : enjeux éthiques face à une pandémie* [en ligne], 13 mars 2020, p. 8. [consulté le 29 septembre 2020] Disponible sur internet : <https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/reponse_ccne_-_covid-19_def.pdf>.

¹⁰ AGENCE NATIONALE DE SECURITE DU MEDICAMENT ET DES PRODUITS DE SANTE, « Essais cliniques : procédures accélérées pour l'évaluation des traitements du COVID-19 et recommandations aux promoteurs sur les essais en cours – Point d'information » [en ligne], 20 mars 2020. [consulté le 29 septembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.ansm.sante.fr/S-informer/Points-d-information-Points-d-information/Essais-cliniques-procedures-accelerees-pour-l-evaluation-des-traitements-du-COVID-19-et-recommandations-aux-promoteurs-sur-les-essais-en-cours-Point-d-information>>.

¹¹ INSTITUT NATIONAL DE LA SANTE ET DE LA RECHERCHE MEDICALE, « Les essais cliniques (Recherches interventionnelles portant sur un produit de santé) » [en ligne]. [consulté le 29 septembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.inserm.fr/recherche-inserm/recherche-clinique/essais-cliniques-recherches-interventionnelles-portant-sur-produit-sante>>.

ou années. L'idée du challenge infectieux est de réduire considérablement la durée de la phase 3, puisque ces mêmes personnes vont, après avoir reçu le vaccin ou le placebo, se faire injecter le virus, ce qui permet de vérifier très rapidement l'efficacité du vaccin testé¹².

Dans le contexte de l'épidémie de COVID-19, la proposition de recourir au challenge infectieux a été formulée par plusieurs chercheurs américains, soutenant que l'urgence et la particularité de la situation justifient de recourir à des procédures peu utilisées habituellement¹³. Elle fait également l'objet d'un appel à volontaires dénommé « *One day sooner* »¹⁴.

En mai 2020, l'Organisation mondiale de la Santé développait huit critères dont le cumul permettrait de rendre éthiquement acceptables les études cliniques mettant en œuvre le challenge infectieux pour la COVID-19¹⁵, ce qui laisse penser que l'organisation ne formule pas d'opposition de principe à cette procédure, mais en souligne la complexité éthique. Elle indiquait ainsi que « les études fondées sur le challenge infectieux sont néanmoins sensibles sur le plan éthique et doivent être soigneusement conçues et menées afin de réduire au minimum les dommages causés aux personnes volontaires et de préserver la confiance du public dans la recherche »¹⁶.

Si l'Institut Pasteur, en France, ne semble pas envisager ce dispositif s'agissant d'un vaccin contre la COVID-19¹⁷ et que le Conseil scientifique COVID-19, le Comité analyse, recherche et expertise et le Comité Vaccin COVID-19 se sont eux aussi récemment déclarés opposés à cette procédure¹⁸, il demeure intéressant d'analyser l'applicabilité de cette procédure au regard du droit français. La question de la pertinence du challenge infectieux ne paraît en effet pas exclue du débat, notamment parce qu'elle est plus sérieusement envisagée à l'étranger et qu'il n'est pas exclu qu'un vaccin contre la

¹² N. HERZBERG, « Coronavirus : peut-on infecter volontairement des personnes saines pour accélérer le vaccin ? », *Le Monde* [en ligne], 24 juin 2020. [consulté le 29 septembre 2020] Disponible sur internet : <https://www.lemonde.fr/planete/article/2020/06/24/covid-19-peut-on-infecter-volontairement-des-personnes-saines-pour-acceler-le-vaccin_6043953_3244.html>.

¹³ S. A. PLOTKIN, A. CAPLAN, « Extraordinary diseases require extraordinary solutions », *Vaccine* 2020, vol. 38,24, p. 3987-3988 (doi:10.1016/j.vaccine.2020.04.039) ; N. EYAL, M. LIPSITCH, P. G. SMITH, « Human Challenge Studies to Accelerate Coronavirus Vaccine Licensure », *The Journal of Infectious Diseases*, 2020, vol. 221,11, p. 1752-1756 (doi:10.1093/infdis/jiaa152).

¹⁴ *One day sooner* [en ligne]. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://1daysooner.org/>>.

¹⁵ ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTE, *Key criteria for the ethical acceptability of COVID-19 human challenge studies* [en ligne], 6 mai 2020. [consulté le 29 septembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.who.int/ethics/publications/key-criteria-ethical-acceptability-of-covid-19-human-challenge/en/>>.

¹⁶ *Ibid.*, p. 2 : « Challenge studies are nonetheless ethically sensitive and must be carefully designed and conducted in order to minimize harm to volunteers and preserve public trust in research ».

¹⁷ N. HERZBERG, « Coronavirus : peut-on infecter volontairement des personnes saines pour accélérer le vaccin ? », *loc. cit.*

¹⁸ COMITE ANALYSE, RECHERCHE ET EXPERTISE, COMITE SCIENTIFIQUE COVID-19, COMITE VACCIN COVID-19, Avis, *Vaccins contre le SARS-CoV-2, Une stratégie de vaccination* [en ligne], 9 juillet 2020, p. 7. [Consulté le 29 septembre 2020] Disponible sur internet : <https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/avis_vaccins_9_juillet_2020_-_care_-_conseil_scientifique_-_comite_vaccin.pdf>. Contribution postérieure à notre intervention.

COVID-19 puisse être développé dans d'autres États à la suite d'un essai clinique fondé sur ce dispositif.

Dans ces études fondées sur le challenge infectieux, plusieurs questions se posent au regard des principes éthiques exposés précédemment, et toutes interrogent l'intérêt et la protection de la personne dans une situation d'urgence. Nous proposons de nous attarder sur trois de ces problématiques.

D'abord, sur le consentement libre et éclairé du sujet des essais cliniques, premier principe cité par le Code de Nuremberg et aujourd'hui imposé aux articles L. 1122-1 et suivants du Code de la santé publique. Dans leur article, Stanley A. Plotkin et Arthur Caplan, respectivement médecin et consultant et professeur de bioéthique, soutiennent que ce consentement est possible. Selon eux, « il est normalement odieux de provoquer délibérément une maladie chez l'homme, mais demander à des volontaires de prendre des risques sans pression ni coercition n'est pas de l'exploitation, mais un acte d'altruisme »¹⁹. Mais le consentement est-il éclairé et intègre lorsqu'il s'agit de se faire injecter une maladie apparue il y a seulement quelques mois, pour laquelle il n'existe aucun traitement curatif avéré, et dont les effets à moyen et long termes ne sont pas connus ? Si le consentement est certes une condition de la participation à un essai clinique, peut-il réellement être donné dans le but d'introduire dans son organisme une maladie, d'autant plus lorsqu'elle est aussi nouvelle ?

Ensuite, sur le rapport bénéfice/risque. L'article L. 1121-2, alinéa 3, du Code de la santé publique dispose qu'« aucune recherche impliquant la personne humaine ne peut être effectuée [...] si le risque prévisible encouru par les personnes qui se prêtent à la recherche est hors de proportion avec le bénéfice escompté pour ces personnes ou l'intérêt de cette recherche ». Par ailleurs, l'Organisation mondiale de la Santé indique que, dans le cadre d'un essai clinique avec un challenge infectieux, le rapport bénéfice/risque doit être évalué particulièrement rigoureusement et devrait être plus largement recherché en prenant en compte trois groupes : la société, les participants et les tiers contacts des participants²⁰.

Si la COVID-19 est une maladie potentiellement létale, les soutiens du challenge infectieux avancent que seules des personnes appartenant à des groupes ne développant pas de formes graves de la maladie et à des catégories particulièrement exposées au virus par leur travail ou leur mode de vie seront intégrées à l'essai²¹. Mais il est à noter qu'à court terme, les personnes qui développeraient toutefois la maladie ne pourraient pas

¹⁹ S. A. PLOTKIN, A. CAPLAN, *loc. cit.* : « *Deliberately causing disease in humans is normally abhorrent, but asking volunteers to take risks without pressure or coercion is not exploitation but benefitting from altruism* ».

²⁰ ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTE, *Key criteria for the ethical acceptability of COVID-19 human challenge studies* [en ligne], 6 mai 2020. [Consulté le 29 septembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.who.int/ethics/publications/key-criteria-ethical-acceptability-of-covid-19-human-challenge/en/>>.

²¹ S. A. PLOTKIN, A. CAPLAN, *loc. cit.* ; N. EYAL, M. LIPSITCH, P. G. SMITH, *loc. cit.*

bénéficiaire d'un traitement curatif²². Le risque qu'encourent les participants est donc existant et non-négligeable, dans son rapport avec le bénéfice qui pourrait être tiré dans l'intérêt de la recherche. Ainsi, le risque est essentiellement porté par l'individu participant à l'essai clinique. En revanche, cette même personne ne tirerait aucun bénéfice direct du challenge infectieux ; l'essai clinique bénéficierait plutôt à la société – trouver un vaccin pour protéger la population. Cela interroge sur l'équilibre difficilement évaluable entre le risque encouru et le bénéfice escompté.

Enfin, et cela s'inscrit dans la continuité de la réflexion que nous venons de faire, l'article L. 1121-2, alinéa 6, du Code de la santé publique dispose que « L'intérêt des personnes qui se prêtent à une recherche impliquant la personne humaine prime toujours les seuls intérêts de la science et de la société ». Or, en considérant la mise en balance du bénéfice tiré par la société et du risque porté par l'individu, nous avons précisément vu que l'intérêt de la personne se trouvait affecté, notamment parce que les risques de contracter une forme sévère de la maladie ne sont pas nuls, et qu'aucun traitement curatif n'existe. Dans le cas du challenge infectieux, l'intérêt de la personne se trouve précisément atteint afin de servir les intérêts de la société : trouver un vaccin pour, *in fine*, mettre fin à une crise mondiale.

Il est intéressant d'observer que ce dernier point s'inscrit dans la recherche d'un équilibre que l'on retrouve plus largement en droit de l'urgence, entre intérêt de la collectivité d'une part, et intérêts personnels des individus de l'autre. Mais, en plaçant précisément la personne humaine au centre des intérêts à protéger, les règles encadrant les essais cliniques permettent de trouver un équilibre peut-être différent, en temps d'urgence, de celui qui cherche à concilier les intérêts des personnes privées et les impératifs publics.

²² Cet argument a par exemple été avancé dans l'avis précité du Comité analyse recherche et expertise, Comité scientifique COVID-19 et Comité Vaccin COVID-19.

Droit de l'urgence et droit des entreprises en difficulté

David LEMBERG

Doctorant en droit privé à l'École de Droit de la Sorbonne (IRJS)

Enseignant-chercheur à CY Université de Cergy-Pontoise

L'objet de ce séminaire est de réfléchir aux conséquences que l'urgence peut produire sur le droit ordinaire. Les exemples historiques montrent en effet que des dispositions, pensées comme des réponses temporaires à une situation de crise, ont finalement intégré durablement l'ordre juridique. Par ailleurs, réfléchir au droit de l'urgence amène à se demander ce qui peut caractériser un tel droit. Parmi les hypothèses évoquées, le droit de l'urgence peut consister en une suspension des règles ordinaires durant une période déterminée, parfois appelée période protégée. Concrètement, des délais pour agir ou encore l'exécution de certaines obligations seront suspendus. D'une certaine manière, le droit cesse de s'appliquer pendant la période de l'urgence. Au contraire, le droit de l'urgence peut aussi engendrer l'application d'un droit dérogatoire correspondant aux besoins provoqués par la situation. Dans cette hypothèse, le droit est moins suspendu qu'adapté aux circonstances.

Le droit des entreprises en difficulté semble emprunter aux deux types d'effets possibles du droit de l'urgence. Les ordonnances du 27 mars 2020 et du 20 mai 2020 contiennent à la fois des dispositions qui suspendent les délais ou les obligations ordinaires mais aussi des règles dérogatoires au droit commun. Parmi ces règles dérogatoires il faut remarquer que certaines dispositions semblent également relever d'une forme d'expérimentation du droit qui peut interroger.

Au titre des délais modifiés, on peut citer l'allongement de la durée de la période d'observation¹ ou la possibilité pour le tribunal d'allonger la durée de l'exécution des plans de sauvegarde ou de redressement². Au titre de la suspension des obligations ordinaires, après l'entrée en vigueur de l'état d'urgence sanitaire, l'obligation faite au débiteur de demander l'ouverture de redressement judiciaire en cas de cessation des paiements est suspendue³.

S'agissant cette fois des règles dérogatoires au droit commun, applicables durant la période d'urgence, on peut évoquer, en cas de conciliation judiciaire, la possibilité pour le débiteur de demander au président du tribunal d'appliquer les règles de la suspension

¹ Ord. n° 2020-341 du 27 mars 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles à l'urgence sanitaire et modifiant certaines dispositions de procédure pénale, art. 2, II, 1^o.

² Ord. n° 2020-596 du 20 mai 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de COVID-19, art. 5, I.

³ Ord. n° 2020-341 du 27 mars 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles à l'urgence sanitaire et modifiant certaines dispositions de procédure pénale, art. 1, I, 1^o.

des poursuites et des paiements à un créancier qui refuserait de suspendre l'exigibilité de sa créance pendant la procédure⁴.

Enfin, une disposition mérite particulièrement l'attention. L'ordonnance du 20 mai 2020 a prévu que « Les personnes qui consentent un nouvel apport de trésorerie au débiteur pendant la période d'observation définie par l'article L. 621-3 du même code en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité et celles qui s'engagent, pour l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement arrêté ou modifié par le tribunal conformément aux dispositions des titres II et III du livre VI du Code de commerce, à effectuer un tel apport bénéficient du privilège de sauvegarde ou de redressement dans la limite de cet apport. » Il s'agit en quelque sorte d'un privilège de *post money* comparable au privilège de *new money* qui existe en droit positif en cas d'apport en trésorerie consenti lors d'une conciliation. Il faut remarquer que cette disposition s'applique « aux procédures ouvertes entre la date de son entrée en vigueur et celle de l'entrée en vigueur de l'ordonnance prévue par l'article 196 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises, et au plus tard jusqu'au 17 juillet 2021 inclus. »⁵ Autrement dit, il s'agit d'une disposition qui s'appliquera jusqu'à l'adoption d'une autre ordonnance que le gouvernement a été habilité à adopter afin de mettre en œuvre une réforme du droit des entreprises en difficulté. À cet égard, des dispositions adoptées sous l'empire des ordonnances de l'état d'urgence sanitaire sont l'occasion d'expérimenter des dispositions nouvelles. L'adoption ultérieure de l'ordonnance pour laquelle le gouvernement a été habilité sera alors l'occasion de confirmer ou de corriger ces dispositions. On constate ainsi qu'une disposition adoptée sous l'empire du droit de l'urgence a vocation à s'appliquer au-delà de la situation d'urgence.

En d'autres termes, le droit de l'urgence devient un droit de l'expérimentation. Cette expérimentation peut interroger s'agissant de la place laissée au législateur. Le gouvernement a déjà été habilité à modifier le droit des entreprises en difficulté. Avant même de rendre son ordonnance, le voilà ainsi habilité à expérimenter le droit nouveau. La méthode n'est pas forcément mauvaise mais à force il est possible de se demander si le gouvernement ne se substituerait pas excessivement au législateur. En toute hypothèse, cette situation confirme que le droit adopté afin de faire face à une situation d'urgence peut perdurer bien au-delà de cette situation.

⁴ Ord. n° 2020-596 du 20 mai 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de COVID-19, art. 2, II.

⁵ Ord. n° 2020-596 du 20 mai 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de COVID-19, art. 10, II.

COVID-19 : un tournant du droit du travail ou une réponse à l'urgence de la situation ?

Pascal LOKIEC

Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne

Bien que la deuxième vague que nous subissons actuellement n'ait pas provoqué les réactions juridiques de la première vague et qu'il soit plus difficile de parler de droit de l'urgence après neuf mois de crise, la question est posée de la pertinence d'un droit « spécial » pour gérer les situations de crise. Il n'est pas rare que le droit prévoie des dérogations aux règles applicables, en cas de circonstances exceptionnelles. L'essentiel des dispositifs aujourd'hui mobilisés pour gérer la crise de la COVID-19 dans les entreprises accueillent ce type de dérogation : le temps de travail (art. 1^{er} de la directive de 2003/88/CE), le télétravail (art. L. 1222-11 C. trav.) ou encore l'activité partielle (art. R 5122-1 C. trav.). Il est plus rare de voir un corpus normatif aussi dense et dérogoire se dessiner en aussi peu de temps, avec de profonds changements par rapport au droit existant.

Qui n'aura pas remarqué, en ce sens, que l'inclinaison libérale qu'a prise le droit du travail depuis plus de dix ans a soudainement été stoppée par la crise de la COVID-19 ? L'État, dont l'interventionnisme avait été contré par un appel à la négociation d'entreprise dans les vingt dernières années, est soudainement revenu au centre du jeu, les enjeux sanitaires et sociaux étant devenus prioritaires par rapport aux questions économiques. Si on regarde de plus près, les équilibres ont été fortement perturbés. Les métiers les plus dévalorisés habituellement se sont avérés les plus essentiels, le domicile est devenu le lieu de travail normal, l'information-consultation a pu se faire *a posteriori*, des pays qui avaient libéralisé le licenciement il y a peu l'ont interdit, le fait qu'un employeur exige la prise de température de ses salariés est devenu presque acceptable... Derrière ces exemples, on peut repérer plusieurs phénomènes majeurs dont on peut se demander s'ils sont le signe d'un droit du travail de l'urgence, par définition éphémère, ou s'ils manifestent un changement de cap.

Premier phénomène majeur, le retour de l'État. On a vécu avant la crise de la COVID-19 l'avènement d'un État de type procédural, c'est-à-dire un État qui prétend de moins en moins définir le contenu des règles de droit et préfère renvoyer aux partenaires sociaux la charge de le définir, quitte à fixer un cadre général (définition des règles de conclusion des accords ; sélection des acteurs admis à négocier par le biais de critères de représentativité ; respect des droits fondamentaux et des principes fondamentaux du droit du travail, etc.). La crise du coronavirus réhabilite un État interventionniste qui lutte contre les licenciements en facilitant l'activité partielle, en interdisant dans certains pays les licenciements, en demandant aux entreprises bénéficiaires de l'activité partielle

de ne pas distribuer de dividendes ou en imposant le télétravail. Autrement dit, le droit du travail qui avait ces dernières années promu la loi supplétive, réhabilite l'ordre public au sens le plus fort du terme car, sur un certain nombre de sujets, les dispositions adoptées en urgence durant la crise de la COVID-19 ne souffrent aucune dérogation par accord collectif, que ce soit en faveur ou en défaveur des salariés. Aux mesures exceptionnelles adoptées lors du premier confinement, les partenaires sociaux ne pouvaient opposer un accord collectif en cours d'application : un accord de RTT, des jours de repos conventionnels attribués dans le cadre d'un dispositif d'aménagement du temps de travail au-delà de la semaine, un accord aménageant le nombre de réunions en visioconférences, un accord de méthode sur l'information-consultation...

Deuxième phénomène, directement lié au premier car le dispositif repose sur une indemnisation par des fonds publics, le recours massif à l'activité partielle, peu utilisée jusqu'à présent pour répondre aux crises économiques, à commencer par celle de 2008. Le choix a été, cette fois-ci, d'en faire l'instrument principal de protection de l'emploi des salariés, avec des sommes colossales investies dans le dispositif. L'idée est d'entrer dans une logique de licenciement ultime mesure en dissuadant les entreprises de se séparer définitivement de leurs salariés. L'activité partielle ne nous prémunira toutefois pas contre des suppressions d'emplois, dans les petites entreprises avec une définition des difficultés économiques qui permet désormais de licencier sur la base d'un ou deux trimestres de baisse de chiffre d'affaires ou de commandes dans les PME, dans les plus grandes entreprises sur la base d'un plan de sauvegarde de l'emploi ou d'une rupture conventionnelle collective (possible quelle que soit la taille de l'entreprise mais plus ciblée vers les entreprises d'une certaine taille). Malgré ces compressions d'effectifs dont on peut craindre qu'elles se multiplient dans les semaines et mois à venir, force est de constater que la France, comme ses pays voisins, a laissé de côté, sans doute provisoirement, la philosophie de la flexicurité vers laquelle elle était attirée depuis plusieurs années.

Troisième phénomène, toujours très lié au premier, la multiplication de régulations de type droit « mou » sous l'impulsion de l'État. La crise de la COVID-19 a conduit le gouvernement à multiplier les « questions-réponses » et autres protocoles sanitaires à l'attention des entreprises et salariés. L'État se fait donc interventionniste, allant parfois jusqu'à prendre des positions dans les questions-réponses dont on aurait pu s'attendre à ce qu'elles soient l'œuvre de la mission interprétative de la jurisprudence. Mais la norme se fait plus technique, et n'emprunte pas les instruments traditionnels du droit. L'obligation pour les entreprises de mettre leurs salariés en télétravail total, lorsque cela est compatible avec leur fonction, a ainsi pris pour support un simple protocole sanitaire. Avec des questions de normativité particulièrement complexes ! Assimilé à des « recommandations » par le Conseil d'État dans sa décision du 19 octobre 2020, le protocole sanitaire ne peut sans doute pas servir de fondement pour engager la responsabilité d'un employeur qui aurait mis son salarié en danger d'être contaminé par le virus en lui refusant le télétravail. Mais conçu par le Conseil d'État lui-même comme

une déclinaison de l'obligation de sécurité de l'employeur, son non-respect pourrait indirectement suffire à engager la responsabilité de ce dernier. Quelle marge d'appréciation pour le juge en cas de non-respect d'une simple recommandation, alors cependant que l'obligation de sécurité est sous-jacente ? Très rapide et simple dans son mode d'élaboration, ce type d'instrument, aux contours incertains, a-t-il vocation à constituer un modèle pour l'élaboration d'un droit de l'urgence ?

Quatrième phénomène, un renversement dans la hiérarchie des valeurs. On a eu tendance, ces dernières années, à délaissier la question du travail au profit de celle de l'emploi. La question des conditions de travail, qui était déjà revenue sur le devant de la scène avec les problèmes de santé mentale (voir dernièrement le débat sur le harcèlement institutionnel dans l'affaire des suicides chez France Télécom), est revenue en force avec l'épidémie de COVID-19. À travers d'une part les questions de santé et sécurité, d'autre part l'appréciation de la valeur travail. On a pris conscience de ce que les métiers de proximité se situent en bas de l'échelle des salaires : livreurs, conducteurs, postiers, caissiers, logisticiens, éboueurs, personnels de ménage, fonctionnaires de catégorie B et C... Leur revalorisation, sur le modèle du Ségur de la santé (dont le résultat est très contesté), constituera un enjeu essentiel des mois et années à venir.

Cinquième phénomène, l'explosion de la problématique de la surveillance, fortement encouragée par le recours massif au télétravail. Ce mode de travail n'est réalisable, dans la plupart des cas, que moyennant une connexion internet irréprochable. Malgré les énormes progrès accomplis dans ce domaine, la fracture numérique est une réalité qu'il faut continuer à résorber. À cela s'ajoutent les risques liés aux nouvelles technologies dont les potentialités sont telles aujourd'hui qu'elles peuvent aboutir à une surveillance disproportionnée : logiciels de *keylogging* (contrôle des mouvements de la souris et des frappes sur le clavier), captures d'écran à distance, mise en route de la webcam à distance... Le principe de proportionnalité, auquel le droit du travail s'est de plus en plus accoutumé au fil des années, prend tout son sens en contexte de crise sanitaire. Des restrictions qui seraient inacceptables en temps normal le deviennent lorsque la santé et la sécurité sont gravement menacées. La pandémie a mis au jour des pratiques nouvelles dans les entreprises, qui interpellent : prise de température corporelle des salariés et visiteurs, questionnaires médicaux, voire le cas de cet entrepreneur qui avait organisé dans son entreprise la prescription de chloroquine à ses salariés. Les certitudes sur les impossibilités de poser des questions liées à la vie privée sont aujourd'hui questionnées, tout comme les règles de traitement automatique des données personnelles, quasiment incompressibles lorsqu'elles concernent la santé. Les principes de transparence et de proportionnalité qui régissent, en France comme dans beaucoup de pays, ce type de pratiques, devraient servir de garde-fou et faire comprendre que ce qui se justifie dans des circonstances exceptionnelles ne se justifiera plus demain.

À travers les différents phénomènes juridiques qui se manifestent au cours de la crise de la COVID-19, on voit bien qu'il est difficile de trancher entre ce qui peut relever d'un droit de l'urgence et ce qui constitue une tendance de fond. Les vieux réflexes reviennent généralement une fois l'urgence passée. Il n'en reste pas moins vrai que des sujets comme la revalorisation des métiers de proximité, le télétravail ou les excès de la surveillance sont des enjeux qui dépassent largement la temporalité – dont on peut craindre qu'elle soit bien plus longue qu'initialement escompté – de la crise de la COVID-19.

Aperçu des premières adaptations du droit social face à la pandémie

Flora DUFFAUD

*Doctorante en droit privé à l'École de Droit de la Sorbonne (IRJS)
ATER à l'Institut des sciences sociales du travail,
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

La mobilisation du droit social en urgence traduit une volonté d'absorber le choc économique de la COVID-19 en France comme ailleurs. Ainsi, au 22 juin dernier, près d'un million et demi de demandes d'activité partielle avaient été déposées.

Face à la pandémie, adapter certaines normes était nécessaire tant dans l'exercice du travail qu'en cas d'interruption ou d'arrêt définitif de l'activité. Par exemple, la non-reconduction de certains contrats et l'annulation de nombreuses embauches sont à l'origine de l'aménagement des règles de l'assurance chômage. En matière contentieuse, les premières décisions ont porté sur la prorogation des mandats des conseillers prud'hommes¹ et la suspension de délais procéduraux comme dans d'autres disciplines.

L'analyse des mesures prises depuis le mois de mars permet de dégager les niveaux de régulation et les moyens plébiscités pour soutenir l'activité professionnelle et gérer les cas de contamination au travail.

Niveaux de régulation

Le début de la crise a été marqué par une intervention étatique forte, notamment au sujet des protocoles sanitaires et de la réforme de l'activité partielle. Souvent, plusieurs nouveaux textes entraient en vigueur au cours d'une même semaine. Depuis, la négociation collective est revenue sur le devant de la scène avec un champ élargi. La nouvelle forme d'activité partielle « en cas de réduction d'activité durable »² repose sur la conclusion d'un accord collectif. Les accords d'établissement, de groupe ou d'entreprise ont de nouvelles prérogatives comme la fixation du nombre maximal de renouvellements d'un contrat à durée déterminée³.

¹ Ordonnance n° 2020-388 du 1^{er} avril 2020 relative au report du scrutin de mesure de l'audience syndicale auprès des salariés des entreprises de moins de onze salariés et à la prorogation des mandats des conseillers prud'hommes et membres des commissions paritaires régionales interprofessionnelles.

² Loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, article 53 ; décret n° 2020-926 du 28 juillet 2020 relatif au dispositif spécifique d'activité partielle en cas de réduction d'activité durable.

³ Loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, article 41.

Pour faciliter la mise en place de certaines mesures d'urgence dans l'entreprise, des possibilités de consultation du comité social et économique (CSE) *a posteriori* ont été validées, notamment en matière d'organisation du temps de travail⁴.

Organisation de l'activité professionnelle

Les effets de la crise sanitaire entrent en résonance avec des problématiques travaillistes préexistantes. Le confinement a bouleversé la séparation entre vie professionnelle et vie personnelle pour de nombreux salariés devenus télétravailleurs du jour au lendemain. En effet, la « menace d'épidémie »⁵ permet d'organiser le télétravail sans dispositif antérieur ni accord des parties au contrat.

Ce bond en avant précipité amplifie les problèmes relatifs à la fracture numérique, au contrôle de l'employeur et au cloisonnement du temps consacré au travail. Pour tenter de les résoudre, les organisations syndicales impulsent la conclusion d'un nouvel accord national sur le télétravail dont le principe est en cours de discussion.

Certaines personnes ont également dû interrompre leur activité pour garder leurs enfants. Face à la nécessaire prise en charge immédiate de ces périodes d'arrêt et à l'absence de dispositif *ad hoc*, le régime de l'assurance maladie s'est appliqué avant de basculer sur celui de l'activité partielle dès le 1^{er} mai dernier (pour les salariés).

Contaminations au travail

De nombreux salariés ne pouvant pas télétravailler ont contracté le coronavirus en exerçant leurs fonctions. La possibilité de bénéficier du régime de la maladie professionnelle, permettant une meilleure indemnisation sur le plan des soins médicaux et des indemnités journalières, a rapidement été annoncée pour le personnel soignant. L'absence d'un tel dispositif pour les autres travailleurs « en première ligne » a posé question, d'autant plus qu'il s'agissait parfois de personnes aux revenus relativement modestes. En réaction, le Gouvernement s'est engagé à mettre en place une reconnaissance facilitée du caractère professionnel de la maladie pour ces derniers (par le biais d'une expertise devant un comité réduit) et automatique pour certains soignants gravement affectés. Un décret⁶ du 14 septembre dernier officialise la possibilité de reconnaître la COVID-19 en tant que maladie professionnelle.

Les nombreux *clusters* estivaux dans les secteurs de l'agriculture et du tourisme reflètent la particulière vulnérabilité de certains travailleurs, notamment saisonniers, face à ce nouveau risque. La protection sociale des travailleurs indépendants est également montrée du doigt depuis le début de la crise.

⁴ Ordonnance n° 2020-323 du 25 mars 2020 portant mesures d'urgence en matière de congés payés, de durée du travail et de jours de repos, articles 5 à 7.

⁵ Code du travail, article L. 1222-11.

⁶ Décret n° 2020-1131 du 14 septembre 2020 relatif à la reconnaissance en maladies professionnelles des pathologies liées à une infection au SARS-CoV2.

En conclusion, les techniciens du droit social ont adapté des mécanismes préexistants en urgence pour assurer à la fois la préservation de l'activité des entreprises et des ressources des travailleurs, fidèlement à l'esprit de la discipline, avant d'en faire émerger de nouveaux. Ces mesures ont précipité des questionnements sur certains sujets de fond comme le numérique ou la vulnérabilité.

La tension reste palpable dans les secteurs fortement sinistrés comme la culture ou l'aéronautique. Deux inconnues principales sont la durée de maintien des mesures dérogatoires et l'effectivité des nouvelles possibilités de négociation, alors même que la mesure de l'audience syndicale dans les entreprises de moins de onze salariés a été reportée à 2021⁷.

⁷ V. *supra*, note n° 1.

Le droit de l'urgence et les finances publiques

Matthieu CONAN

Professeur agrégé de Droit public à l'École de Droit de la Sorbonne

Co-directeur de Sorbonne Fiscalité & Finances publiques (IRJS)

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Le droit des finances publiques se veut par définition un droit de l'urgence dans la mesure où l'adoption de la loi de finances annuelle s'inscrit dans un processus temporellement contraint voulu par l'article 47 de la Constitution : le Parlement dans le cadre du texte du 4 octobre 1958 dispose de 70 jours pour se doter de son budget annuel¹, dispositif qui illustre le plus significativement le parlementarisme rationalisé du régime de la V^e République en rupture totale avec les pratiques budgétaires antérieures. La modernisation des procédures budgétaires opérée par la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) en date du 1^{er} août 2001 permet aujourd'hui à l'État de répondre efficacement à l'urgence consécutive à cette crise sanitaire du printemps 2020, signifiant en cela la parfaite adéquation de l'ordonnancement juridique en la matière. Il s'agit là, à n'en pas douter, du premier enseignement à retirer de l'analyse de la situation présente, sans qu'il faille cependant considérer que cette logique procède de la nouveauté : un tel état des lieux avait déjà pu être effectué au regard de la crise dite des *subprimes* d'octobre 2008 qui avait déjà pu très sérieusement ébranler nos finances publiques. Le droit budgétaire, étendu d'ailleurs au droit de la comptabilité publique, a parfaitement su apporter en temps et en heure, selon un processus gradué et adapté, les réponses efficaces et proportionnées qu'imposaient les nécessités de l'urgence, ce qu'il conviendra de mettre en avant dans un premier temps (I). Si nouveauté il y a au regard de l'urgence générée par la crise sanitaire, elle sera à rechercher à l'échelon du droit européen : elle se veut constituer dans la réactivité dont ont pu faire preuve les instances de l'Union européenne (UE) dans leur prise de décisions de nature à conditionner et à conforter les décisions arrêtées au niveau national, ce qu'il conviendra de présenter dans un second temps (II).

I. Un droit des finances publiques parfaitement bien adapté et rodé aux nécessités immédiates de l'urgence

La souplesse et l'adaptabilité du cadre budgétaire constituent des caractéristiques assez peu souvent mises en avant, mais pourtant bien réelles : la loi de finances initiale systématiquement adoptée et promulguée avant le 1^{er} janvier de l'année considérée, est susceptible de modification par l'adoption d'une loi de finances rectificative qui sait

¹ À défaut, les dispositions du projet de loi peuvent être mises en vigueur par ordonnance.

répondre aux nécessités de l'urgence immédiate en quelques jours. La « loi du 16 octobre 2008 de finances rectificative pour le financement de l'économie » est restée dans les annales comme un modèle de réactivité de l'État français à cette crise financière venue d'outre-Atlantique et qui menaça à l'époque l'ensemble du système bancaire de la planète : déposé le lundi 13 octobre sur le bureau de l'Assemblée nationale, le projet de loi de finances (PLF) rectificative se voyait adopté en 1^{re} lecture le lendemain par les députés, puis le mercredi 15 octobre par les sénateurs, sans modification ; promulguée le jeudi, la loi était tout simplement publiée le vendredi au *Journal officiel*², soit au terme d'une période de cinq jours. La LOLF venait de faire la preuve de la justesse des choix qui avait été opérés quelques années avant et les lois de finances rectificatives se succédèrent les unes après les autres au cours de l'année 2009 pour répondre aux adaptations de la donne budgétaire annuelle en réponse à l'évolution de la crise³. Ce sont ces mêmes lois de finances rectificatives qui sont intervenues pour faire face à l'urgence de la crise sanitaire actuelle, puisque trois textes ont été adoptés entre mars et juillet 2020 suivant en cela des objectifs fondamentalement distincts mais parfaitement ciblés. Si, pour mémoire, les mesures de confinement intervenaient le 17 mars 2020, le dépôt du premier PLF rectificative sur le bureau de l'Assemblée nationale se faisait le lendemain, le 18 mars⁴, pour une promulgation, là encore quelques jours plus tard, le 23 mars 2020⁵. Celui du deuxième PLF rectificative intervenait le 15 avril 2020⁶, pour une promulgation le 25 avril 2020⁷. Quant au troisième PLF rectificative, il était déposé le 10 juin 2020⁸ et la loi promulguée le 30 juillet 2020⁹.

Le premier texte va traduire les mesures d'aide de l'État du « *quoiqu'il en coûte* » correspondant aux engagements du Président de la République dans son discours du 12 mars 2020 : ces dépenses supplémentaires sont inscrites, en termes de nomenclature budgétaire, dans une nouvelle mission « plan d'urgence face à la crise sanitaire » comprenant deux nouveaux programmes « prise en charge du dispositif exceptionnel de chômage partiel à la suite de la crise sanitaire » et « fonds de solidarité pour les entreprises à la suite de la crise sanitaire », dotés de 6,5 milliards d'euros d'autorisations budgétaires nouvelles. La création d'un fonds de solidarité pour les entrepreneurs, commerçants et artisans interviendra par ordonnance dès le 25 mars 2020¹⁰, dont les

² *JORF* du 17 octobre 2008.

³ Loi n° 2009-122 du 4 février 2009 de finances rectificative pour 2009, loi n° 2009-431 du 20 avril 2009 de finances rectificative pour 2009, loi n° 2009-1674 du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009.

⁴ Assemblée nationale doc. n° 2758, 15^e législature.

⁵ Loi n° 2020-289 du 23 mars 2020 de finances rectificative pour 2020, *JORF* du 24 mars 2020.

⁶ Assemblée nationale doc. n° 2820, 15^e législature.

⁷ Loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020, *JORF* du 26 avril 2020.

⁸ Assemblée nationale doc. n° 3074, 15^e législature.

⁹ Loi n° 2020-935 du 30 juillet 2020 de finances rectificative pour 2020, *JORF* du 31 juillet 2020.

¹⁰ Ordonnance n° 2020-317 portant création d'un fonds de solidarité à destination des entreprises particulièrement touchées par les conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie de COVID-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation, *JORF* du 26 mars 2020.

conditions seront précisées immédiatement par décret en date du 30 mars 2020¹¹. La loi adoptée à l'unanimité entérine parallèlement les premières baisses de recettes (10,8 milliards d'euros) partiellement compensées par des amendes exceptionnelles (3,5 milliards d'euros)¹². Dans son article 6, le législateur vient préciser que la garantie de l'État peut être accordée aux prêts consentis par les établissements de crédits aux sociétés non financières immatriculées en France à compter du 16 mars et jusqu'au 31 décembre 2020 inclus, dans la limite assez prodigieuse d'un encours total de 300 milliards d'euros.

Le deuxième texte vient pour sa part mesurer à un niveau beaucoup plus justement chiffré les conséquences de la crise sanitaire en ajustant à la hausse les niveaux de l'aide nécessitée par les circonstances (le plan d'urgence se voit abonder d'autorisations budgétaires supplémentaires de 37,2 milliards d'euros, quand les recettes de l'État sont parallèlement amputées de 40,34 milliards d'euros). Les dispositifs antérieurs de recours au chômage partiel et au fonds de solidarité se veulent amplifiés¹³ ; un troisième programme « renforcement exceptionnel des participations financières de l'État dans le cadre de la crise sanitaire » doté de 20 milliards d'euros est créé au sein de la nouvelle mission.

Le troisième texte, de plus en plus élaboré, anticipe sur le plan de relance de l'économie en préparation dans le cadre du projet de loi de finances pour 2021 en intégrant en particulier plusieurs plans de soutien à différents secteurs économiques en difficulté comme l'automobile et l'aéronautique ; un certain nombre de mesures financières à destination des collectivités territoriales y figurent tout autant¹⁴. La mission « plan d'urgence à la crise sanitaire » est dotée de nouvelles dotations à hauteur de pratiquement 9 milliards d'euros dont 3,9 milliards au titre d'un nouveau programme intitulé « compensation à la sécurité sociale des allègements de prélèvements pour les entreprises les plus touchées par la crise sanitaire ». Parallèlement, sont entérinées de nouvelles baisses de recettes pour l'État d'un montant de 22,83 milliards d'euros dont plus de 8 milliards d'euros au titre de la TVA après des premières projections déjà dépréciées à hauteur de 3 milliards et de 12 milliards dans les deux premières lois de finances rectificatives pour cette seule imposition.

¹¹ Décret n° 2020-371 relatif au fonds de solidarité à destination des entreprises particulièrement touchées par les conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie de COVID-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation, *JORF* du 31 mars 2020.

¹² Le lecteur se référera avec profit ici au dossier spécial « La crise sanitaire et les finances publiques » de la Revue *Gestion & Finances publiques*, n° 3 de mai/juin 2020 : « Repères d'actualité des finances et de la gestion publiques – Spécial COVID-19 en mars 2020 », pp. 134-135.

¹³ Dossier spécial « La crise sanitaire et les finances publiques », Revue *Gestion & Finances publiques* n° 3, *op.cit.* : « Repères d'actualité des finances et de la gestion publiques – Spécial COVID-19 en avril 2020 », pp. 142-143.

¹⁴ Dossier spécial « La crise sanitaire et les finances publiques », Revue *Gestion & Finances publiques* n° 4, juillet/août 2020 : « Repères d'actualité des finances et de la gestion publiques – Spécial COVID-19 en juin 2020 », p. 138.

Le législateur en termes de finances sociales, s'il n'a pas eu recours dans la période à une loi de financement de la sécurité sociale rectificative, n'en est pas moins intervenu, anticipant en cela la dégradation très importante des comptes sociaux et plus spécifiquement la nécessité de devoir permettre la reprise de la dette sociale par la CADES ; entre en ligne de compte aussi la création d'une cinquième branche à la sécurité sociale constituée par la prise en charge de la perte d'autonomie : deux textes, dont une loi organique, en date du 7 août 2020, sont ainsi intervenus¹⁵, de nature à faciliter la mise en œuvre du projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2021 présenté par le gouvernement le 29 septembre 2020 et dont l'objet principal sera de mettre en œuvre les engagements du « Ségur de la santé » négocié durant l'été au regard des enseignements à retirer précisément de la crise sanitaire.

À noter enfin que les autorités gouvernementales n'ont pas hésité à faire évoluer le cadre réglementaire applicable par les comptables publics, que cela concerne logiquement les facilités susceptibles d'être accordées aux redevables pour le paiement de leurs impôts¹⁶ ou que cela se veuille en lien direct avec leur propre exercice professionnel dans l'appréciation de la mise en œuvre de leur responsabilité personnelle et pécuniaire en cas de force majeure que constitue l'épidémie de COVID-19 : par voie d'ordonnance et en urgence par conséquent ici dans ce dernier cas¹⁷.

II. Un droit des finances publiques directement conditionné et conforté par le degré de réactivité des instances européennes

La capacité de la France à pouvoir agir comme elle l'a fait a tout simplement aussi été directement conditionnée par la réactivité parallèle des instances européennes à faire face à l'urgence de la situation en les déliant provisoirement de leurs obligations souscrites dans le cadre du Pacte de stabilité et de croissance (PSC), ce qu'elles ont su faire très tôt, dès le 23 mars 2020 :

« Dans le contexte sanitaire lié à l'épidémie de COVID-19 et sur proposition de la Commission, le Conseil de l'Union européenne a annoncé le 23 mars 2020 le déclenchement de la "clause dérogatoire générale". Introduite en 2011 dans le cadre de la réforme du Pacte de stabilité et de croissance, cette clause peut être activée dans le cas "d'une circonstance inhabituelle indépendante de la volonté de l'État membre concerné ayant des effets sensibles sur la situation financière des administrations publiques ou en période de grave récession économique affectant la zone euro ou l'ensemble de l'Union" (article 5 du règlement n° 1466/97 du Conseil du 7 juillet 1997). Cette clause ne suspend pas les procédures du Pacte

¹⁵ Loi organique n° 2020-991 relative à la dette sociale et à l'autonomie et loi n° 2020-992 relative à la dette sociale et à l'autonomie, *JORF* du 8 août 2020.

¹⁶ Cf., par exemple, décret n° 2020-987 du 6 août 2020 relatif à l'octroi par les comptables de la direction générale des finances publiques de plan de règlement aux redevables professionnels confrontés à la crise économique engendrée par l'épidémie de COVID-19, *JORF* du 7 août 2020.

¹⁷ Ordonnance n° 2020-326 du 25 mars 2020 relative à la responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics, *JORF* du 26 mars 2020.

de stabilité et de croissance. Néanmoins, elle permet aux États membres et à l'Union européenne de prendre et de coordonner des mesures budgétaires nécessaires pour faire face à la "circonstance inhabituelle" en s'écartant des exigences budgétaires normalement applicables. Dans le cas du volet préventif du Pacte de stabilité et de croissance, les États sont ainsi "autorisés, à s'écarter temporairement de la trajectoire d'ajustement en vue de la réalisation de l'objectif budgétaire à moyen terme [...] à condition de ne pas mettre en péril la viabilité budgétaire à moyen terme" (article 6 du règlement n° 1466/97 du Conseil du 7 juillet 1997). Par ailleurs, dans le cadre du volet correctif du Pacte (articles 3 et 5 du règlement (CE) n° 1467/97 du 7 juillet 1997), la clause permet notamment au Conseil de l'Union européenne de réviser une recommandation adressée à un État membre et de "prolonger, en principe d'un an, le délai prévu pour la correction du déficit excessif"¹⁸. »

La France, comme tous les États membres de l'UE, se doit, dans le cadre de l'application du Traité de Maastricht, de ne pas dépasser le seuil de 3 % de son PIB en termes de déficits publics ni celui de 60 % de son PIB en termes de dettes publiques. Après examen du troisième PLF rectificative pour 2020, le Haut Conseil des Finances publiques, compte tenu des mesures adoptées et de la dégradation économique engendrée par l'épidémie de COVID-19, « note que la prévision de déficit du Gouvernement s'établit à 11,4 points du PIB, un niveau jamais atteint depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale » et « constate que la prévision du ratio de la dette publique au PIB est révisée... de 22 points par rapport à la loi de finances initiale. Ce ratio dépasserait ainsi 120 points du PIB à la fin de l'année 2020 »¹⁹. Il convient de souligner ici dès lors le degré de dépendance de l'État français vis-à-vis des logiques européennes qui n'aura jamais été aussi fort. La crise sanitaire de 2020, comme le fit en son temps la crise financière des années 2008-2012, va nécessairement marquer un pas supplémentaire dans un schéma d'intégration de type fédéral propre aux finances publiques appréhendées à l'échelle de l'instauration d'une monnaie commune en Europe et nul doute que nous n'en n'avons pas vraiment tout à fait fini avec une politique d'austérité budgétaire imposée jusqu'alors par Bruxelles.

Les logiques de politique monétaire propres à la Banque centrale européenne (BCE) se veulent précisément tout autant décisives à ce stade et il est bien évident que les décisions qui ont, là encore, été arrêtées très rapidement et à des niveaux financiers jamais atteints par rapport à l'urgence de la situation, ont autorisé d'autant plus les États à agir facilement et efficacement. Si l'annonce initiale par la BCE d'une intervention à hauteur de 120 milliards d'euros le 12 mars 2020 est apparue comme bien trop en deçà des attentes suscitées en la matière face à la crise sanitaire, l'évocation, quelques jours plus tard, le 18 mars 2020, du lancement d'un nouveau programme d'achats d'urgence

¹⁸ Avis du Haut Conseil des Finances publiques n° 2020-2, en date du 14 avril 2020, relatif aux prévisions macroéconomiques associées au programme de stabilité pour l'année 2020 et au deuxième projet de loi de finances rectificative pour 2020, p. 12 § n° 48.

¹⁹ Avis du Haut Conseil des Finances publiques n° 2020-4, en date du 8 juin 2020, relatif au troisième projet de loi de finances rectificative pour 2020, p. 15 § n° 56 et § n° 59.

de titres des secteurs public et privé pour une enveloppe de 750 milliards d'euros (« *pandemic emergency purchase program* », PEPP) a été de nature à amplement rassurer les marchés financiers : cela fut d'autant plus que le 4 juin 2020, la BCE décidait d'augmentait de 600 milliards d'euros la taille de son programme. Elle poursuit par ailleurs sa politique monétaire reposant sur une baisse de ses taux initiée depuis 2008 et en particulier celui du taux de refinancement qui incite les banques à accroître leur activité de prêt tant à destination des entreprises que des particuliers de la zone euro. La BCE a ainsi pu annoncer par exemple le 30 avril 2020 que le taux d'intérêt de ces opérations de refinancement à long terme ciblées (« *targeted longer-term refinancing operations* », TLTRO III) passerait à -1 % pendant la période allant du 1^{er} juin 2020 au 1^{er} juin 2021, taux négatif par conséquent particulièrement incitatif.

Ces annonces de politique monétaire de la BCE sont aussi à rapprocher des accords, certes âprement négociés entre États membres mais bien présents au final, quant à l'adoption d'un plan de relance à l'échelle de l'UE : le 9 avril 2020, intervenait un premier accord entre ministres des finances européens réunis dans le cadre de l'Eurogroupe pour mobiliser jusqu'à 540 milliards d'euros (mesures de chômage partiel soutenues par la Commission européenne à hauteur de 100 milliards, prêts aux entreprises accordés par la Banque européenne d'investissement jusqu'à 200 milliards, et lignes de crédits ouvertes aux États en difficulté financière par le Mécanisme européen de stabilité pouvant mobiliser 240 milliards) ; le 21 juillet 2020, le Conseil des chefs d'États et de Gouvernement de l'UE s'entendait sur un effort de relance de 750 milliards d'euros destinés à aider les États à faire face à la crise provoquée par l'épidémie de COVID-19, en même temps qu'il arrêtaient les contours des budgets de l'UE sur la période 2021-2027 pour une enveloppe globale de 1 074 milliards d'euros. Ces négociations auront été l'occasion d'enregistrer certaines évolutions importantes sur le fond, comme la perspective pour la Commission de pouvoir emprunter sur les marchés jusqu'à hauteur des 750 milliards du plan de relance. Les capitaux ainsi levés devront être remboursés au plus tard en 2058.

Ce lundi 27 septembre 2020 a été présenté et arrêté en Conseil des ministres le projet de loi de finances pour 2021. Il s'inscrit dans le prolongement direct du processus précédemment décrit et parfaitement bien huilé pour répondre aux impératifs de l'urgence : le PLF pour 2021 reprend, ajuste ou amplifie les mesures définies dans le cadre des trois lois de finances rectificatives intervenues pour répondre à l'urgence sanitaire ; le PLF pour 2021 va par ailleurs mettre en œuvre le plan de relance de l'économie du pays dans la plus pure tradition interventionniste des finances publiques. La différence s'opère peut-être cette fois dans la « marque » définitivement européenne d'un tel plan de relance et d'un tel PLF dès lors. L'annonce gouvernementale de ce plan à hauteur de 100 milliards d'euros n'est rendue possible, en premier lieu, que par le versement échelonné dans le temps d'un financement de 40 milliards pour la France décidé à l'été 2020 par l'Union européenne dans le cadre de son propre plan de relance ; ce

financement n'est surtout et en second lieu rendu possible qu'au regard des possibilités qu'a la France de recourir à l'emprunt pour le financer dans des conditions jamais obtenues²⁰ : d'abord, parce que de telles possibilités ont été autorisées par les instances européennes mettant entre parenthèses l'orthodoxie budgétaire du Pacte de stabilité et de croissance ; ensuite, parce que de telles possibilités sont conditionnées par la politique monétaire conduite par la Banque centrale européenne favorisant des taux d'intérêt excessivement bas pour ne pas dire négatifs. C'est au regard de prises de décisions politiques intervenues au niveau européen en temps et en heure par rapport à l'urgence sanitaire que la France a été juridiquement en capacité d'adopter les dispositifs qui s'imposaient en la matière. Cette concordance des temps entre niveau national et niveau européen n'était initialement pas forcément gagnée d'avance.

²⁰ Cf. l'avis du Haut Conseil des Finances publiques n° 2020-5, en date du 21 septembre 2020, relatif aux projets de loi de finances et de loi de financement de la sécurité sociale pour l'année 2021, p. 21, § n° 80.

Fiscalité et droit de l'urgence

Ludovic AYRAULT

Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne

Université Paris 1 – IRJS/Sorbonne Fiscalité & Finances Publiques

Le droit fiscal n'est pas un droit de l'urgence. Rien ne justifierait d'ailleurs qu'il en soit autrement. L'explication tient à son objet qui est de répartir la charge fiscale entre les contribuables. L'urgence peut certes commander des charges supplémentaires pour permettre aux pouvoirs publics de réagir. Il ne s'agit cependant pas là d'une question qui intéresse le droit fiscal mais bien celui de la comptabilité publique et, en amont, le droit budgétaire. Si ces derniers ne constituent également pas, à proprement parler, des droits de l'urgence, certaines dispositions financières existent afin de permettre d'agir avec célérité face à des charges non prévues¹.

La même opinion peut être soutenue sur le plan contentieux. Comme le droit fiscal est avant tout un droit administratif spécial – la décision d'imposition étant un acte administratif – il est certes possible d'exercer les voies de droit impliquant une urgence, comme le référé-suspension². Il n'y a là toutefois aucune particularité en la matière, le droit fiscal n'étant en rien – faut-il le rappeler – un droit autonome. De manière logique, même si l'ensemble du champ fiscal n'a pas été couvert, le droit fiscal n'a donc pas échappé à l'application du régime de la période juridiquement protégée organisé par les ordonnances du 25 mars 2020³, complétées par celle du 13 mai 2020⁴. Sans reprendre tout le contenu d'une contribution récente publiée sur le sujet dans la revue *Procédures*⁵, et au contenu de laquelle je me permets de renvoyer, une ligne de partage se dessine en effet entre, d'une part, les obligations déclaratives et de paiement et, d'autre part, le reste du champ fiscal.

Des règles dérogatoires ont certes été prévues en matière administrative par l'article 2 de l'ordonnance n° 2020-306. Elles n'ont cependant pas concerné les « *déclarations servant à l'imposition et à l'assiette, à la liquidation et au recouvrement des impôts, droits et taxes* »⁶. Quant au paiement, si l'article 11 de la même ordonnance a suspendu les délais pour les créances dont le recouvrement incombe aux comptes publics, son seul effet est de prolonger le délai de contestation et de prescription de l'action en recouvrement sans couvrir le paiement de l'imposition.

¹ Ainsi en est-il des décrets d'avance (LOLF, art. 13). On signalera également la « *dotation pour dépenses accidentelles, destinée à faire à des calamités, et pour dépenses imprévisibles* » (LOLF, art. 7, I-1°).

² CJA, art. L. 521-1.

³ Ord. n° 2020-303 à 306 du 25 mars 2020.

⁴ Ord. n° 2020-560 du 13 mai 2020.

⁵ L. AYRAULT, « L'incidence de la crise sanitaire sur les procédures fiscales » : *Procédures* 2020, n° 5, comm. 101. – V. aussi V. CAMATTA, P.-M. ROCH et R. VALLERIE, « Coronavirus : l'aménagement des délais de la procédure fiscale », *Dr. fisc.* 2020, n° 15-16, 221. – « Ordonnances "délais" : de nombreux impacts en matière fiscale », *FR* 18/20, n° 1.

⁶ Ord. n° 2020-306 du 25 mars 2020, art. 10, II.

Trois raisons principales expliquent ce traitement particulier.

La première est d'ordre technologique avec le développement de la dématérialisation du processus d'imposition. Fallait-il en effet interrompre le processus déclaratif de l'impôt sur le revenu alors que l'immense majorité des déclarations se font aujourd'hui en ligne⁷ ? La même question se pose en matière de taxe sur la valeur ajoutée, marquée par un régime déclaratif normal mensuel⁸, qui assure environ la moitié des recettes fiscales du pays alors que l'obligation déclarative doit nécessairement être accomplie depuis le 1^{er} octobre 2014 par voie électronique⁹ ? Une réponse négative s'impose à l'évidence. Elle s'est imposée.

La deuxième tient à la possibilité – et au choix puisqu'il a été opéré – de procéder, d'une manière sécurisée pour les personnes astreintes à une obligation déclarative, au report de certaines échéances déclaratives. Plutôt que de couvrir de manière aveugle l'ensemble des impositions et l'ensemble des contribuables, le gouvernement a préféré cibler ses mesures, ce qui a été le cas en matière d'impôt sur le revenu¹⁰. De tels délais, hors cadre des ordonnances, sont opposables à l'administration devant le juge par application du troisième alinéa de l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales¹¹.

La troisième tient à la différence entre les opérations budgétaires et les opérations de trésorerie. Définies à l'article 25 de la Loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001, ces dernières comprennent notamment « *le mouvement des disponibilités de l'État* » mais aussi « *l'émission, la conversion, la gestion et le remboursement des emprunts et autres dettes de l'État* ». Or, la gestion de la trésorerie comme celle de la dette française, confiée à l'Agence France Trésor (AFT), est aujourd'hui active. Par surcroît, la Banque de France n'ayant normalement pas la possibilité d'accorder des découverts aux organismes publics, conformément à l'article 123 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, il appartient à l'AFT de veiller à ce que le solde du compte unique du Trésor demeure chaque jour créditeur. Si, par la centralisation qu'il emporte, l'existence d'un compte unique du Trésor y participe, en ce qu'il permet de bénéficier des encours déposés par tous les correspondants du Trésor, c'est-à-dire les organismes tenus de déposer leurs fonds auprès de l'État, un arrêt brutal des opérations de recouvrement des impositions, notamment de la TVA, aurait sans doute impacté la gestion courante.

⁷ Selon les données du rapport statistique de la DGFIP, le nombre de déclarants des revenus en ligne s'est élevé en 2019 à 25,4 millions (contre 23,1 en 2018) et celui des déclarations de revenus en ligne à 30,4 millions en 2019 (contre 28,1 en 2018).

⁸ CGI, art. 287, 2.

⁹ CGI, art. 1649 *quater* B *quater*.

¹⁰ DGFIP, communiqué de presse, 31 mars 2020, n° 1002 et du 20 avril n° 1016.

¹¹ CE, 27 avr. 1977, n° 99.632 : *Dr. fisc.* 1977, n° 27, comm. 1054 ; *RJF* 6/1977, n° 351. CE, 19 juin 2002, n° 194.476 et 207.414, *SA Media Shopping* : *Dr. fisc.* 2002, n° 43, comm. 836, concl. G. GOULARD ; *RJF* 10/2002, n° 1071.

Le constat qu'il est ainsi possible d'opérer à ce stade est celui d'une influence limitée de la crise sanitaire de la COVID-19 en matière fiscale, bien moindre que celle qui aurait résulté d'un cataclysme affectant les réseaux de communication. Les règles du droit fiscal n'ont pas évolué dans un sens qui pourrait conduire à le considérer comme un droit de l'urgence. Le régime des différents prélèvements fiscaux n'a également pas connu d'évolutions remarquables, du moins à ce jour. Car la dégradation d'une situation peut y conduire. Une crise majeure qui affecterait gravement la situation financière du pays peut en effet, par le besoin de financement de l'action publique, imposer une modification sensible de la répartition de la contribution publique entre les différents contribuables.

L'histoire fiscale française est jalonnée de crises à l'origine d'une réforme fiscale, à entendre dans le sens d'une évolution remarquable et non d'une simple modification d'un régime d'imposition. À s'en tenir à la période depuis la Révolution, une première illustration tient évidemment au décret de l'Assemblée nationale constituante du 17 juin 1789 qui, sur la proposition des députés Target et Chapelier, est à l'origine de la fin du système fiscal de l'Ancien Régime, même s'il fallut dix-huit mois pour le rendre effectif¹². Comment également ne pas établir de liens entre les suites de la défaite contre la Prusse avec l'obligation de s'acquitter de la dette de guerre et les modifications de la législation fiscale dans les années qui ont suivi. En un temps marqué par une volonté, réitérée à l'époque et durant plusieurs décennies encore, d'instaurer – sur une base réelle – un impôt sur le revenu, on doit à la loi du 29 juin 1872 d'avoir imposé les divers revenus mobiliers (intérêts, dividendes...) à hauteur de 3 % de leur montant¹³. La veille un autre texte avait été adopté pour fonder une imposition de 2 % sur le revenu des créances hypothécaires. Ces textes ont ouvert une brèche vers la création de l'impôt sur le revenu avec la loi du 15 juillet 1914 qui sera complétée par celle du 31 juillet 1917, soit une période qu'il n'est pas besoin de situer historiquement. C'est d'ailleurs durant la même période que des taxes sur le chiffre d'affaires se développent en Europe. Les taxes sur les paiements civils, commerciaux mais aussi les biens et services dits de luxe voient ainsi le jour avec la loi du 31 décembre 1917. Elles seront presque toutes transformées en une taxe sur le chiffre d'affaire par la loi du 25 juin 1920¹⁴. Même si les changements sont moins importants par rapport à ceux de 1914-1920, le rapprochement est encore possible entre les textes de la fin de l'année 1948 et la Seconde Guerre mondiale, et ce pour rétablir les comptes publics en un temps marqué par la nécessité de donner des gages au gouvernement américain sur fond d'application du plan Marshall. On doit ainsi au décret du 25 septembre 1948 la modification du régime de la taxe à la production avec la fin du régime suspensif et la mise en place d'un paiement fractionné avec un droit à déduction qui préfigure le régime de la taxe sur la valeur ajoutée. S'y ajoute le décret du

¹² *Archives parlementaires de 1787 à 1860, 1^{re} série (1787 à 1799)*, tome VIII, p. 128.

¹³ E. ALLIX, *Traité élémentaire de science des finances et de législation financière française*, Paris, éd. Arthur Rousseau, 1912, 3^e éd., p. 522 et s. ; J. LAFERRIERE et M. WALINE, *Traité élémentaire de science et législation financières*, Paris, LGDJ, 1952, p. 454 et s.

¹⁴ J. LAMARQUE, O. NEGRIN et L. AYRAULT, *Droit fiscal général*, Paris, Lexisnexis, 4^e éd., n° 1181.

9 décembre 1948 avec la création, suite à la scission de l'impôt sur le revenu, de l'impôt sur les sociétés mais aussi la publication du Code général des impôts, effective en 1950¹⁵.

Sans soutenir l'idée qu'une réforme fiscale naît nécessairement d'une crise majeure, comme en témoigne la création de l'impôt sur les grandes fortunes à la fin de l'année 1981 après l'élection de François Mitterrand à la présidence de la République, le constat peut malgré tout être fait que ni la crise économique de 1929, ni les chocs pétroliers de 1973 et 1979, ni la crise des *subprimes* de 2007 n'ont emporté, du moins en France, de changements remarquables dans notre système fiscal. La transformation de l'ancienne patente en taxe professionnelle par la loi du 29 juillet 1975 tenait à l'archaïsme de son régime et non à une situation de crise.

Anticiper aujourd'hui les conséquences de la crise sanitaire de la COVID-19 est évidemment difficile, ne serait-ce qu'au motif que cette crise perdure. Par surcroît, le choix politique qui a été fait est de privilégier le recours à l'emprunt pour compenser le surcroît de charges publiques et la diminution très importante des recettes fiscales. Le projet de la troisième loi de finances rectificative pour 2020 fait ainsi mention d'une diminution des recettes fiscales de près de 66 milliards d'euros par rapport aux prévisions de la loi de finances initiale. Partant, soutenu en cela par l'Union européenne, le discours politique aujourd'hui porté est celui d'un maintien, voire, pour relancer l'économie, d'une diminution de la pression fiscale. Il n'est toutefois permis que par un recours sans précédent au crédit public. Profitant d'une fenêtre d'opportunité offerte par le caractère mondial de la crise et des taux d'intérêt particulièrement favorables, la voie du long terme, voire du très long terme, permet d'éviter un financement des mesures de soutien à court terme au moyen de l'imposition. La fiscalité est en effet perçue comme un frein et non, par l'utilisation des crédits qu'elle permet pourtant, comme un moteur de la relance. C'est là cependant un pari, voire un double pari : celui, comme la grippe espagnole, d'une crise sanitaire limitée dans le temps et celui du maintien des taux d'intérêt à un niveau faible. Si l'un des deux venait à être perdu, il n'y aurait alors d'autres solutions que celles d'une diminution des charges publiques et, sans aucun doute, d'une augmentation sensible des prélèvements fiscaux qui, en fonction du degré de la crise, pourrait même conduire à une nouvelle répartition de la contribution fiscale.

¹⁵ F. TRISTRAM, *Une fiscalité pour la croissance. La direction générale des impôts et la politique fiscale en France de 1948 à la fin des années 1960*, Paris, éd. Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2005, p. 79 et s.

Les sanctions civiles dans l'urgence, un droit d'exception ?

Xavier LAGARDE

*Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Directeur du Département de Recherche « Sorbonne – Justice et Procès »*

L'état d'urgence sanitaire a conduit les juristes de droit privé à s'imprégner de la prose assez peu riante issue des dispositions de l'Ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 *relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période*. C'est l'ordonnance dont la doctrine administrative a indiqué qu'elle instaurait la « période juridiquement protégée ». Bricolée avec les moyens du bord, elle a été modifiée trois fois, par l'Ordonnance n° 2020-427 du 15 avril 2020, puis par l'Ordonnance n° 2020-595 du 20 mai 2020, puis encore par celle du 3 juin 2020 (n° 2020-666). Elle a eu pour principal objet les « *délais et mesures qui ont expiré ou qui expirent entre le 12 mars 2020 et le 23 juin 2020 inclus* ».

Concernant les sanctions civiles, le texte de l'ordonnance dit essentiellement deux choses :

- Les sanctions doivent s'entendre de tout effet de droit susceptible de nuire aux intérêts de celui qui le subit : ce peut être une déchéance, une astreinte, une prescription, une inopposabilité, etc. L'article 2 de l'ordonnance donne ainsi l'inventaire suivant des sanctions légales : « *nullité, sanction, caducité, forclusion, prescription, inopposabilité, irrecevabilité, péremption, désistement d'office, application d'un régime particulier, non avenu ou déchéance d'un droit quelconque* » ; l'article 4 vise de son côté les sanctions conventionnelles : « *Les astreintes, les clauses pénales, les clauses résolutoires ainsi que les clauses prévoyant une déchéance* ».

- Si ces sanctions sont la conséquence de l'expiration d'un délai – pour faire un recours, pour exécuter une obligation contractuelle – parvenant à son terme pendant la période juridiquement protégée, elles sont réputées ne pas avoir cours. Elles ne tomberont qu'à l'issue d'un nouveau délai commençant à courir à la fin de la période juridiquement protégée. Ce nouveau délai est en principe le délai légalement prévu (par ex., un mois pour l'appel), dans la limite de deux mois, ou le délai conventionnel, avec quelques nuances.

Tels sont, à gros traits, les principaux apports de l'ordonnance du 25 mars 2020. La question qu'un théoricien du droit peut se poser est celle de savoir si cette ordonnance instaure un droit d'exception. Il est permis d'y répondre à l'ancienne, en développant la thèse, l'antithèse et la synthèse.

*

Thèse

La thèse est sans aucun doute l'opinion la plus simple à défendre. Les dispositions de l'ordonnance ont bloqué les effets juridiques s'attachant à l'expiration d'un délai pendant la période juridiquement protégée. Ce fut en quelque sorte une période juridiquement anesthésiée au cours de laquelle les sujets de droit n'ont plus eu à souffrir de sanctions. L'ordonnance a fonctionné comme un geste barrière à l'encontre des effets juridiques indésirables. La distanciation sociale et le confinement du droit sont allés de pair.

La dérogation a donc été majeure. À mieux y réfléchir, la dérogation constatée s'imprime peut-être moins dans la solution retenue, qu'elle ne réside dans la technique utilisée. Sur la forme et sur le fond.

Sur la forme, entendue comme forme d'expression du droit, l'exceptionnalité du dispositif se laisse aisément observer. Les ordonnances sont des « *mesures qui sont normalement du domaine de la loi* » et la loi se définit habituellement comme une norme générale votée par le Parlement. Le principe d'égalité devant la loi a en effet pour conséquence que, sauf exceptions, il ne revient pas au législateur d'édicter des normes individuelles. L'ordonnance du 25 mars 2020 n'a pas les apparences d'une norme individuelle, mais il faut bien admettre qu'elle ne présente pas les caractéristiques d'une norme générale. La généralité procède de l'abstraction de la règle et se traduit par une applicabilité à un nombre illimité de situations. Tel n'est pas le cas des normes posées par l'ordonnance qui concernent uniquement des situations juridiques bornées dans le temps et historiquement situées. La situation que vise une règle est dépourvue d'historicité. Au contraire, à travers la période juridiquement protégée, l'ordonnance délimite ou plutôt déclare une séquence historique. *L'ordonnance* n'est donc ni générale, ni même normative, elle est *une décision collective qui porte un acte déclaratif*.

Sur le fond, les catégories juridiques mobilisées sont atypiques. L'ordonnance se présente comme ayant pour objet les délais, qu'elle aménage compte tenu de l'état d'urgence sanitaire. L'interprète s'attend à retrouver dans le texte les leviers traditionnels qui permettent un tel aménagement : suspension et interruption. Or, ce n'est pas le cas. La circulaire d'interprétation indique justement que « *l'ordonnance ne prévoit ni une suspension générale ni une interruption générale des délais arrivés à terme pendant la période juridiquement protégée* ». Concrètement, le rejet de ces qualifications n'est pas neutre. L'absence de suspension et d'interruption a pour conséquence, par exemple, qu'une prescription biennale qui a expiré le 25 juin 2020, soit deux jours après la fin de la période juridiquement protégée, a définitivement produit son effet extinctif du droit d'agir à cette date.

Une manière pour le juriste confiné de retrouver ses chaussons est de considérer, c'est le titre d'ailleurs de l'ordonnance, que celle-ci entraîne prorogation des délais. Ce

n'est pas inexact, mais c'est insuffisant. La prorogation n'est pas une catégorie juridique définie comme le sont la suspension (art. 2230 C. civ.) et l'interruption (art. 2231 C. civ.). C'est une notion dont l'intérêt pratique, non négligeable certes, est de permettre un aménagement des délais normalement prévus. Sa densité théorique est plus incertaine. De surcroît, le mécanisme mis en place ne correspond pas tout à fait à l'idée que l'on se fait communément d'une prorogation. Celle-ci s'entend d'un temps supplémentaire accordé à celui qui est tenu par un délai. Or si l'ordonnance du 25 mars 2020 peut ainsi se comprendre, en ce qu'elle accorde invariablement un ou deux mois à l'issue de la période juridiquement protégée, l'ordonnance modificative du 15 avril 2020, au moins pour les délais conventionnels, retient un dispositif sensiblement différent. En effet, l'ordonnance du 15 avril abandonne le principe d'un prolongement uniforme des délais (un mois après la période juridiquement protégée) pour lui substituer, peu ou prou, un principe de maintien des délais initiaux, sauf à faire abstraction du temps ayant couru pendant la période juridiquement protégée. Par exemple, un délai de 40 jours parvenu à son terme pendant cette période, court, comme si rien ne s'était passé, au lendemain du jour où celle-ci s'est achevée, soit le 24 juin. En un mot, l'ordonnance modificative du 15 avril 2020 a moins pour objet de donner du temps aux individus que de leur assurer que la durée correspondant à la période juridiquement protégée constitue *un temps qui ne compte pas*, un temps au cours duquel, juridiquement, il ne se passe rien.

En fait, on comprend que l'ordonnance a moins pour objet les délais, mais les sanctions susceptibles d'avoir cours pendant une certaine période. Et l'ordonnance déclare que ces sanctions n'auront pas lieu, qu'ainsi, *les effets juridiques ne se produiront pas*. La période juridiquement protégée est donc une période au cours de laquelle les individus sont protégés du droit. Les personnes ne sont plus à proprement parler sujets de droit. Elles sont des individus, réduits à leur corporalité qu'il faut contraindre, soigner de la maladie ou l'en préserver. Le droit de l'urgence sanitaire est au moins en droit privé, *le droit de l'exception au droit*.

*

Antithèse

Cette analyse butte cependant sur trois objections sérieuses, dont l'exposé permet de dérouler l'antithèse.

Les normes de l'ordonnance manquent de généralité, ce n'est pas pour autant qu'elles sont dépourvues de caractère juridique. Les normes individuelles sont autant du droit que les normes générales. Au reste, une présentation possible de ces normes est d'indiquer qu'en droit, elles forment un triptyque en ce qu'elles sont le support, tantôt d'un jugement, tantôt d'une action (le contrat), enfin d'une administration, c'est-à-dire d'une décision qui s'impose à autrui au nom d'un intérêt détachable de son auteur. De ce point de vue, il y a une unité fonctionnelle entre le travail d'un administrateur civil dédié à la gestion d'un établissement public et celui d'un administrateur judiciaire qui

traite des difficultés d'une entreprise privée. Aussi bien, lorsqu'il est justement avancé que les ordonnances prises dans l'urgence marquent *le temps de la pleine administration*, il est aussi exactement objecté que cette dernière n'est jamais qu'un dispositif juridique parmi d'autres. On peut s'étonner de la place qu'elle prend soudainement, de la disproportion entre le remède et le mal, mais il s'agit plus alors d'une réflexion de citoyen que d'une opinion juridique. Doctrinalement, nous sommes assez démunis pour faire la critique de cette séquence.

L'ordonnance du 25 mars prend par ailleurs appui, au moins implicitement, sur des notions assez familières des privatistes. D'une certaine manière, *l'ordonnance décrète la force majeure*. Elle le fait par prétérition en tirant les conséquences d'une telle qualification. Les sanctions ne tombent pas parce qu'en quelque sorte, l'état d'urgence sanitaire est exclusif de responsabilité. Et il convenait de déclarer telle cette situation car devant un juge judiciaire, il n'est pas sûr que la qualification de force majeure eût été retenue. La pandémie est une accumulation de maladies et il a été jugé que ces dernières, intérieurement ressenties, ne présentent pas le caractère d'extériorité que requiert la qualification (v. par ex. Cass. civ. 2^e 4 novembre 1965, Bull. civ. II n^o 849 ; *contra* Cass. civ. 1^{re} 10 février 1998, Pourvoi n^o 96-13.316, P.). Au reste, l'imprévisibilité et l'irrésistibilité étaient incertaines et c'est bien pourquoi les pouvoirs publics ont décidé de réduire l'incertitude en faisant eux-mêmes le tri entre le nécessaire et le superflu. On peut ajouter que l'ordonnance du 25 mars a également vivifié une catégorie juridique à l'existence paisible. L'ordonnance n'a pas suspendu le paiement des obligations contractuelles. Elle a simplement empêché la sanction de leur inexécution. Pendant la période juridiquement protégée, *les obligations civiles sont ainsi devenues naturelles*, un « *devoir de conscience envers autrui* », comme l'énonce l'article 1100 du Code civil. Il y a d'ailleurs un parallèle à faire avec la fameuse attestation par laquelle chacun s'autorisait une dérogation au principe du confinement. Comme pour les obligations civiles, les devoirs du citoyen sont devenus de simples exigences morales. Et si cela n'a pas si mal fonctionné, peut-être est-ce justement parce que les individus n'ont pas été désarçonnés par un dispositif d'articulation entre l'exigence et la contrainte, certes subtil, mais intégré de longue date.

Enfin, la technique normative utilisée par l'ordonnance du 25 mars 2020 est somme toute assez banale. Elle se saisit d'un nombre limité de situations pour les soumettre à un régime dérogatoire. C'est ce que fait le législateur lorsqu'il fait voter une loi de validation. En décrétant le 25 mars 2020 une période juridiquement protégée courant du 12 mars au 23 juin de la même année, à l'intérieur de laquelle les sanctions seraient suspendues, le gouvernement a d'une certaine manière pris une ordonnance de validation, pour le passé, le présent et l'avenir. L'originalité est dans l'usage plus que dans la technique qui n'est jamais que celle de *la dispense*, faveur individuelle ou collective accordée qui affecte l'application de la règle. Cette observation n'est pas neutre techniquement car elle implique que l'ordonnance n'échappera d'ailleurs pas à la même justiciabilité que les lois de validation. D'aucuns soutiendront sans doute que son

application butte sur l'article 6 de la Conv. EDH ou l'article premier du Protocole additionnel. D'un point de vue théorique, l'observation conduit à reconnaître que la surprise provoquée par l'adoption d'un droit de l'urgence sanitaire, spécifique à la pandémie liée à la COVID-19, tient finalement plus au contexte qu'aux textes eux-mêmes.

*

Synthèse

L'analyse du droit de l'urgence autorise ainsi deux lectures, l'une et l'autre admissibles, mais a priori peu compatibles entre elles. La thèse identifie une rupture, là où l'antithèse ne discerne qu'une séquence. Une synthèse possible est que cette séquence ne fait qu'exagérer une rupture de longue haleine. L'ordonnance du 25 mars, comme la plupart des textes liés à la pandémie, ne forme qu'un spasme qui accélère une transformation en cours. Cela n'est en fait pas surprenant. Lorsqu'il y a urgence, l'efficacité n'est pas négociable. Il est donc attendu que les pouvoirs publics s'appuient sur des dispositifs opératoires. Ce ne sont ni la loi, ni le juge. Ce sont l'Europe, la haute Administration et la société civile (ses personnels soignants qui s'organisent en s'affranchissant de la distance entre le public et le privé, son petit commerce, aussi, également les solidarités de proximité). Cette dissolution de la norme générale parlementaire et l'affaiblissement du judiciaire ne sont pas d'hier. Dans le temps long, il est sans doute plus exact de parler de réduction. Mais pour le privatiste, la séquence est proprement sidérante en ce qu'elle met en pleine lumière combien ses outils de travail semblent obsolètes. L'effet loupe doit être mesuré, mais pour l'heure, l'effet de réalité qu'il provoque fait un peu mal aux yeux.

La dissolution présente constitue en tout cas *une expérience grandeur nature de ce que serait une société sans droit*, ce dernier compris dans sa forme traditionnelle (la règle et le jugement, les deux formes premières du droit selon Carbonnier). Cette expérience nous permet de ressentir la portée politique et anthropologique de cette grande transformation.

L'effacement du droit emporte également *neutralisation de la politique*. Sur cette proposition, la période du confinement nous a révélé à quel point le constat empirique et l'analyse théorique convergent. Nous avons observé que pendant la période de réelle urgence sanitaire, le seul débat public qui ait eu lieu a porté sur l'usage de l'hydroxychloroquine. Ce débat n'était pas inintéressant, mais de là à imaginer un destin présidentiel au Professeur Raoult, qui mérite le respect, il n'est pas interdit de percevoir une forme de *capitis diminutio*. Majoritairement, les Français se sont ralliés à la solution sanitaire la plus raisonnable, comme ils se rallieront majoritairement aux plans d'austérité qui s'annoncent. Dans le même temps d'ailleurs, il a été tenu pour certain que la réforme des retraites n'aurait pas lieu, alors que pourtant, quelque jugement

qu'appelle son contenu, elle était la seule proposition politique du moment. De fait, la réforme porte un changement de modèle et pas simplement un ajustement du système actuel compte tenu des évolutions de la démographie. Quant aux élections qui ont eu lieu peu de temps après le déconfinement, elles se sont soldées par une désertion des bureaux de vote et un certain désintérêt pour leurs résultats.

Ce qui s'observe empiriquement se démontre théoriquement. Nous savons depuis Portalis que la Politique et le Droit ont besoin l'un de l'autre. La politique est le terrain privilégié de l'action là où le Droit est un lieu de permanence. Les deux se nourrissent l'un l'autre. Le droit a besoin de la politique pour être vivifié, la politique du droit pour être tempérée. Cette dynamique fonctionne au bénéfice de leur distinction. Si cette dernière se brouille, les deux termes se diluent. Or, l'effacement de la norme générale est précisément ce qui sape le principe de séparation du droit et de la politique. C'est la généralité de la norme qui donne au droit sa force de tempérance. Elle implique en effet la permanence. Si la règle change tout le temps, nous savons qu'elle s'applique si peu qu'il est possible d'identifier, voire de dénombrer tous ceux auxquels elle s'applique. « *Les changements naissent du changement* » et la généralité devient illusoire, elle perd son effectivité. Le droit et la politique s'éloignent à perte de vue et il n'y a donc plus que de l'administration.

Il y a *in fine* une concordance des temps entre les transformations de la régulation et les *mutations anthropologiques*. Les juristes doivent éviter de sortir de leur champ de compétence, mais il n'y a aucune raison qu'ils se censurent lorsque d'autres spécialistes des humanités s'emparent de leur matière. Durkheim comme L. Dumont ont toujours considéré que, comme fait social, la norme juridique est un puissant indicateur de l'« *esprit général* » (*Esprit des lois*, XIX, 4), pour reprendre la formule de Montesquieu. Ce que disposent les normes nous instruit sur ce que nous sommes. Le droit intériorise ainsi les conceptions que nous avons de nous-mêmes. Et il faut être juriste pour expliciter ces données anthropologiques. Là comme ailleurs, l'état d'urgence sanitaire fait apparaître une étrange correspondance entre l'observation des faits et les considérations théoriques.

Pour une maladie d'une gravité comparable à celle ayant entraîné des pandémies passées sous silence, nous avons accepté sans broncher une privation de liberté tout à fait considérable. Il y a eu des recours, mais nul n'a senti qu'ils portaient une espérance commune. Au reste peu de citoyens se sont sérieusement indignés du prolongement automatique des détentions provisoires pendant la période d'urgence sanitaire. L'absence de contrôle judiciaire n'a pas ému grand monde, pas même le Conseil d'État qui, sur la question, s'est fendu d'une décision de non-admission. Or, *a priori*, rien n'empêchait les magistrats de télétravailler sur la liberté des détenus. À cet égard, il n'est pas inutile d'indiquer qu'entre le 27 mars et le 12 mai 2020, les chambres civiles de la Cour de cassation ont rendu en tout et pour tout deux arrêts, ce qui a pu surprendre de la part d'une juridiction qui délibère le plus souvent sans audience de plaidoiries. Il y a

plus encore, c'est qu'en réalité et à l'exception des personnes mal logées, le confinement a somme toute été bien vécu. Le retour sur les lieux de travail s'est fait doucement et n'était l'inquiétude financière, le temps partagé du déconfinement relatif semble encore grandement convenir. Il devient ainsi possible de n'être contraint que par la nécessité et pour le reste, d'être là où l'on veut, de faire ce que bon semble, selon ses désirs et ses aspirations. Chacun semble avoir trouvé sa chambre dans une maison de santé à l'échelle du territoire. Ce temps ne durera pas éternellement, mais l'indolence du moment est la signature incisive d'une altération au long cours.

Au législateur de 1804, *Les Lumières* offrent essentiellement deux anthropologies :

- Celle de Montesquieu qui ne conçoit pas l'homme ailleurs qu'en société et attribue cet état social à sa sensibilité et son intelligence (I, 1 et 2) ;
- Celle de Rousseau qui saisit l'homme, avant toute entrée en société, comme un tout, un agrégat de facultés dont l'unité réside dans la commune perfectibilité.

Les rédacteurs font clairement le choix de Montesquieu. Les envolées lyriques de Portalis sont de fait assez proches du texte de *l'Esprit des lois* et Portalis retient cette division de l'humain entre son intelligence et sa sensibilité. Naturellement, le droit civil compte sur l'intelligence plus que sur la sensibilité. Mais le Code n'ignore pas la seconde, les surprises qu'elle réserve et avec lesquelles il faut compter. L'article 7 du Code civil entérine ainsi la distinction entre l'homme et le citoyen et compte comme Montesquieu sur l'« effet de la liberté » (XIX, 27) qu'elle implique. Elle conduit naturellement à la retenue car ce que veut le citoyen (plus de service public), l'individu peut le refuser (trop d'impôts). La passion du citoyen est ainsi tempérée par la raison de l'individu. Il reste que raison et passion cohabitent. Cette perception de l'homme d'après la Révolution doit correspondre à peu près à ce qu'il est en réalité. Le XIX^e est un siècle de passions politiques cependant qu'en 1904, nos prédécesseurs rédigent tranquillement le livre du centenaire du Code civil. Ce qui ne s'observe plus et certainement pas en période de confinement. La peur l'emporte sur la raison, les passions sont atones. On entend Montesquieu : « *L'État serait comme un homme abattu par la maladie, qui n'a point de passions parce qu'il n'a point de forces* ».

En tout cas, la séquence que nous venons de traverser nous a fait vivement ressentir que *l'homo juridicus*, pour reprendre l'expression d'Alain Supiot, a désormais bien changé. Le confinement nous a permis d'approcher ce que serait l'état de nature selon Rousseau, c'est-à-dire un état dans lequel l'homme vivrait en-dehors de toute société. Ce qu'il y a de tout à fait étonnant est que le programme politique construit sur cette hypothèse semble être devenu une réalité sociologique. L'homme intègre de Rousseau est dans le même temps un sociétaire exigeant, mais un citoyen docile. Il est exigeant car l'entrée en société l'oblige en permanence à transiger avec lui-même. Comme l'écrit si justement P. Manent (*Histoire intellectuelle du libéralisme*, p. 162), « *l'idée de la nature opprimée par un ordre social injuste donne une éminente dignité à tout mécontentement* ». Il est aussi docile en ce sens que l'ordre social ne lui est supportable qu'à la condition de « *l'aimer de ce sentiment exquis que tout homme isolé n'a que pour soi-même* » (Rousseau,

Sur l'économie politique, Pléiade, tome IV, p. 259). C'est pour ainsi dire ce que nous avons vécu. Les mécontentements tombent d'eux-mêmes, dissous par la compassion collective. Les personnels soignants se sont justement plaints de leur situation. Ils ont été applaudis, chaque soir à 20 heures, accompagnés de la larme à l'œil de quelques personnalités. Quant au Ségur de la santé, il fait la une d'une presse que plus grand monde ne lit. Ainsi l'état d'urgence sanitaire a-t-il mis un coup de projecteur sur la cruelle efficacité d'une mécanique des émotions.

L'important dans cette affaire, c'est moins la maladie que notre commune réaction. La période juridiquement protégée n'a jamais été qu'une cellule de dégrisement.

Droit de l'urgence, justice et émotions – Quelques éléments conclusifs

Emmanuel JEULAND

Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Directeur de l'IRJS

La question de l'articulation entre la justice, les relations et les émotions a été soulevée à plusieurs reprises durant ces séances sur le droit de l'urgence. Nous avons aussi beaucoup parlé d'inversion des valeurs au cours de la crise de la COVID-19, d'un matérialisme qui place en premier les corps et l'économie en suspendant les libertés, les dignités et les équilibres contractuels. Nous voudrions discuter ces points en nous appuyant sur un auteur d'origine polonaise de la fin du XIX^e siècle, Petrazycki. Il s'agit d'un théoricien du droit russo-polonais, né en 1867, oublié aujourd'hui en France mais qui peut nous aider à penser le droit de l'urgence par temps de COVID-19. Ce qui est réel pour lui dans le droit ce sont les émotions ressenties lors de l'acquisition d'un droit, plutôt de la joie, ou lors de l'imposition d'une obligation qui est une émotion plus négative. Il écrit de longs développements sur la relation juridique comme le lieu de la réciprocité entre deux personnes qui ressentent des émotions liées à des impératifs ou à des attributions réciproques ; un droit chez l'un est un devoir chez l'autre¹. Il invente ainsi l'analyse psychologique du droit et est aussi connu pour être un précurseur de la sociologie du droit. Il a été le maître à Saint-Pétersbourg de Gurvitch qui s'est installé en France après la révolution bolchevique. Sa conception de la psychologie est aujourd'hui datée et un mouvement appelé Droit et Émotion (*Law and Emotion*) s'est développé récemment aux États-Unis qui a renouvelé ses vues². Il ne cite jamais la psychanalyse à ma connaissance (il n'est traduit que partiellement en anglais). Il n'empêche qu'il nous aide à donner de la chair à la notion de relation juridique. L'on sait aujourd'hui qu'il convient d'associer émotions et symbolisation : l'émotion est symbolisée par l'enfant au cours de la première symbolisation par des jeux, des objets et des gestes (par exemple la bobine chez le petit-fils de Freud qu'il fait disparaître et réapparaître : il symbolise ainsi l'absence de la mère en jouant à « là, pas là ») ; au cours de la seconde symbolisation ce sont les mots qui permettent de traduire ses émotions et de les mémoriser. La relation juridique peut donc être vue comme un espace symbolique entre deux personnes générant des droits et des obligations. Il n'est pas symbolique dans le sens péjoratif de quasi inexistant comme c'est le cas avec l'euro symbolique mais comme au contraire

¹ L. PETRAZYCKI (1867-1931), *Law and Morality*, trad. 1955 (extraits de deux ouvrages de 1906 et 1907), Cambridge, Harvard University Press, reprint Transaction publisher, 2010 ; M. ANTONOV, E. EHRLICH and L. PETRAZYCKI : "Are Emotions a Viable Criterion to Distinguish Between Law and Morality?", in B. BROZEK, J. STANEK and J. STELMACH, *Russian Legal Realism*, Springer, 2018, p. 127.

² R. GROSSI, « Understanding Law and Emotion », *Emotion Review*, janvier 2015, 55-60.

existant sous forme de mémoire et de mise en images liée à des émotions. Cela ne veut pas dire d'ailleurs que la raison n'est pas présente : les deux circuits psychologiques de l'émotion et de la raison sont étroitement connectés.

Le rapport de droit apparaît alors comme un dispositif symbolique et psychologique de mise à distance des parties sous l'égide d'un juge ou d'une autre personne de référence (par exemple, un médiateur, un notaire ou un officier d'état civil) et d'un quatrième participant, tel qu'un témoin, un greffier, un expert, etc. Des neurones miroirs permettant de ressentir ce que l'autre ressent sont à l'œuvre pour permettre à une partie de se mettre à la place de l'autre (même si ce concept de neurones miroirs est contesté). La mise à juste distance est celle qui ne comporte pas de déséquilibre : ni violence, ni abus, ni domination. Chacun y tend à l'autonomie la plus grande même s'il s'agit d'une partie faible ou vulnérable. La liberté n'est pas individuelle ou accordée institutionnellement, elle est le résultat d'une construction symbolique réservant une marge de manœuvre à chacun. Chez Fichte, c'est l'être libre et rationnel qui crée le rapport de droit, il ne laisse ainsi guère de place aux personnes incapables³. Pour autant l'idée que la liberté a affaire avec le rapport de droit et non dans un premier temps avec les institutions peut être retenue de cette philosophie. À partir d'une relation reconnaissant cette liberté se créent des groupes de relations qui impliquent d'autres libertés. Ces ensembles comprennent la liberté de s'associer et de pratiquer le culte de son choix, ainsi que le respect de la propriété. On peut avoir ainsi une approche relationnelle ou relationniste de la propriété⁴, du contrat (contrat relationnel)⁵, de la justice ou de la famille⁶. La suspension des libertés n'est pas seulement une atteinte aux droits individuels mais une atteinte aux relations juridiques dans lesquelles ces libertés apparaissent : c'est le cas de la détention provisoire prolongée sans juge et pendant l'état d'urgence sanitaire, du procès sans publicité. On a vu, par ailleurs, pendant le temps du

³ J. G. FICHTE, *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science*, (1796-1797), A. RENAULT (trad. fr.), Paris, PUF, 1998, « Quadrige » ; l'auteur invente le concept de rapport de droit comme rencontre de deux êtres libres et raisonnables. Il invente donc aussi l'intersubjectivité et rend compte ainsi de la possibilité d'une Révolution française à partir de la liberté des sujets. Il s'oppose à l'historicisme qui implique une évolution spontanée et dépasse le criticisme de son maître Kant qui fonde le droit sur la morale. Fichte invente la science du droit en la distinguant strictement de l'éthique.

⁴ Y. EMERICH, « Regard civiliste sur le droit des biens de la *common law* : pour une conception transsystème de la propriété », *Revue générale de droit*, vol. 38, n° 2 [en ligne], 2008. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://id.erudit.org/iderudit/1027040ar>>. Selon cet auteur comparant le *common law* et le *civil law*, on peut analyser la propriété comme un complexe de liens entre personnes, les différentes personnes concernées par le bien (même les locataires) et ceux qui en sont exclus (des voisins et le monde entier).

⁵ J.-G. BELLEY, « Contrat relationnel », in A. POPOVICI et L. SMITH (dir.), *McGill Companion to Law* [en ligne], juin 2012. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.mcgill.ca/companion/list/contrat-relationnel>> ; les promoteurs de la théorie relationnelle du contrat, McNeil et Macaulay, ont défendu l'idée que les relations d'affaire devraient être reconnues en droit pour suppléer les défauts d'une théorie des contrats trop formaliste. Les auteurs de *civil law* considèrent en général que la théorie des contrats a su s'adapter au développement des contrats à long terme.

⁶ J. WALKBANK, S. CHOUDHRY et J. HERRING (éd.), *Rights, Gender and Family Law*, Abingdon, Routledge, 2010.

confinement, des couples sur le point de divorcer obligés de vivre dans le même appartement.

Le rôle du juge et de la justice consiste à remettre à juste distance symbolique, et donc émotionnelle, les parties. Les règles de procédure servent à canaliser les émotions mais aussi à les utiliser, notamment celles du juge pour parvenir à la meilleure solution ou à la moins mauvaise possible. Le juge en situation impartiale ressent objectivement des émotions, comme tout tiers désintéressé les ressentirait à sa place. Certes, il y a des risques de biais en raison notamment de l'histoire personnelle du juge qu'il doit mettre à distance. Xavier Lagarde a noté lors d'une séance précédente qu'il faudrait que les solutions viennent de la société civile et non de l'administration, c'est une question de tiers de référence (l'administration n'est pas un tiers dans les relations de service public) et de témoins. Ainsi devant la justice, les émotions négatives d'une société sont transformées en de nouvelles relations juridiques plus viables ; les contrats devenus litigieux sont résolus ou rééquilibrés ; les liens conjugaux se rompent et les liens de filiation s'organisent autrement, etc.

Or, que s'est-il passé pendant le confinement et encore après ? La continuité du service public de la justice a été assurée à l'instar du service public de l'enseignement supérieur. Il y a eu des plans de continuité de l'activité cependant un publiciste, Nicolas Chiffot, a noté qu'il s'est plutôt agi de sauver l'institution que de faire fonctionner la justice⁷, un peu comme une usine qu'on aurait mise au ralenti sans l'éteindre car cela serait très long de la rallumer. Quelques affaires urgentes ont été traitées, les référés parfois sans audience ou sous forme de visioconférence (mécanisme que le juge a pu imposer). Tous les autres délais ont été prorogés. Cela veut dire que la justice n'a plus été le réceptacle des émotions négatives individualisées et humanisées qu'elle doit être et qu'il n'y a plus eu que des émotions collectives traitées par l'action administrative en dehors des tribunaux. Bien sûr la Cour de cassation est intervenue *a posteriori* pour mettre fin à la prolongation sans juge de la détention provisoire ; bien sûr le conseil d'État est intervenu *a posteriori* pour rétablir la liberté du culte et la liberté de manifester. Cependant, pendant deux mois, l'action administrative n'a pas eu de limites et a géré des émotions collectives grâce à un exercice de communication permanent.

L'action administrative conduisant à la suspension des libertés et des institutions de justice s'est appuyée sur les émotions de la peur, ce qui a conduit à un sentiment de sidération pendant plusieurs semaines. Chacun avait peur de l'autre dans la rue. Quand vint le moment du confinement, des émotions de colère se sont exprimées apparemment sans lien avec la COVID-19 autour du meurtre de George Floyd aux États-Unis et d'une affaire de violence policière en France, toujours en cours, celle d'Adama Traoré, une affaire justement où un témoin clef a disparu et où les experts sont en désaccord. C'est

⁷ *Procédures*, mai 2020, études n° 14.

le 4^e participant au dispositif symbolique qui est problématique dans cette affaire. Il n'est pas impossible, les historiens le diront, que dans tous les pays les tensions politiques existantes aient conduit à un traitement différent de la COVID-19 et parfois à des délires collectifs, de déni ou, à l'inverse, de peurs incontrôlées. Ce qui est déjà apparent est que l'action administrative pure a fonctionné sur des masses : les individus ont cessé de compter, ils sont devenus des corps que l'on met en bière sans toilette, sans culte, pendant que l'on sauve des liens contractuels en matière de marché public, que l'on évite toute mise en cause de responsabilité, et que l'on facilite l'IVG médicamenteuse qui suppose de vivre l'interruption de manière solitaire et sans l'entourage d'une équipe médicale⁸.

Les nouvelles technologies ont eu la part belle pendant la période de confinement, alors que par définition elles ne sont pas symboliques. Il s'agit de techniques qui relient matériellement par des chiffrages et des ondes. On peut tenter de resymboliser à partir de ces techniques : c'est ce que nous essayons de faire avec cette série de séminaires, en ayant mis en place et en profitant d'un dispositif de Zoom avec un intervenant et un discutant, un *chat* en parallèle et des applaudissements visuels. La mise à distance s'est faite technique. Avec le déconfinement, un flottement a pu être observé impliquant des problèmes psychiatriques, des hôpitaux psychiatriques débordés, des personnes ayant peur de sortir qui restent enfermées, des *burn out* de ceux qui ont beaucoup donné pendant cette période expérimentant un épuisement émotionnel et une perte de sens soit sous forme d'une absence d'émotion soit sous forme d'une sensibilité accrue.

Le principe de publicité des débats judiciaires a été écorné pendant la crise de la COVID-19, avec des risques concernant l'impartialité des juges. L'action administrative pure passe par-dessus les relations qui peuvent être déséquilibrées, on l'a vu en droit du travail, en droit des marchés publics, avec les risques de résolutions bancaires au détriment des épargnants. L'outil de l'action administrative, l'ordonnance, devenue loi à la faveur d'une décision du Conseil constitutionnel⁹ (sinon bien absent de la crise), est une mesure prise rapidement sans débat et du coup sans tenir compte des relations. La société est devenue un pur réservoir d'émotions mêlant jalousie, peur et colère. Il ne fallait pas que certains en profitent ouvertement, d'où l'interdiction de la pratique sportive en mer ou en montagne qui ne créait pourtant aucun risque, d'où aussi les dénonciations. Or, il y a un risque de pérennisation de ce droit sans relation juridique équilibrée émotionnellement. L'état d'urgence sanitaire prend fin mais des mesures administratives entrent dans le droit commun comme après l'état d'urgence lié au terrorisme en 2015 : le pli de la visioconférence va être pris en matière de justice et risque de se développer sans se préoccuper de ses dégâts potentiels lorsqu'il n'y a pas de contact en présentiel. En effet, une relation de droit n'est pas une abstraction, elle implique les émotions et les corps. L'émotion est ce qui fait la liaison entre le corps et l'esprit.

⁸ V. *supra*, S. PRETOT, « La personne en période de pandémie : une nouvelle hiérarchie des valeurs ? ».

⁹ V. *supra*, A. TROIZIER, « Droit constitutionnel et états d'urgence ».

On pourrait dire que la crise donne en apparence raison à Carl Schmitt : l'État qui a remplacé Dieu dans la structure sociale est souverain en ce qu'il est maître de la période d'exception et donc de l'état d'urgence. Il s'impose à tous les individus qu'il protège et infantilise ; mais, au fond, ce dévoilement d'une réalité inhumaine de pouvoir absolu nous fait aussi ressentir le besoin d'une autre société où l'État lui-même est à distance, où les nouvelles technologies sont resymbolisées et donc contenues dans leurs effets déshumanisants, où le *new public management* cesse de nous imposer des tarifications à l'heure, des équivalents temps pleins comme c'est le cas dans la justice et l'hôpital.

La justice a certes été rendue par le Conseil d'État, qui par la singularité d'une affaire s'immisce dans les questions d'intérêt collectif. Cependant, cette cour a souvent légitimé et maintenu le centralisme de l'État dans toutes ses actions administratives (en annulant des arrêtés voulant imposer le masque, dans un premier temps, puis plus tard en annulant des arrêtés ne voulant plus l'imposer¹⁰). Tout le débat autour du parquet national financier et l'indépendance réelle du parquet n'est pas détachable de la crise de la COVID-19 qui a été une période de suspension de la justice et d'action administrative non contrôlée. Tout cela appelle un besoin plus grand de décentralisation véritable, de transparence, de remodelage des institutions judiciaires en créant enfin une véritable cour constitutionnelle constituée de juristes, en rendant enfin indépendant le parquet, en lui permettant de contrôler la police judiciaire détachée du ministère de l'Intérieur, en créant à la place du Conseil d'État une véritable Cour de cassation administrative qui ne cumule pas les pouvoirs consultatifs, juridictionnels et d'administration de la justice administrative avec un budget qui soit réparti également avec la justice judiciaire (aujourd'hui une affaire devant un tribunal administratif coûte environ deux fois plus cher qu'une affaire judiciaire).

Pour Pierre Legendre, inspiré par Lacan, l'État en tant que tiers de référence parle directement aux inconscients à travers des images, des rites pour se faire aimer et faire accepter ses normes ; or, de nombreux auteurs (Green, Guattari notamment) ont noté l'absence chez Lacan des émotions qui sont, par définition, conscientes. De même chez Legendre, elles ne jouent que sous la forme de la terreur qu'il veut inspirer si l'on ne pense pas avec lui que tous les enfants risquent de devenir psychotiques si l'on admet le mariage pour tous et la PMA (procréation médicalement assistée). Il faut aussi remettre l'État à sa place, à côté des autres institutions qui sont elles-mêmes le résultat d'une organisation de rapports de droit qui ne doit pas être statufiée. Partir du rapport de droit et non de l'institution c'est éviter de partir d'institutions susceptibles de devenir mortifères par leur besoin de subsister et d'acquérir du pouvoir. Curieusement peut-être, la crise invite à reconsidérer la connexion entre la règle de droit et le rapport de droit. J'estimais, avant cela, que le normativisme était l'ennemi du relationisme, que les normes pouvaient écraser les individus et leurs unions. À vrai dire, c'est la décision administrative et particulièrement la dérogation qui détruit les équilibres. Les règles de

¹⁰ J.-F. KERVEGAN, *Que faire de Carl Schmitt ?*, Paris, Gallimard, 2011, coll. « Tel », p. 138-139.

droit générales et abstraites permettent la mise en place de relations de droit égales ou équivalentes. Cela ne veut pas dire qu'il faut s'en tenir à un légicentrisme mythologique, mais qu'il faut retrouver le sens de la loi en ce qu'elle doit être issue des rapports de droit entre citoyens et élus et entre élus entre eux à partir d'évaluations et d'études d'impact sérieuses.

Le droit à la preuve*

Gilles GOUBEAUX
Université de Nancy II

Ndlr : cet article est une republication faite dans les conditions posées par la Loi République Numérique de 2016 et avec l'accord de l'auteur.

Référence complète de la publication originale : Gilles GOUBEAUX, « Le droit à la preuve », *in* Chaïm PERELMAN, et Paul FORIERS (dir.), *La preuve en droit*, Travaux du centre national de recherche logique, Établissements Émile Bruylant, 1981, p. 277-301.

1. Il est classique de traiter la preuve comme une charge. En effet, prouver est faire reconnaître quelque chose comme vrai, réel, certain¹ et, en matière juridique, c'est par le juge qu'il s'agit de faire reconnaître la véracité de ses allégations, puisque la preuve est toujours envisagée, directement ou par référence, comme celle qui est administrée en justice. Or, le principe, en matière judiciaire, est que tout fait allégué à l'appui d'une prétention, s'il est contesté par l'adversaire, doit être prouvé. À défaut, la simple dénégation de l'adversaire suffit à interdire au juge de prendre ce fait en considération, ce qui signifie pratiquement le rejet de la prétention. Amasser des éléments de preuve et les présenter au juge en vue d'entraîner sa conviction est donc une condition nécessaire au triomphe du droit.

C'est assurément une tâche difficile. Les expressions employées : charge de la preuve, on dit aussi parfois : fardeau de la preuve, sont révélatrices. Il ne faut pas beaucoup d'efforts pour évoquer l'image du malheureux plaideur s'effondrant sous le fardeau trop lourd pour ses épaules, tandis que ricane son adversaire de mauvaise foi, le juge assistant à la scène, navré mais impuissant ...

La réalité est assez différente. Elle l'est déjà parce que l'attribution de la charge de la preuve à l'une ou l'autre des parties à un procès est souvent délicate. Les critères doctrinaux ne sont clairs qu'appliqués à des hypothèses simples ; très vite, il faut nuancer, compliquer, et il n'est pas étonnant que les solutions de la jurisprudence réservent parfois quelques surprises. Cette relative incertitude n'a pas que des inconvénients. Elle incite, en effet, chacun des adversaires à s'activer pour proposer ses propres preuves relativement au même fait, pour le plus grand profit de la découverte de la vérité.

* Exposé fait le 2 février 1980 au C.N.R.L.

¹ ROBERT, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Vis Preuve et Prouver. – GOUBEAUX et BIHR, *Encycl. Dalloz, Répert. Dr. civ.*² éd., V° Preuve, n° 1.

Il reste cependant que si personne ne réussit à produire des preuves suffisantes, dans un sens ou dans l'autre, il faudra bien que le juge tranche le litige. C'est alors que celui des plaideurs à qui incombait la charge de la preuve et qui n'a pu y satisfaire perdra son procès. Tel est le véritable « risque » de la preuve². Il serait donc dangereux de trop compter sur les diligences spontanées de l'adversaire pour faire éclater la vérité. Prouver demeure une charge et l'échec en ce domaine est lourd de conséquences.

Mais la tâche imposée au plaideur qui doit soutenir ses allégations n'est pas impossible. Les circonstances peuvent le mettre dans l'embarras, les obstacles divers ne manquent pas. Mais il n'est pas juridiquement désarmé. Au contraire, la charge de la preuve s'accompagne de prérogatives. Certains moyens sont accordés au plaideur pour obtenir les preuves qu'il doit rassembler et il a, en principe, la certitude que les éléments de conviction qu'il pourra réunir seront effectivement soumis à l'appréciation du juge. En un mot, il existe un droit à la preuve.

2. Ni l'idée ni l'expression qui la désigne ne sont nouvelles, mais, en dépit de l'adhésion de la doctrine dominante³, on a l'impression qu'elles ont longtemps suscité assez peu d'intérêt chez la majorité des juristes français qui n'y voyaient sans doute guère plus qu'une habileté de forme didactique sans grande portée pratique. C'est qu'en effet, les manifestations du droit à la preuve ont pu paraître longtemps pour le moins limitées. À vrai dire, c'est plutôt l'inverse qui caractérisait le droit positif, avec des restrictions ou des entraves diverses venant compliquer la tâche de celui qui devait assumer la charge de prouver. Or, si l'on peut interpréter ces contraintes comme une consécration *a contrario* d'un droit à la preuve, on pouvait tout autant mettre en doute l'existence d'un principe si peu clairement exprimé par les règles positives.

Mais, depuis peu, les choses ont considérablement changé. Il est permis de voir un tournant décisif de l'évolution dans les textes qui, de 1971 à 1975, se sont succédés pour mettre en place un nouveau Code de procédure civile⁴. En atténuant le type accusatoire de la procédure devant les juridictions civiles, en cherchant à redéfinir les rôles respectifs du juge et des parties, la place du fait et du droit, ces textes ont non seulement introduit des modifications non négligeables dans les règles applicables, mais ont surtout imposé une vision renouvelée de l'ensemble de la matière⁵. On s'est alors aperçu de la

² LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil*, thèse Poitiers 1954, éd. L.G.D.J. 1955, préf. R. SAVATIER, p. 101 et s., 169 et s. - V. aussi : MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, thèse Lyon 1947, n° 117. - F. BOULANGER, « Réflexions sur le problème de la charge de la preuve », *Rev. trim. dr. civ.* 1966, p. 736, n° 5. - GOUBEAUX et BIHR, *op. cit.*, n° 106 et s.

³ PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7 par ESMEIN, RADOUANT et GABOLDE, n° 1411 et s. - BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Cours de droit civil français*, t. 9, vol. 2 par PERROT, n° 1167 et s. - MARTY et RAYNAUD, *Droit civil, Introduction générale*, n° 217 et s.

⁴ Décrets du 9 septembre 1971, du 20 juillet 1972, du 28 août 1972, du 17 décembre 1973, du 5 décembre 1975, auxquels on doit ajouter des dispositions législatives ayant un autre objet mais procédant d'une inspiration analogue, telle la loi du 5 juillet 1972.

⁵ MOTULSKY, « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.* 1972, chron. p. 91 ; *Cours de droit processuel*, publié, après décès de l'auteur, par Mme CAPEL (1973). - PARODI, *L'esprit général et les*

convergence de certaines positions apparemment nouvelles avec des analyses précédemment dégagées en jurisprudence. Bref, depuis les textes réformant la procédure civile, le centre de gravité du système s'est déplacé. Un classement quelque peu différent de solutions parfois anciennes est devenu naturel, de sorte que l'éclairage sous lequel on les observe désormais a changé. Ainsi, le droit à la preuve, qui pouvait faire figure d'exercice de l'esprit à l'usage de théoriciens, a pris, en droit positif, une consistance certaine, qui impose à tous de le prendre au sérieux.

3. Cela ne signifie certes pas que cette notion soit accueillie sans réticences. La qualification même de « droit », utilisée par les uns, suscite la méfiance des autres. Il est vrai que le terme est employé à tort et à travers, de telle sorte qu'il n'a plus toujours de signification précise : droit à la vie, droit au bonheur, droit au travail, droit à la qualité de la vie, droit à la liberté de conception... l'inflation, déjà dénoncée vigoureusement il y a une vingtaine d'années⁶ ne s'est pas ralentie. Dans cette accumulation de « droits » il devient difficile de distinguer ce qui n'est que commodité de langage de ce qui désigne une véritable catégorie juridique.

Est-il permis de voir dans le « droit à la preuve » un droit subjectif suffisamment caractérisé ? Une telle question est redoutable, car l'accord unanime est loin d'être fait sur une définition du droit subjectif⁷. Ce n'est pas une raison d'esquiver le problème, mais une justification de l'impossibilité de proposer une réponse parfaitement convaincante.

Le Nouveau Code de procédure civile français, issu du décret du 5 décembre 1975, fournit à ce sujet un argument assez important. Ce texte n'a pas hésité, en effet, à énoncer des propositions d'ordre théorique, pour situer et coordonner quelques éléments essentiels. C'est ainsi que, s'inspirant des analyses de Motulsky⁸, l'article 30 définit ainsi l'action en justice :

« L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention ».

Ainsi, le texte accueille la notion de droit processuel, droit subjectif né du rapport d'instance noué entre les parties et le juge et conférant aux plaideurs le pouvoir d'exiger du juge qu'il examine au fond leurs prétentions. Pouvoir qui est d'ailleurs sanctionné pénalement (dénier de justice) et civilement (responsabilité de l'État et responsabilité

innovations du nouveau Code de procédure civile, préf. CORNU, avant-propos P. FRANCON, éd. Répert. Defrénois, 1976.

⁶ ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, éd. Dalloz, 1963, notamment n° 6, 18.

⁷ V. le résumé des principaux aspects de la controverse et notre propre tentative de présentation in *Traité de droit civil* sous la direction de J. GHESTIN, *Introduction générale*, par J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, L.G.D.J. 1977, n° 163 et s.

⁸ « Le droit subjectif et l'action en justice », *Arch. philosophie du droit* 1964, p. 215 et s.

personnelle)⁹. Cette faculté pour un individu de déclencher en sa faveur l'impératif d'une norme juridique correspond à la technique du droit subjectif.

Or, si l'action en justice, le « droit d'action » est ainsi rangé par le texte lui-même parmi les droits subjectifs, la même nature juridique doit être reconnue au « droit à la preuve ».

Tout comme l'action est un droit des parties à l'égard du juge (droit d'exiger l'examen de la prétention), le droit à la preuve est un droit qui astreint le juge à examiner les éléments de conviction proposés par le plaideur. Le droit à la preuve est, en effet, au moins le droit de produire les preuves que l'on détient. Ainsi compris, le droit à la preuve fait partie de cette prérogative plus générale accordée par la loi à toute personne, prérogative ressentie comme si nécessaire que l'on pourrait y voir une émergence du droit naturel : le droit de se faire écouter de son juge.

Il y a plus. Le droit à la preuve, tel qu'il se dessine aujourd'hui en droit français, assujettit d'autres personnes. Avec le secours du juge, le plaideur peut contraindre des tiers et son adversaire lui-même à collaborer à la recherche des preuves, notamment en exhibant les documents qu'ils détiennent. La charge de la preuve impose une tâche difficile, mais certains moyens sont attribués afin de l'accomplir. Le droit d'obtenir des preuves se traduit par des obligations à la charge d'autrui.

4. Tels sont, en effet, actuellement, les deux aspects que présente le droit à la preuve dans le système juridique positif français : c'est un droit d'obtenir des éléments de preuve, qui s'exerce à l'égard de l'adversaire ou des tiers ; c'est un droit de produire les preuves, qui s'adresse, cette fois, au juge. Dans les deux cas, la structure même du droit est identique. C'est un pouvoir d'exiger une certaine activité d'autrui. La technique est celle du droit de créance, que la personne obligée en raison du droit à la preuve invoqué soit un individu quelconque ou le juge.

Encore faut-il prendre la mesure de ces prérogatives. Comme on peut sans peine l'imaginer, les solutions sont assez nuancées. De nombreux obstacles subsistent, qui entravent la recherche ou la production des preuves. Il s'agit donc de tendre à un équilibre satisfaisant. Ces nuances, qui paraissent bien nécessaires, rendent assez difficile l'entreprise de dresser un tableau de l'état actuel du droit à la preuve dans le système juridique français. Ce tableau, de toutes façons, ne peut être qu'un diptyque :

- d'une part, le droit d'obtenir des preuves
- d'autre part, le droit de produire ses preuves.

I. LE DROIT D'OBTENIR DES PREUVES

5. Souvent, la recherche des preuves par une partie serait une tâche impossible sans l'assistance ou la collaboration d'autrui. Admettre l'existence d'un droit à la preuve conduit à permettre d'obliger, donc de contraindre certaines personnes à se prêter à l'entreprise. Qu'on le veuille ou non, c'est donc porter atteinte à la liberté individuelle.

⁹ L. 5 juillet 1972.

Aussi, les manifestations positives du droit à la preuve demeurent-elles fragmentaires et peuvent-elles parfois rencontrer des obstacles insurmontables.

A. Manifestations positives du droit à la preuve

6. Depuis fort longtemps, des dispositions législatives ont contribué à assister le plaideur dans ses efforts tendant à démontrer la vérité de ses allégations.

Ainsi en est-il de la répression du faux témoignage¹⁰. Le délit sanctionne sans doute une certaine atteinte à la dignité de la justice, mais il vise surtout à garantir aux plaideurs une recherche loyale de la vérité ; d'ailleurs, l'existence d'un préjudice causé ou susceptible d'être causé par la déposition mensongère est une condition de l'incrimination¹¹. Il en est de même du faux en écriture publique ou privée, dont la sanction constitue une protection contre des manœuvres qui tendent à empêcher le jeu normal des règles de preuve.

De telles incriminations donnent déjà un début de consistance au droit à la preuve. La menace de sanctions pénales a un rôle dissuasif. Il ne s'agit pas encore de faciliter la tâche de celui qui doit fournir des preuves ; du moins, la loi se préoccupe-t-elle d'empêcher les actes qui risqueraient de rendre cette tâche impossible. En matière de preuves, chacun a donc, et ce n'est pas une nouveauté, droit à la loyauté et à la sincérité d'autrui.

7. Mais ce genre de manifestations indirectes du droit à la preuve demeure bien timide. Aujourd'hui, il ne serait plus question de s'en contenter. On a, semble-t-il, pris conscience des difficultés de la recherche de la vérité. La Justice ne sort, en effet, pas mieux servie de l'échec de l'individu qui n'a pas réussi à obtenir les preuves dont il avait besoin pour faire reconnaître son bon droit. Le juge a cessé d'être un spectateur passif. Il peut désormais s'engager lui-même, avec tout le poids de son autorité, dans la recherche de la vérité. L'article 10 du Nouveau Code de procédure civile lui confère « le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles »... Le juge a aussi le moyen de soutenir les efforts des plaideurs en donnant vie à leur droit à la preuve.

Consécration solennelle d'un nouvel état d'esprit, la loi du 5 juillet 1972 a inséré au Code civil un article 10 ainsi libellé :

« Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité.

Celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation lorsqu'il en a été légalement requis, peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte ou d'amende, sans préjudice de dommages intérêts. »

¹⁰ C. Pén., art. 361 et s. (art. 363 sur le faux témoignage en matière civile).

¹¹ Cass. crim. 19 juin 1857, *D.P.* 1857. 1. 372. -6 janvier 1859, *D.P.* 1860 .1. 377.

Ce texte constitue aujourd'hui un des principaux supports du droit à l'obtention des preuves¹².

À ce principe peuvent se rattacher plusieurs dispositions figurant actuellement au Nouveau Code de procédure civile.

8. Il faut notamment signaler l'article 145, qui énonce :

« S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ».

Cette disposition établit un véritable droit à la préconstitution de la preuve.

La pratique n'avait pas attendu le Nouveau Code de procédure civile pour opérer cette recherche des preuves préalable à tout litige, en particulier à l'occasion d'opérations de construction¹³ : avant d'ouvrir un chantier important, qui risque de causer des désordres aux immeubles voisins, le futur constructeur obtient du juge des référés la désignation d'un expert avec mission de constater l'état des bâtiments voisins. De la sorte, il sera aisé d'établir ultérieurement l'existence et l'importance des dégâts que les travaux auront pu causer. Une telle procédure n'était pas facile à justifier sans le secours d'un texte et l'on comprend que des magistrats aient pu hésiter à intervenir en dehors de tout litige, à seule fin de permettre une préconstitution des preuves. Ce n'est donc pas sans courage, voire une certaine audace, que certaines juridictions notamment le Tribunal de grande instance de Paris, avaient admis le référé dit « préventif ».

Désormais, la légalité du procédé ne fait plus de doute, en présence du texte formel de l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile.

On retiendra donc cette illustration particulière du droit au collationnement des preuves : avec le secours du juge qui ordonne la mesure, une personne peut contraindre des tiers à se prêter à une recherche d'éléments de preuve préalable à tout litige.

9. Du moins, les tiers qui se trouvent ainsi bon gré mal gré conduits à faciliter la tâche de celui qui amasse ses preuves ne sont-ils pas, en tout cas pas encore, des adversaires. Or, il est aujourd'hui admis que le droit à la preuve peut être invoqué même à l'encontre de celui qui a le plus grand intérêt à voir échouer les efforts de recherche des preuves : le plaideur adverse. Celui-ci, comme les tiers, peuvent en effet se voir contraints d'exhiber des éléments de preuve détenus par eux.

¹² Cf. LOBIN, « L'astreinte en matière civile depuis la loi du 5 juillet 1972 », *Études offertes à P. Kayser*, t. 2, p. 131 et s.

¹³ M. PEISSE, « Le référé préventif en matière de construction immobilière », *Gaz. Pal.* 1975. 2. doct. 436.

Le cas est tout à fait remarquable et constitue sans doute la plus éclatante consécration du droit à la preuve¹⁴. Il mérite que l'on s'y arrête un moment.

Il faut supposer que le demandeur connaît l'existence de documents propres à fonder sa prétention, mais ne les a pas en main. Il s'agit pour lui d'obtenir de celui qui détient ces pièces qu'il les présente au juge. On conçoit qu'une telle prétention puisse se heurter à certaines réticences, notamment lorsque les éléments de preuve en question sont aux mains de l'autre partie qui ne tient évidemment pas à favoriser l'entreprise de son adversaire.

Pendant longtemps, aucun texte de portée générale ne prévoyait la possibilité d'imposer à un plaideur ou à un tiers la production des preuves qu'il détenait. Un tel mécanisme figurait cependant aux articles 14 à 17 du Code de commerce pour obtenir de la part d'un commerçant la communication de ses livres de commerce. Mais le cas paraissait relever de la spécificité de la preuve en matière commerciale, de sorte qu'en dehors d'une telle hypothèse, le problème demeurait entier.

En doctrine, les adversaires de la généralisation d'une telle action *ad exhibendum* se retranchaient derrière l'analyse classique de la charge de la preuve, s'agissant particulièrement des documents détenus par l'adversaire : « *actori incumbit probatio* », que celui à qui incombe la charge de la preuve fasse sa recherche, son adversaire peut rester passif en attendant ; il n'a pas à fournir des armes contre lui-même : *nemo tenetur edere contra se*¹⁵.

Cependant, un fort courant contraire s'était formé¹⁶. D'assez nombreux auteurs faisaient valoir l'intérêt pour tous de découvrir la vérité, plusieurs d'entre eux invoquant le droit à la preuve...

10. Il faut observer que le débat s'est très souvent trouvé faussé par suite d'une certaine confusion sur le sens de l'expression : charge de la preuve. Une parenthèse doit être ici ouverte afin de tenter de dissiper cette confusion.

La charge de la preuve est volontiers conçue comme la détermination d'un ordre chronologique dans l'administration de la preuve : le demandeur allègue un fait à l'appui de sa prétention. Si le défendeur le conteste par une simple dénégation, il appartient au demandeur de faire la preuve de son allégation. Lorsque le demandeur a rapporté la preuve qui était exigée de lui, le défendeur peut opposer une exception. Si celle-ci est déniée par le demandeur, il incombe au défendeur de prouver les faits sur lesquels il

¹⁴ À tel point que l'on peut, dans une conception restrictive de la matière, ramener le droit à la preuve à cette seule hypothèse : C. MARRAUD, « Le droit à la preuve : la production forcée des preuves en justice », *J.C.P.* 1973.1.2572. - Pour une étude complète de la question, cf. DAIGRE, *La production forcée des preuves dans le procès civil*, préf. LOMBOIS (coll. public Fac. dr. et se. soc. de Poitiers, t. VIII).

¹⁵ DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 29, n° 209. - PLANIOL et RIPERT, *op cit.*, t. 7 par GABOLDE, n° 1412. - SOLUS, « Rôle du juge dans l'administration de la preuve », *Trav. Assoc. H. Capilant*, t. 5, p. 129 et s.

¹⁶ DEMONTES, *L'action ad exhibendum en droit moderne*, thèse Paris 1922 ; DEMOGUE, *Traité des obligations*, n°211. - DECUGIS, « L'évolution des preuves en droit comparé. », *Bull. soc. Législ. comp.* 1939, 77 et s. - MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^e éd. 1949, n° 479 - BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIERE, *op. cit.*, t. 9 par PERROT, n° 1175 - LEGEAIS, thèse précitée, p. 197 - E. LE GALL, *Le devoir de collaboration des parties à la manifestation de la vérité dans les litiges privés ; remarques sur l'adage nemo tenetur edere contra se*, thèse dactyl. Paris 1967.

fonde l'exception qu'il allègue. Ainsi, au cours du procès, la charge de la preuve pèse alternativement sur chacune des parties, au fur et à mesure qu'elles avancent de nouveaux faits.

Il est bien certain que contraindre un des plaideurs à fournir à son adversaire les éléments de preuve dont celui-ci a besoin pour accomplir la tâche qui lui incombe est perturber cet ordre de production des preuves. Ce serait, si l'on ose utiliser cette image, méconnaître la « règle du jeu probatoire » en donnant à l'un des plaideurs le moyen de « passer son tour ».

Mais la charge de la preuve a une autre signification, que nous avons déjà évoquée : il s'agit de déterminer à qui le juge devra donner satisfaction lorsqu'aucune preuve suffisante, d'où qu'elle vienne, n'aura pu être produite. Peu importe alors l'origine des éléments de conviction sur lesquels le juge peut fonder sa décision. Lorsque la vérité est connue, il est indifférent de savoir qui était spécialement chargé de la dévoiler. Mais quand aucune preuve n'est suffisante, quand l'incertitude subsiste, le juge ne peut pas refuser de statuer. Obligé de trancher le litige, il le fera à l'encontre du plaideur sur qui pesait le fardeau de la preuve et qui n'a pas réussi à entraîner la conviction.

Ainsi comprise, l'attribution de la charge de la preuve à l'une des parties n'est pas un obstacle à la communication forcée de pièces par son adversaire. En réclamant à l'autre partie un élément de preuve qui lui est nécessaire, le demandeur ne nie pas que le risque de la preuve pèse sur lui au cas où, malgré la production du document, il ne parviendrait pas à convaincre le juge ; il cherche seulement à obtenir de son adversaire un moyen de faire la preuve qui lui incombe. Il n'y a pas renversement de la charge de la preuve, dès lors que l'on ne s'attache plus à un ordre successif d'administration de la preuve.

Refermons cette parenthèse pour revenir plus directement au droit à la preuve.

11. La jurisprudence s'était montrée assez hésitante sur la question de la communication de pièces détenues par l'adversaire. Un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, en date du 17 juin 1879 en avait admis le principe, toutefois en l'assortissant de précautions :

« Si, énonçait la Cour, dans l'intérêt de la manifestation de la vérité, les tribunaux peuvent ordonner la communication de certaines pièces qui ne sont ni signifiées ni employées, ils ne doivent user de ce moyen d'instruction qu'avec réserve et lorsqu'il leur paraît autorisé par des motifs sérieux »¹⁷.

Cette affirmation était courageuse, mais n'entraîna pas l'ensemble des tribunaux. De sorte que, pendant une longue période, le droit à la preuve fut refoulé par la maxime, alors triomphante : *nemo tenetur edere contra se*.

Cette éclipse du droit à la preuve dura jusqu'à une époque récente. Puis, dans les années 1960, la tendance s'est renversée.

¹⁷ Cass. req. 17 juin 1879, S, 1881. 1. 116.

Un arrêt de la Cour de cassation du 22 mai 1962 a pris en considération la difficulté que pouvait éprouver la victime d'un accident à exercer l'action directe dont elle bénéficie contre la compagnie d'assurances du responsable : demanderesse, la victime doit prouver ses allégations. En l'occurrence, il lui faut établir qu'un contrat d'assurance oblige la compagnie à couvrir la responsabilité de l'auteur du dommage. Comment la victime, qui est un tiers à ce contrat, pourrait-elle en produire un exemplaire sans le secours soit de l'assuré soit de l'assureur ? La Cour de cassation qui, à l'époque, ne pouvait fonder une solution sur un texte, admit que le tribunal pouvait commettre des experts avec la mission de se transporter au siège social de la compagnie et de compulsier les archives de celle-ci, afin de rechercher si, à la date de l'accident, le responsable était assuré¹⁸. Ce n'était pas encore la communication forcée de pièces, mais ce que certains ont appelé « l'expertise-perquisition », dont les résultats ne sont pas très éloignés.

Un peu plus tard, la Cour de cassation parut revenir à une attitude moins favorable au droit à la preuve. Un plaideur demandait à l'État réparation des dommages qu'il prétendait avoir été causés à son immeuble par le survol d'avions militaires supersoniques. Les juges du fond, constatant la difficulté qu'éprouvait le demandeur à prouver le lien de cause à effet entre le passage du mur du son et les dégâts subis par sa maison, avaient ordonné à l'agent judiciaire du Trésor de prendre toutes les initiatives opportunes pour qu'il soit procédé à un ou plusieurs essais en vol par un avion à vitesse supersonique, afin de faire les constatations utiles. La Cour de cassation a cassé cette décision¹⁹. Il faut reconnaître qu'en l'espèce, les exigences du droit à la preuve admises par les juges du fond dépassaient de loin la simple production d'un document d'archive ! Les diligences requises de l'adversaire étaient excessivement coûteuses et compliquées...

Toujours est-il que, dans des affaires moins originales, la Cour de cassation approuva des décisions ayant ordonné la communication de pièces détenues par une des parties²⁰ ou par un tiers²¹.

Ainsi, sans le secours d'un texte, la jurisprudence avait-elle dégagé le principe d'un abandon de l'ancienne maxime *nemo tenetur edere contra se*.

12. Ces solutions trouvent aujourd'hui une justification textuelle dans le Nouveau Code de procédure civile. Reprenant une formule déjà énoncée antérieurement par le décret du 9 septembre 1971, l'article 11 alinéa 2 du Nouveau Code de procédure civile énonce :

« Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime ».

¹⁸ Cass. civ. 2^e, 22 mars 1962, *Bull. civ. II*, n° 332.

¹⁹ Cass. civ. 2^e, 1^{er} juillet 1966, *J.C.P.* 1966. II. 15305, note DE JUGLART et DU PONTAVICE.

²⁰ Cass. civ. 2^e, 23 décembre 1969, *Bull. civ. II*, n° 366.

²¹ Cass. civ. 3^e, 15 décembre 1971, *Gaz. Pal.* 1972. I. 285, concl. PAUCOT.

Sans qu'il y ait lieu de se livrer ici à l'exégèse de ce texte, quelques expressions méritent d'être soulignées, car elles permettent de mieux saisir ce mécanisme.

- L'initiative appartient à une des parties, qui adresse à cette fin une requête au juge. Il s'agit donc bien de mettre en œuvre le droit à la preuve, de fournir à un plaideur le moyen d'accomplir la tâche probatoire qui lui incombe.

Mais le plaideur seul n'a pas le pouvoir d'imposer à son adversaire ou à un tiers de collaborer. C'est le juge qui apprécie s'il y a lieu ou non d'ordonner une telle mesure. Le droit à la preuve est donc étroitement contrôlé. La communication forcée de documents est une atteinte à la liberté individuelle. Il faut que les nécessités de la recherche de la vérité soient assez pressantes pour que l'on s'y résigne. Cela suppose une appréciation du juge. Il n'est jamais obligé de donner suite à la requête. C'est pour lui une simple faculté, qu'il exerce souverainement²².

Cela signifie que le plaideur qui invoque son droit à la preuve n'est pas du tout dispensé de faire de son côté des efforts sérieux. Il lui appartient notamment d'indiquer avec précision quels sont les éléments de preuve détenus par autrui dont il sollicite la communication, afin que puisse être portée une appréciation de leur utilité pour la solution du litige. Il ne s'agit pas de faire remettre un ensemble d'archives ou toute une comptabilité pour que le plaideur effectue lui-même un tri dans l'espoir hypothétique d'y trouver un indice²³.

- Lorsqu'il l'estime opportun, le juge ordonne la communication du document, au besoin à peine d'astreinte²⁴. C'est lui qui détermine l'étendue de la communication. À cet égard, d'ailleurs, les limites de son pouvoir ne sont pas très claires. L'article 10 du Nouveau Code de procédure civile fait partie d'une série de textes composant un chapitre intitulé : « les principes directeurs du procès ». Ces généralités sont mises en œuvre par d'autres textes. C'est ainsi que « l'obtention des pièces détenues par un tiers » ou « par une partie » est réglée aux articles 138 et suivants. Or, l'article 138 emploie une formule qui paraît plus restrictive que celle de l'article 10 :

« Si dans le cours d'une instance, une partie entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie, ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut demander au juge saisi de l'affaire d'ordonner la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce ».

« Un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie »... La formule invite à l'interprétation *a contrario* : un plaideur ne pourrait pas obtenir l'assistance du juge pour faire exhiber par autrui un acte auquel il a été partie. La solution pourrait être une sanction de la négligence : celui qui est partie à un acte doit s'en ménager la preuve. Elle serait toutefois sévère si elle interdisait de contraindre un tiers

²² Cass. civ. 1^{re}. 4 décembre 1973, *Bull. civ. I*, n°336. - 29 mai 1975, *Bull. civ. II*, n° 156. -22 janvier 1976, *Bull. civ. II*, n°24. - JO février 1977, *Bull. civ. II*, n°32.

²³ Trib. gr. inst. Marseille 20février 1974, *Gaz. Pal.* 1974. 2. 544, note CANDAS.

²⁴ Le recours à cette sanction est légitimé par l'article 10 du Code civil (L. 5 juillet 1972). Cf. Y. LOBIN, article précité note 12.

à qui a été confié un acte sous seing privé d'un commun accord des parties, de se dessaisir du document. Il y a donc un élément de doute à cet égard, qui est révélateur de la prudence avec laquelle on s'engage dans la voie de la consécration du droit à la preuve.

- Il faut encore observer que le juge peut se contenter d'ordonner la communication d'une copie, ce qui sera notamment le cas pour les actes authentiques établis en minute, ou d'extraits d'un document. Cette dernière méthode peut se révéler particulièrement utile pour concilier les besoins de la preuve avec des impératifs de discrétion, voire de secret. Le droit à la preuve ne justifie pas, en effet, que toutes les informations possibles soient utilisables. L'article 10 du Nouveau Code de Procédure civile, en posant le principe d'une collaboration forcée de l'adversaire ou des tiers à la recherche des preuves, prend bien soin de préciser : « s'il n'existe pas d'empêchement légitime ». On songe tout de suite au secret professionnel, qui est l'antithèse du droit à la preuve. Mais ce n'est pas la seule source d'empêchement légitime.

D'une façon générale d'ailleurs, le droit à la preuve, quelles que soient ses manifestations, entre fréquemment en conflit avec d'autres principes. Il faut évoquer ces résistances à la démonstration de la réalité.

B. Obstacles s'opposant à une mise en œuvre du droit à la preuve

13. Il serait certainement fort long d'énumérer les entraves et les embûches que peut rencontrer une personne lorsqu'elle tente de mettre en œuvre son droit d'obtenir les preuves dont elle a besoin. Sans même parler des obstacles de fait, tels que l'absence de témoins, la mauvaise mémoire des témoins, la contrariété des indices, etc., les obstacles de droit ne manquent pas. On se contentera d'évoquer ce qui paraît bien être le thème majeur en la matière : la défense d'une sorte de zone protectrice de l'intimité de la personne humaine. Mieux connus, plus souvent attaqués aussi qu'autrefois, les droits de la personnalité suscitent aujourd'hui beaucoup d'intérêt. Le conflit qui oppose certains d'entre eux à la preuve est souvent délicat.

14. Il en est ainsi notamment de l'obstacle qu'oppose à la recherche de certaines preuves le droit à l'intégrité du corps humain. La question se pose avec acuité dans les procès relatifs à la filiation. Est-il admissible d'ordonner un prélèvement de sang aux fins d'analyse et de comparaison ? La doctrine en a discuté²⁵, mais depuis 1955 la loi prévoit expressément le recours à ce mode de preuve. La loi du 3 janvier 1972 sur la filiation a maintenu une place privilégiée aux examens hématologiques, en ouvrant en outre la voie à « d'autres méthodes médicales certaines »... L'atteinte à l'intégrité du corps humain est donc, au moins en ce domaine, considérée comme admissible, normale, ... sans doute

²⁵ BARBIER, « L'examen du sang et le rôle du juge dans les procès relatifs à la filiation », *Rev. trim. dr. civ.* 1949, 345 - R.V. « Preuve et atteintes à la personne », *J.C.P.* 1949.1.758 - SOLUS, étude précitée, p. 128 - NERSON, « Les progrès scientifiques et l'évolution du droit familial », in *Le droit privé au milieu du XX^e siècle, études G. Ripert*, t. 1, p. 403 - LEGAIS, thèse précitée, p. 144 et s. - DENIS, « Quelques aspects de l'évolution récente du système des preuves en droit civil », *Rev. trim. dr. civ.* 1977, 671.

parce que la recherche s'opère dans des conditions devenues banales et parce qu'il est apparu impossible de renoncer à la quasi-certitude qu'offrent les preuves scientifiques.

Mais, en dehors des cas visés par la loi, il n'est pas du tout certain que le droit à la preuve l'emporte sur le droit à l'intégrité du corps humain. Ainsi, un tribunal a-t-il refusé d'imposer à une femme mariée de se soumettre à tous examens et analyses destinés à établir un éventuel état de grossesse, même si, les époux étant en instance de divorce, le mari avait un intérêt certain à faire constater cet état²⁶.

De toutes façons, même lorsque la recherche d'une preuve portant atteinte à l'intégrité physique est admise, il ne saurait être question de coercition. Le juge peut, à la demande d'un des plaideurs, ordonner l'examen médical ; il ne peut faire exécuter cet ordre par la force. Depuis la loi du 5 juillet 1972 déjà évoquée, le prononcé d'une astreinte serait sans doute possible. Le plus souvent, le juge se bornera à retenir le refus de se prêter à la mesure ordonnée en tant que présomption du fait de l'homme favorable à la thèse du demandeur.

15. Le droit au secret de l'intimité de la vie privée est, depuis la loi du 17 juillet 1970, pénalement protégé contre des méthodes que certains auraient pu être tentés d'utiliser dans leur recherche de preuves. Les photographies prises au téléobjectif dans un lieu privé, les enregistrements de conversations téléphoniques, etc. sont donc prohibés et ne peuvent trouver de justification dans le droit à la preuve²⁷. Il en est de même des renseignements recueillis au prix d'une violation de domicile. C'est ainsi, par exemple, qu'un tribunal n'a pas pu retenir comme preuve d'un adultère une photographie montrant le défendeur et sa prétendue complice couchés dans le même lit, bien que les explications données par le défendeur soient peu vraisemblables : celui-ci prétendait avoir été transporté à son insu dans le lit de son employée, après avoir été préalablement endormi par un breuvage²⁸... La photographie litigieuse ayant été obtenue par une violation de domicile et constituant une captation illicite de l'image de la personne dans un lieu privé devait être écartée.

16. Mais la protection de l'intimité de la vie privée et l'inviolabilité du domicile ne sont pas absolues. Un exemple remarquable de compromis entre ces principes et le droit à la preuve est fourni par les constats d'adultère.

Pendant longtemps, l'adultère a été pénalement sanctionné, ce qui permettait de recourir, pour en rapporter la preuve, aux investigations policières. Il y a une trentaine d'années, s'est formée la pratique de constats civils d'adultère, qui constituaient en quelque sorte un diminutif des constats de police. Ces constats civils sont faits par des huissiers. Mais un huissier, agissant sur la seule demande de son client, ne peut pénétrer au domicile d'un tiers sans l'autorisation de celui-ci. Pour vaincre l'obstacle constitué par l'inviolabilité du domicile, la pratique a imaginé de solliciter un ordre émanant d'une

²⁶ Trib. gr. inst. Corbeil, réf. 5 juillet 1972, *Gaz. Pal.* 1972.2.749.

²⁷ Besançon 5 janvier 1978. 357, note LINDON - Cass. crim. 30 janvier 1978, *Gaz. Pal.* 1978.2.467 - Trib. corr. Montbéliard 1^{er} décembre 1978, *J.C.P.* 1979.II. 19248, note LINDON.

²⁸ Trib. corr. Blois 19 février 1964, *Gaz. Pal.* 1964. 1. 369.

autorité publique. Ainsi, l'époux demandeur présente une requête au président du tribunal, lequel rend une ordonnance désignant un huissier pour procéder au constat d'adultère au domicile d'un tiers. Mais l'autorisation donnée à l'huissier ne va pas jusqu'à lui permettre d'instrumenter la nuit.

La loi du 11 juillet 1975 a abrogé l'incrimination pénale de l'adultère et, en réformant le droit du divorce, s'est préoccupée des constants établis par les huissiers. L'article 259-2 du Code civil énonce, en effet :

« Les constats dressés à la demande d'un époux sont écartés des débats s'il y a eu violation de domicile ou atteinte illicite à l'intimité de la vie privée ».

On s'est demandé si ces réformes ne marquaient pas un recul du droit à la preuve : puisque l'adultère n'est plus un délit, pourquoi le juge se prêterait-il à une intrusion dans la vie privée d'autrui ? Toute atteinte à cette intimité n'est-elle pas illicite ?²⁹

Ce raisonnement n'a pas eu prise sur la jurisprudence, qui maintient sans changement le système traditionnel des constats d'adultère³⁰. Mais l'hésitation qui a pu se manifester révèle la fragilité de l'équilibre ainsi atteint de façon empirique entre le droit à la preuve d'une part et le droit à l'intimité de la vie privée d'autre part : la difficulté de prouver autrement l'adultère justifie une investigation exceptionnelle ; mais cette avancée du droit à la preuve ne vaut pas pendant la nuit. De sorte que les amours illicites demeurent à l'abri des constats... pourvu que les partenaires renoncent au confort des grasses matinées. La paresse conjugquée à l'infidélité fait donc perdre la protection de la vie privée...

17. Bien d'autres aspects du conflit entre droit à la preuve et droit à garder secret ce qui touche intimement la personne pourraient être évoqués : secret de la correspondance, secret professionnel des confidents nécessaires, etc. Souvent, les solutions sont nuancées et procèdent de tâtonnements en vue d'atteindre un équilibre satisfaisant.

Ainsi se dégagent d'une façon souvent empirique les contours du droit à la preuve, entendu comme le droit d'obtenir des preuves. En tout cas, ce droit se manifeste, quelquefois vigoureusement. Avec l'appui ou au moins le contrôle du juge, il permet d'assujettir des tiers, qu'il s'agisse de personnes étrangères au litige ou de l'adversaire dans le procès.

Ce droit de rechercher les preuves est étroitement lié au droit de produire les preuves : il est clair qu'il n'y a pas lieu d'envisager l'application de mesures tendant à faciliter l'obtention d'éléments de preuve dont l'utilisation dans le procès se heurterait à un obstacle juridique. Cependant, malgré ces interférences, il n'est pas sans intérêt de s'arrêter sur le second aspect du droit à la preuve, qui met directement en présence le justiciable et le juge : le droit de produire les preuves.

²⁹ MARTY et RAYNAUD, *Droit civil, Les personnes*, 3^e éd. par P. RAYNAUD, n° 300 - Trib. gr. inst. Bar-le-duc 16 janvier 1979, réformé par Nancy 14 mars 1979, *JCP* 1979.II.19210, note GOUBEAUX.

³⁰ Cass. civ. 1^{re}, 6 février 1979, *Gaz. Pal.* 1979.I.252, note J.V. - Nancy 14 mars 1979 précité.

II. LE DROIT DE PRODUIRE LES PREUVES EN JUSTICE

18. Les preuves ne sont utiles que si elles peuvent être employées pour entraîner la conviction du juge. Sinon, à quoi bon amasser des documents, recueillir des indices, rechercher des témoins ? Avoir un droit à la preuve, c'est avoir le droit de se servir des preuves que l'on détient ; c'est avoir le droit de produire ses preuves en justice.

Cet aspect du droit à la preuve paraît être une donnée de tout système ayant pour fin la Justice. La découverte de la vérité n'est certes pas chose facile, mais refuser délibérément de connaître la vérité paraîtrait aberrant.

Et pourtant, le droit de se faire entendre, le droit de tenter de convaincre, n'est pas toujours accordé, même dans des systèmes juridiques qui ne passent pas pour être des symboles de tyrannie et d'arbitraire. Il suffit d'évoquer en droit français le mécanisme des voies de recours combiné à la distinction du fait et du droit : combien de plaideurs éprouvent un sentiment de frustration lorsqu'ils comprennent que la Cour de cassation n'ayant plus aucune prise sur la constatation des faits opérée par les juges du fond, ils ne sont pas admis à proposer de nouvelles preuves à l'appui de leurs prétentions ! Et cependant il n'est pas possible d'élargir le droit de produire les preuves à l'instance en cassation sans remettre en question l'institution elle-même.

Ainsi, le droit à la preuve, entendu comme le droit de produire ses preuves, n'est pas sans limites. Ce sont ces limites qu'il faut signaler puisqu'elles permettent de dessiner les contours du droit qui nous occupe.

Ne parler que d'obstacles ou de restrictions à la production des preuves pour caractériser le droit à la preuve n'est paradoxal qu'en apparence. En effet, c'est à l'égard du juge qu'existe le droit de produire les preuves. Or, le juge a pour mission de trancher les litiges conformément au droit. L'obliger à examiner les preuves proposées par les parties n'est pas attenter à sa liberté ; c'est simplement la conséquence normale de sa mission. Aussi n'est-ce pas du point de vue positif, celui de la prérogative de tout plaideur de se faire rendre justice, que le droit à la preuve est remarquable. Ce sont, au contraire, les limites, les restrictions qu'il subit, qui doivent être notées :

Elles paraissent être de deux types :

- d'une part, la production de preuves peut être jugée inutile,
- d'autre part, la production de preuves peut être interdite par des motifs de politique juridique.

A. La preuve inutile

19. Il est sans intérêt de produire en justice des preuves qui sont impropres à exercer une influence quelconque sur la solution du litige. Il serait absurde d'obliger le juge à examiner des éléments de preuve dont il est certain à l'avance qu'ils sont inutiles. Le bon sens impose de limiter le droit à la production des preuves aux seuls moyens qui peuvent présenter une certaine utilité. Cette règle s'exprime : « La pertinence est une condition de recevabilité de l'offre de preuve ».

Pour en saisir la portée et donc, par contrecoup, prendre la mesure du droit à la preuve, il faut envisager les différents types de situations dans lesquels s'applique le contrôle de la pertinence³¹.

20. Ce contrôle porte en premier lieu sur l'allégation. Ainsi que l'énonce l'article 6 du Nouveau Code de procédure civile :

« À l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder »...

Alléguer et pas encore prouver : la simple énonciation des éléments de fait invoqués peut être suffisante si l'adversaire ne les conteste pas ; ils sont alors établis sans qu'il y ait à les prouver. Surtout, et c'est là qu'intervient le contrôle de la pertinence, la seule allégation permet de déterminer si les faits indiqués, à les supposer démontrés, peuvent ou non donner prise à une règle de droit utile pour la solution du litige. Dans la négative, il n'y a pas lieu de se préoccuper de prouver des faits dont l'existence est, finalement indifférente (ainsi, dans une instance en désaveu de paternité, le mari qui allègue le seul fait de l'adultère de sa femme ne sera pas admis à le prouver, puisque l'infidélité de la femme ne suffirait pas à exclure la paternité du mari).

21. Le contrôle de la pertinence s'exerce, en second lieu, à propos de la relation existant entre le fait allégué et les faits dont la preuve est offerte. Ici, il faut supposer au départ l'allégation d'un fait utile. Mais, en présence de la contestation élevée par l'adversaire, le demandeur se reconnaît incapable de prouver directement le fait et il propose de démontrer d'autres faits desquels, selon lui, pourrait être inférée l'existence du fait à prouver. En d'autres termes, il propose une preuve par présomption. Si les indices qu'il offre ainsi d'établir sont trop vagues ou trop éloignés du fait à prouver pour qu'une présomption puisse en être tirée par le juge, cette preuve est inutile ; la production n'en sera donc pas admise (par exemple, dans une instance en divorce pour faute, l'époux demandeur allègue l'adultère de son conjoint, fait pertinent, et propose en preuve la démonstration de l'inconduite du défendeur avant le mariage, ce qui serait sans pertinence).

22. En troisième lieu, la production de la preuve sera repoussée pour défaut de pertinence lorsqu'en égard aux informations déjà recueillies elle ne serait plus de nature à modifier l'opinion du juge, dont la conviction est déjà faite.

23. Enfin, par le contrôle de la pertinence, il est possible de couper court à des tentatives d'administration de la preuve d'avance vouées à l'échec. Il est, en effet, inutile de laisser un plaideur proposer des moyens que l'on sait d'ores et déjà inefficaces, comme

³¹ Les nuances terminologiques entre fait pertinent, fait concluant et fait admissible, proposées en doctrine (cf. BEUDANT et LERBOURS-PIGEONNIERE, *op. cit.*, n° 1168 et s.) sont généralement ignorées par la pratique.

ce serait le cas d'une expertise sollicitée trop tardivement pour que des constatations sérieuses puissent être faites...

24. Dans toutes ces hypothèses, le juge peut refuser d'examiner les preuves. Le droit de prouver n'est pas le droit d'établir n'importe quoi n'importe comment. Le rejet, avant tout examen, de la preuve dont l'inutilité est certaine est une mesure qu'impose le fonctionnement correct des juridictions. Cependant, on conçoit qu'une telle solution laisse généralement une impression d'amertume au plaideur qui n'est pas admis à produire toutes ses preuves. L'appréciation de la pertinence est volontiers suspecte de préjugé.

Or, le contrôle de la Cour de cassation sur ce point est, par la force des choses, assez limité³². Des différents aspects que présente la pertinence de l'offre de preuve, seul le premier, relatif à l'allégation, pose certainement une question de droit, car il s'agit de dire quelle catégorie de faits est visée par la règle juridique. Ailleurs, la pertinence dépend de l'aptitude de la preuve proposée à convaincre ou non le juge si on la suppose rapportée ; seul le juge du fond lui-même peut faire cette appréciation qui dépend entièrement des circonstances.

C'est ce qu'exprime fréquemment la Cour de cassation en ces termes :

« Si les juges du fond ont, en principe, un pouvoir souverain d'appréciation quant à la pertinence des faits offerts en preuve, il en est autrement quand les faits invoqués, dans le cas où leur existence serait établie, justifieraient les prétentions de la partie qui les articule »³³.

Lorsque les juges du fond, dans un procès en responsabilité, refusent d'entendre le plaideur qui prétend démontrer la faute de la victime, en disant que cette démonstration est inutile, cela signifie que, pour eux, cette faute n'aurait aucun effet exonératoire. C'est une affirmation sur un point de droit, qui actuellement, est erroné ; la décision sera censurée... Mais si les juges disent que leur conviction est déjà faite et qu'en conséquence il n'y a plus rien à prouver, ou considèrent que le moyen de preuve proposé ne pourra pas les convaincre, il n'y a là aucune position de principe sur une question de droit ; le refus de l'offre de preuve échappe à la censure de la Cour de cassation³⁴.

25. Le droit à la preuve, entendu comme le droit de produire les preuves, est limité par un légitime souci d'efficacité aux seules preuves utiles. L'appréciation de cette utilité

³² CHEVALLIER, « Le contrôle de la Cour de cassation sur la pertinence de l'offre de preuve », *D.* 1956, chron. p. 37

³³ Jurisprudence constante. Cf. GOUBEUX et BIHR, *op. cit.*, n°100 et les références citées.

³⁴ Il faut cependant réserver le cas exceptionnel où les juges auraient refusé la preuve proposée, non en raison des circonstances de l'affaire, mais en se fondant sur des considérations d'ordre général tenant à la nature du procédé de preuve (par exemple, énoncer : « un témoignage indirect ne pourrait l'emporter sur un témoignage direct », car ce serait se référer à un système de preuve légale et ainsi statuer en droit (CHEVALLIER, chronique précitée)

étant faite par le juge, c'est-à-dire par celui-là même qui se trouve obligé par l'effet du droit à la preuve, on peut se demander s'il n'y a pas une certaine part d'illusion dans l'affirmation de l'existence de ce droit à l'égard du juge.

Ce serait sans doute excessif. Le juge n'est pas un débiteur dont l'intérêt s'oppose à celui de son créancier. Qu'il garde lui-même le contrôle de sa propre obligation ne l'empêche pas d'être tenu. Sa fonction le conduit à respecter le droit de tout plaideur à produire des preuves utiles.

À condition toutefois que la production en question ne soit pas illicite. Il existe, en effet, de nouvelles restrictions au droit de produire des preuves, qui s'imposent au juge comme aux plaideurs : administrer certaines preuves en justice est parfois prohibé.

B. La preuve interdite

26. L'interdiction de prouver peut paraître choquante. Elle est cependant relativement fréquente. C'est, en effet, un puissant instrument de politique juridique.

Un recensement complet des utilisations de cette méthode serait difficile et fastidieux. Notons seulement quelques lignes générales.

27. L'échec le plus brutal du droit à la preuve est évidemment la prohibition pure et simple de démontrer certains faits. En ce cas, le choix d'une politique par le législateur se montre au grand jour. Ainsi en était-il par exemple, de l'ancienne interdiction de prouver l'existence d'un lien de filiation adultérine ou incestueuse.

28. Le plus souvent, le refus de connaître la réalité se dissimule davantage, en empruntant la technique de la présomption irréfragable. À partir de certains faits, la loi et quelquefois la jurisprudence considèrent comme établis d'autres faits, sans qu'il soit possible de démontrer le contraire : le passage des prémisses à la conclusion est imposé.

Il a été maintes fois observé que, sous couvert d'un aménagement de la preuve, ce sont alors des règles de fond qui sont établies. La loi tire certaines conséquences d'une situation de fait. La présomption est une façon de justifier la solution, une certaine explication des motifs du législateur. Mais, en n'autorisant pas la preuve contraire, la loi manifeste, en réalité, son indifférence pour l'enchaînement supposé des faits.

Lorsque le Code civil établissait une présomption irréfragable de durée des grossesses, c'était moins déterminer la durée des gestations que dire : en matière de filiation il y a lieu de tenir compte de l'existence ou de la dissolution du mariage entre le 180^e et le 300^e jour précédant la naissance. En décidant que la présomption désormais serait simple, la loi du 3 janvier 1972 est revenue sur ce point à un simple aménagement de la preuve, mais a aussi, par-là, modifié la définition de la paternité légitime... Présumer qu'un vendeur professionnel connaît les vices cachés de la chose vendue cesse d'être un aménagement de la preuve lorsqu'il est interdit de démontrer l'impossibilité de connaître les défauts de la marchandise. En établissant une telle règle, la jurisprudence détermine une attribution des risques, qui n'a plus rien à voir avec la compétence et la diligence supposées du professionnel...

Ainsi, lorsqu'on y réfléchit, en cas de présomption irréfragable, la preuve interdite n'est autre qu'une preuve inutile, puisque le fait qu'elle tend à établir est indifférent à l'application ou à l'exclusion de la règle juridique en cause : du vice de la chose dérive une responsabilité du vendeur professionnel, qu'il ait pu ou non connaître ce vice... De même, avant 1972, de la date de naissance et de celle du mariage résultait la légitimité, que la conception ait eu lieu ou non au cours de la période légale, etc.

Il y aurait toute une étude à faire sur les raisons qui poussent à déclarer irréfragable une présomption légale et à mettre ainsi en échec le droit à la preuve. On s'apercevrait sans doute qu'au souci de paix des familles et d'un certain ordre moral qui dominait dans le Code civil, on est passé à des préoccupations de justice économique, au service des consommateurs...

Quoi qu'il en soit, la présomption irréfragable est à retenir dans les empêchements à la production des preuves.

29. Outre ces prohibitions visant le fait à prouver lui-même et paralysant par conséquent toute tentative de démonstration, quel que soit le type de preuve offert, il est d'autres restrictions, moins sévères, qui font seulement obstacle à la production de certaines preuves.

Il est ainsi, naturellement, de l'obligation pour le juge d'écarter les preuves obtenues d'une façon illicite : détournement de correspondance, écoutes téléphoniques clandestines, violation de domicile, atteinte au secret professionnel, etc. La solution s'impose et n'appelle guère de commentaires.

On remarquera pourtant que l'illicéité d'une preuve fait l'objet d'une appréciation dans laquelle le droit à la preuve est pris en considération. Un exemple le montre clairement : celui du secret professionnel médical³⁵. Les chambres civiles de la Cour de cassation montrent à ce propos une certaine souplesse. Il a été admis, en effet, non seulement que le secret médical n'était pas opposable au patient lui-même, mais encore qu'il ne pouvait pas mettre obstacle à la production de certificats médicaux par les héritiers du malade, lorsqu'ils tentent de faire annuler un testament pour insanité d'esprit du testateur³⁶ ou quand ils cherchent, pour la même raison, à faire annuler une vente³⁷. L'argument décisif, dans ces affaires, a manifestement été l'impossibilité dans laquelle se trouvaient les héritiers de faire autrement la preuve qui leur incombait : leur droit à la preuve a vaincu l'obligation au secret. Mais la mesure de la force des impératifs opposés est délicate ; le droit à la preuve ne triomphe pas toujours. Ainsi, dans une autre affaire a-t-il été décidé qu'un héritier, défendeur à une action en recherche de paternité exercée contre son auteur, ne pouvait pas apporter la preuve de l'impuissance de celui-

³⁵ MELENNEC et BELLEIL, « Le secret professionnel et la recevabilité des certificats médicaux comme mode de preuve en justice », *Gaz. Pal.* 1976, 1. doct. p. 30.

³⁶ Cass.civ. 1^{re}, 26 mai 1964, *D.* 1965, 109, note LEBRIS, *J.C.P.* 1964.II.17751, concl. LINDON ; *Rev. trim. dr. civ.* 1965, 162, obs. R. SAVATIER.

³⁷ Cass. civ. 1^{re}, 29 avril 1968, *J.C.P.* 1968.II.15560, note LINDON ; comp., dans le même sens, à propos d'une rente viagère : Paris 21 décembre 1964, *Gaz. Pal.* 1965.I.202, concl. RICALENS ; *Rev. trim. dr. civ.* 1965, 371, obs. CORNU.

ci en invitant un médecin à révéler ce qu'il avait constaté sous le sceau du secret³⁸. Le moins que l'on puisse dire est donc que les solutions sont nuancées.

30. Il y a encore obstacle à la production de certaines preuves dans les règles qui visent à privilégier des procédés probatoires déterminés, comme la preuve littérale. Ce type d'entrave au droit à la preuve est la conséquence d'un système de légalité des preuves. Dans un tel système, généralement, la loi ne se borne pas à fixer impérativement le degré de force probante des différents modes de preuve ; elle détermine quels sont les moyens de preuve qui peuvent être accueillis par le juge, ce qui signifie qu'elle élimine les autres.

Il est bien connu que le droit français applique, en matière civile, un système mixte : légalité des preuves dans certains cas, liberté de la preuve ou régime de la preuve morale dans d'autres. Dans le droit des obligations, la ligne de partage passe par la distinction des actes juridiques et des faits juridiques. Ailleurs, des règles éparses peuvent, dans telle ou telle situation, limiter la recevabilité des moyens de preuve : ainsi, le mariage, hormis le seul cas de l'article 197 du Code civil, ne peut être prouvé que par l'acte de l'état civil adéquat.

L'étude précise des limites à la recevabilité des preuves, issues du système de légalité, dépasse l'objet de cet exposé. Le principe de primauté de la preuve écrite, qui résulte de l'article 1341 du Code civil, justifie d'ailleurs à lui seul des débats³⁹.

Ce qu'il faut ici remarquer à ce propos est la résurgence du droit à la preuve, même dans les secteurs où ce droit se trouve bridé par le principe de légalité des preuves.

31. Ce sont d'abord les tempéraments à la règle de l'article 1341 du Code civil prévus par la loi et qui ont reçu en jurisprudence un accueil tel que la sévérité apparente des textes est, le plus souvent, illusoire⁴⁰. On sait que le commencement de preuve par écrit qui, selon l'article 1347, rend recevable la preuve testimoniale ou indiciaire est défini d'une façon extrêmement large, puisqu'il peut consister en des déclarations verbales⁴¹ ou, plus fort encore, dans le silence ou l'absence d'une partie convoquée à une comparution personnelle⁴².

L'impossibilité d'établir ou d'exhiber l'écrit, en principe nécessaire, justifie, selon l'article 1348, une dispense ouvrant la voie à la liberté de la preuve. Or, le texte qui était rédigé en termes assez restrictifs, a reçu une interprétation pour le moins bienveillante⁴³. De l'allusion faite par le texte au « dépôt fait par les voyageurs logeant en une hôtellerie » a été tirée la notion d'impossibilité morale de se procurer un écrit, grâce à laquelle de très nombreuses conventions sont librement prouvées.

³⁸ Cass. civ. 1^{re}, 13 octobre 1970, D. 1970.765, concl. LINDON.

³⁹ Cf. la conférence de M. GINOSSAR au C.N.R.L. : « Primauté de la preuve littérale. Présomption ou fiction ».

⁴⁰ Cf. pour le détail et les références jurisprudentielles : GOUBEAUX et BIHR, *op. cit.*, n° 330 et s.

⁴¹ ... relatées par écrit, tout de même, ce qui est vraiment un minimum !

⁴² Solution dégagée certes en jurisprudence, mais consacrée par la loi (L. 24 mai 1942 ; aujourd'hui, L. 9 juillet 1975 ayant ajouté un 3^e alinéa à l'article 1347).

⁴³ MALINVAUD, « L'impossibilité de la preuve écrite », *J.C.P.* 1972. I.2468.

Il faut ajouter à ces exceptions la liberté de preuve en matière commerciale et aussi l'interprétation, cette fois plutôt restrictive, du principe même de l'article 1341 : distinction entre l'existence et le contenu des actes, incidence de la fraude, caractère d'ordre privé de l'exigence de la preuve écrite, etc.

En définitive, on s'aperçoit d'une assez vive résistance du droit à la preuve aux restrictions artificielles résultant d'une limitation légale de la recevabilité des moyens de preuve.

32. Il en est une autre illustration, souvent passée inaperçue⁴⁴, mais intéressante bien que son importance pratique ne soit pas très considérable : il s'agit de la faculté de déférer à l'adversaire le serment décisoire, prévue par l'article 1358 du Code civil. Quand on y songe, n'est-il pas extraordinaire que le Code civil, tout imprégné du principe de laïcité reçu de la Révolution française, ait ainsi accueilli l'appel solennel à la sanction divine ? Et avec quelle force, puisque la délation du serment est toujours possible, quelles que soient les limites ordinaires à la recevabilité des preuves, et que la prestation du serment commande le sort du procès ! Or, cette anomalie trouve une explication satisfaisante si l'on se réfère au droit à la preuve. Le plaideur sur qui pèse la charge de la preuve ne réussira pas toujours dans sa recherche des éléments de conviction ; d'autant plus que le système de légalité des preuves partiellement consacré par le Code limite encore la recevabilité des moyens de preuve.

Dans ces conditions, déférer le serment à l'adversaire, le mettre au défi de jurer que sa cause est juste, constitue l'ultime chance de sortir du doute. Par hypothèse, la partie qui défère le serment n'a pas réussi elle-même à faire sa preuve. Mais elle a un droit à établir la vérité. La loi lui offre donc la possibilité de s'en remettre à la loyauté de son adversaire. Si celui-ci prête le serment, le demandeur perd son procès, mais si le défendeur refuse de jurer, alors c'est lui qui perd. Lorsqu'il joue ainsi son va-tout, aucun obstacle ne vient plus entraver la tentative de celui qui défère le serment. La délation du serment, dernier sursaut du droit à la preuve, est toujours recevable.

Conclusion

33. « Dieu existe, je l'ai rencontré » a écrit un auteur. Parodiant ce titre, nous pourrions dire : « le droit à la preuve existe, nous l'avons rencontré » ou, du moins, nous avons pu évoquer certaines de ses manifestations en droit positif français. Solutions souvent nuancées, quelquefois teintées de paradoxe : la sollicitude pour le plaideur qui est aux prises avec des obstacles qu'il ne peut surmonter avec ses seules forces coexiste avec des prohibitions légales entravant ses efforts ; surtout, le droit à la preuve qui, dans une large mesure est un droit à l'égard du juge, doit être vivifié par l'intervention du juge lui-même. En définitive, c'est une collaboration qu'il s'agit d'assurer entre le plaideur, le

⁴⁴ V. cependant, CHEVALLIER, *La charge de la preuve*, Cours de droit civil approfondi, Paris 1958-1959.

juge et même l'adversaire en conciliant, autant que faire se peut, des impératifs contraires, avec pour but la vérité et la justice.

Appel à contributions

La Revue Juridique de la Sorbonne – *Sorbonne Law Review* lance un appel à contributions pour son troisième numéro à paraître en juin 2021.

Fondée au sein de l’Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS), la Revue Juridique de la Sorbonne a pour ambition de publier des travaux de recherche qui peuvent intéresser toute la communauté des juristes. Ces travaux peuvent explorer différentes temporalités, différents lieux du droit, sans pour autant s’y restreindre, et proposer à la fois des analyses précises et des champs d’application susceptibles de parler au plus grand nombre. Des travaux mettant en perspective le droit avec d’autres sciences humaines y trouveraient également bon accueil. Les soumissions d’articles peuvent être en français ou en anglais, sans limite de caractères.

Un comité scientifique assure l’évaluation des articles soumis à la rédaction, en double aveugle.

Les chercheurs intéressés peuvent envoyer leurs contributions complètes, ainsi qu’un court résumé et une sélection de mots-clés, à l’adresse : irjs-editions@univ-paris1.fr au plus tard le 31 mars 2021.

Le titre, le résumé et les mots-clés de l’article devront être en français et en anglais. Veuillez également préciser votre affiliation institutionnelle et votre grade académique si possible.

Revue Juridique de la Sorbonne est une revue gratuite disponible sur <https://irjs.pantheonsorbonne.fr/revue-juridique-sorbonne>, en *open access* et sous licences *Creative Commons*.

- Les propositions d'articles doivent être adressées au format word à : irjs-editions@univ-parisi.fr, avec les résumés et la liste des mots-clés en anglais et en français, ainsi que les identifiants OrcID et/ou idHal de l'auteur.
- La Revue publie des articles originaux, d'actualité mais aussi des textes déjà publiés qui remplissent les conditions prévues par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.