



REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE

SORBONNE LAW REVIEW

Juin 2021 - N°3

Revue numérique en open access sur :
irjs.pantheonsorbonne.fr/revue-juridique-sorbonne



UNIVERSITÉ PARIS 1

PANTHÉON SORBONNE

IRJS Editions

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 JÉGOUZO, 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 MALASSIGNÉ, 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

Christine NEAU-LEDUC, Présidente 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, rédactrice en chef
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.panthéonsorbonne.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 : juin 2021, mise en ligne le 1^{er} juillet 2021.

Édito

« Le droit n'est pas cet absolu dont souvent nous rêvons [...] Le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite ». Une grande partie des contributions de ce numéro 3 de la *Revue* illustrent cette déclaration du doyen Jean Carbonnier. En effet, dans le cadre de ce numéro, il est question de confiance, d'émotion, de tolérance et de prudence, des notions qui n'ont pas de définition juridique précise mais peuvent être étroitement liées à la nature humaine.

La confiance d'abord, notion non définie par le droit mais qui pourtant est un élément essentiel dans le cadre des missions du notaire, tiers de confiance. Cette relation de confiance est ici (p. 6) traitée sous l'angle de la confiance technologique avec la mise en place de la *blockchain*, que celle-ci soit privée ou publique. L'émotion, ensuite, qui est plutôt appréhendée par les autres sciences humaines. Or, dans le cadre du séminaire « Droit et émotion », dont les 5 premières séances sont ici reproduites¹ (p. 145), la part de l'émotion qui innoverait les différentes branches du droit est scrutée. Plusieurs surprises émaillent cette étude de la relation entre le droit et l'émotion. Ainsi, alors que l'on s'attend à retrouver une empreinte forte de l'émotion dans la propriété intellectuelle des œuvres d'art ou dans le droit de la famille, elle y est plutôt étroitement encadrée par le droit. À l'inverse, en droit des sociétés, l'on aurait pu penser que l'émotion en est absente, alors qu'elle y occupe une place importante. Puis, la tolérance. Dans l'Ancien Régime, lorsque les normes existantes ne couvraient pas certains sujets, mais que le pouvoir royal se devait de « dire laisser-faire », la tolérance royale était évoquée (p. 58). Cette tolérance illustre la puissance de l'autorité royale et permettait à cette dernière de faire illusion sur l'étendue objective de son pouvoir. Et enfin, la prudence. Le droit cherche à influencer sur les conduites humaines, notamment en incitant à la prudence. Cela se traduit par exemple *via* le mécanisme de responsabilité délictuelle. En effet, cette responsabilité a plusieurs propriétés qui lui confèrent une certaine force dissuasive (p. 81) : sa proportionnalité face à la gravité de la faute, la possibilité de dépassement du plafond de la réparation intégrale et enfin, la possibilité pour le juge de s'auto-saisir pour la prononcer.

Ce numéro de la *Revue* n'en oublie pas pour autant de traiter le droit de manière plus classique. Ainsi, l'autorité de la chose jugée au pénal sur les actions civiles sera ici étudiée sous l'angle nouveau du raisonnement judiciaire dans son ensemble (p. 114). Dans une autre contribution (p. 123), l'usage des technologies de l'information et de la communication dans les centres d'arbitrage de la zone OHADA est analysé. Les textes ne sont pas formels sur cette possibilité de dématérialiser la procédure d'arbitrage, mais

¹ Les autres séances le seront dans le prochain numéro de la *Revue*.

une marge de manœuvre est laissée aux arbitres et parties d'en déterminer les modalités pratiques.

Ainsi, malgré une certaine « flexibilité du droit », il est rassurant de constater que la société humaine n'est pas entièrement guidée par la passion, considérée par le doyen Carbonnier comme vicieuse parce qu'elle « trouble secrètement le cours paisible de la vie sociale. S'il n'y avait pas de normes juridiques [...] l'intuition des individus jouerait et une expérience se formerait par l'habituelle dialectique des tentatives et des erreurs, des échecs et des réussites ».

Ianjatiana RANDRIANANDRASANA

Sommaire

Édito	3
<i>Du notaire à la blockchain notariale : les tribulations d'un tiers de confiance entre confiance interindividuelle, confiance institutionnelle et méfiance généralisée</i> ..7 Camille CHASERANT, Corine DAUCHEZ, Sophie HARNAY	
<i>La « tolérance royale » dans la rhétorique de la monarchie absolue : une figure de style ancien</i>	59
Vincent GOBIN	
<i>La force dissuasive de la responsabilité délictuelle</i>	82
Jean LEFEBVRE	
<i>L'élément manquant à l'équation de la chose jugée au pénal sur le civil</i>	115
Soufyane MAHSAS	
<i>Les centres d'arbitrage de l'espace OHADA face aux technologies de l'information et de la communication (TIC)</i>	124
Dr. Céline NDONGO DIMOUAMOUA	
<i>Droit et émotion</i>	146
Rebecca DEMOULE, Clara GAVELLI, Emmanuel JEULAND, Carla TREBERT (dir.)	
<i>Présentation du cycle de séminaires</i>	149
Emmanuel JEULAND	
<i>Le consentement comme polarité dynamique, entre émotion et raison</i>	153
Emma BRETON	
<i>Les ordalies à l'aune des émotions</i>	162
Laura VIAUT	
<i>Le droit de la preuve et l'émotion</i>	173
Pierre GAUTIER	
<i>Propriété intellectuelle et émotion</i>	181
Tristan AZZI	
<i>Propriété littéraire et artistique et émotion</i>	195
Clara GAVELLI	

<i>Droit des entreprises en difficulté et émotions</i>	212
David LEMBERG	
<i>Quelle place pour les émotions dans l'activité de travail, le droit social et le contentieux social ?</i>	217
Pierre-Yves VERKINDT	
<i>L'impact des émotions liées à la pandémie sur le traitement du télétravail</i>	232
Mathilde DE SLOOVERE	
<i>Nationalité française : des émotions aux sentiments</i>	237
Étienne PATAUT et Apolline SCHAAL	

Du notaire à la *blockchain* notariale : les tribulations d'un tiers de confiance entre confiance interindividuelle, confiance institutionnelle et méfiance généralisée¹

Camille CHASERANT*

Maître de conférences en économie – HDR à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, membre du Centre d'Économie de la Sorbonne

Corine DAUCHEZ**

Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris Nanterre, membre du CEDCACE (EA 3457), co-responsable scientifique de la recherche « Notariat et numérique »

Sophie HARNAY***

Professeure d'économie à l'Université Paris Nanterre, EconomiX, UPL, CNRS UMR 7235

Résumé : Révolution technologique, soi-disant porteuse d'une révolution de la confiance, la *blockchain* serait apte à remplacer les tiers de confiance, dont le plus prestigieux d'entre eux, l'État, mais également les notaires, que leur statut d'officier public rattache à l'État. L'assertion ne résiste pas à l'analyse. L'étude se fonde sur la distinction effectuée par les économistes entre la confiance interindividuelle et la confiance institutionnelle. Elle démontre que la profession notariale est productrice d'une confiance institutionnelle nécessaire à l'existence de la confiance interindividuelle. Acteur de la société de confiance, la profession de notaire s'oppose ainsi à la *blockchain* qui ne permet nullement de « partager » ou « distribuer » la confiance mais repose, en réalité, sur une méfiance généralisée entre les individus qu'elle systématise. En s'emparant actuellement de la technologie *blockchain* pour la mettre au service de la société de confiance, les notaires réintroduisent de la confiance au sein de la *blockchain* qui en est dépourvue et ne peut la produire d'elle-même. Ainsi, la technologie *blockchain* n'éradique pas le besoin de notaire, mais elle le transforme, et invite les notaires à dépasser leur condition de tiers de confiance juridique pour endosser celle de tiers de confiance technologique.

Mots-clés : *Blockchain* publique, *blockchain* privée, confiance interindividuelle, confiance institutionnelle, défiance, État, société de confiance, profession de notaire.

¹ L'article est rédigé par des universitaires membres de la recherche « Notariat et numérique : le cyber-notaire au cœur de la République numérique » portée par le CEDCACE, réalisée sous la direction scientifique de M. Bourassin, C. Dauchez et M. Pichard et avec le soutien de la mission de recherche droit et justice (Convention n° 218.02.05.37 en date du 5 février 2018).

* @ : camille.chaserant@univ-paris1.fr, OrcID : : 0000-0002-3543-439X, IdHAL : 7126

** @ : c.dauchez@parisnanterre.fr, ORCID : 0000-0003-4898-4013, IdHAL : corine-dauchez

*** @ : sophie.harnay@parisnanterre.fr

***From the notary to the notarial blockchain:
The tribulations of a trusted third party between inter-individual
trust, institutional trust and generalized distrust***

Summary: *Blockchain technology is often seen as a revolution in trust. It is supposedly able to replace trusted third parties, including the most prestigious of them, the State, and notaries, who are closely linked to the State by their status as public officers. Our analysis calls this statement into question. Relying on the economists' distinction between personal trust and institutional trust, we demonstrate that the profession of notary produces the institutional trust, necessary to the development of personal trust. Contrary to what is often alleged, blockchain technology does not share or distribute trust but it relies on widespread mistrust. By contrast, notaries are currently seizing blockchain technology's potential to serve the trust society. In this way, they are able to reintroduce trust into the blockchain, which lacks it and fails to produce it by itself. In the end, blockchain technology does not eliminate the need for notaries. But it transforms it, thereby inviting notaries to go beyond their condition of legal trusted third party in order to assume a new role of technological trusted third party.*

Keywords: *Public blockchain, private blockchain, inter-individual trust, institutional trust, mistrust, State, trust society, notary profession.*

Pour citer cet article : Camille CHASERANT, Corine DAUCHEZ, Sophie HARNAY, « Du notaire à la blockchain notariale : les tribulations d'un tiers de confiance entre confiance interindividuelle, confiance institutionnelle et méfiance généralisée », *Revue juridique de la Sorbonne* [en ligne], n° 3, juin 2021, p. 7-58.

URL : https://irjs.pantheonsorbonne.fr/sites/default/files/inline-files/Du_notaire_a_la_blockchain_notariale_C_CHASERANT_C_DAUCHEZ_S_HARNAY.pdf

La société de défiance. Si la valeur d'un bien est corrélée à sa rareté, la confiance est l'or du XXI^e siècle. À qui peut-on faire confiance aujourd'hui ? La lecture des journaux donnerait presque le tournis tant la confiance semble avoir déserté la société civile (si tant est que cet état paradigmatique ait jamais existé...). L'avènement de la société de l'information n'a certainement pas contribué à l'instauration d'un climat de confiance. À considérer le seul défi public représenté par la lutte contre les *fake news*, on peut même soutenir l'inverse et avancer que son développement a participé à l'expansion de la société de défiance. La crise sanitaire qui s'est emparée de la vie sociale depuis plus d'un an n'a fait, quant à elle, que renforcer la complexité du défi de la confiance auquel les pouvoirs publics se trouvent confrontés depuis quelques dizaines d'années. Ressort de la légitimité démocratique tout autant que de la vitalité économique, la confiance est ainsi devenue un terme quasi incantatoire, à tel point que l'on voit surgir depuis 2004

des lois aux titres les plus évocateurs : loi pour la confiance dans la vie politique², loi pour la confiance dans l'économie³, loi pour un État au service d'une société de confiance⁴, loi pour une école de la confiance⁵ ou encore le récent projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire⁶ et la proposition de loi visant à améliorer le système de santé par la confiance et la simplification⁷.

La blockchain ou la révolution de la confiance. Ce climat a préparé le terrain pour la *blockchain* (chaîne de blocs en français), dont la première apparition publique a eu lieu peu après la crise financière de 2008, dans un contexte de défiance à l'égard des institutions financières, lorsque Satoshi Nakamoto a lancé le bitcoin, la première cryptomonnaie assise sur la *blockchain*. La déferlante médiatique autour de cette nouvelle technologie a ensuite pris corps en 2015 à la suite du fameux article de *The Economist* intitulé « *The Trust Machine* » (la machine à confiance)⁸. Une simple revue des premiers ouvrages consacrés à la *blockchain*⁹ fait état de la révolution de la confiance dont elle serait porteuse. La *blockchain* apporterait à l'économie la confiance dont elle a besoin pour les échanges marchands. Elle apporterait plus généralement à la société civile la confiance dont elle est en souffrance. Le bitcoin serait ainsi la première manifestation d'un nouvel ordre économique et politique¹⁰ décentralisé sans État, ni banque ou banque

² Voir la loi organique n° 2017-1338 et la loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique. Ces lois succèdent à la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique qui a créé la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) qui fut suivie d'un rapport remis en janvier 2015 au président de la République sur l'exemplarité des responsables publics intitulé : « Renouer la confiance publique ». La 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, dite « loi Sapin II », participe de ce même mouvement.

³ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur et loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie.

⁴ Loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance.

⁵ Loi n° 2019-791 du 26 juillet 2019 pour une école de la confiance.

⁶ « Projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire », *Assemblée nationale* [en ligne], 14 avril 2021. [Consulté le 1^{er} juin 2021] Disponible sur Internet : <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b4091_projet-loi>.

⁷ « Loi visant à améliorer le système de santé par la confiance et la simplification », *Sénat* [en ligne], 26 avril 2021. [Consulté le 1^{er} juin 2021] Disponible sur Internet : <<http://www.senat.fr/dossier-legislatif/ppl20-200.html>>.

⁸ *The Economist*, « *The Trust Machine* », 31 octobre 2015.

⁹ Not. Y. CASEAU et S. SOUDOPLATOFF, *La blockchain, ou la confiance distribuée*, Fondation pour l'innovation politique, juin 2016 ; D. GEIBEN, O. JEAN-MARIE, Th. VERBIEST, J.-F. VILOTTE, *Bitcoin et blockchain : vers un nouveau paradigme de la confiance numérique ?*, Paris, RB éd., 2016 ; L. LELOUP, *Blockchain. La révolution de la confiance*, Paris, Eyrolles, 2017 ; Ph. RODRIGUEZ, *La révolution blockchain. Algorithmes ou institutions, à qui donnerez-vous votre confiance ?*, Paris, Dunod, 2017 ; P. ORDONNEAU, *Monnaies cryptées et blockchain. La confiance est-elle un algorithme ?*, Cork, Éditions Arnaud Franel, 2017.

¹⁰ L. LELOUP, *op. cit.*, not. p. 9 : « Nous avons une technologie "trustnomics" qui peut insuffler de la confiance dans l'économie, la démocratie, la société... Alors saisissons cette opportunité, relevons le défi et lançons les machines à créer de la confiance dans les organisations et entre les individus », p. 202 : « Depuis la crise financière de 2008, nous avons perdu confiance en nos banques et nos institutions financières, puis progressivement en nos personnels politiques, nos administrations, l'État... Aujourd'hui, nous offrons notre confiance à notre communauté, à l'"autre nous", à celui qui nous correspond, qui nous

centrale. Porteuse d'un nouveau schéma d'organisation de nos relations sociales, cette technologie était annoncée comme dévastatrice pour les tiers de confiance traditionnels dont elle devait permettre de se passer, et notamment pour le plus prestigieux d'entre eux, l'État, conformément à l'idéologie libertarienne qui la sous-tend.

La *blockchain*, substitut des notaires ? Les notaires étaient alors des candidats idéals pour fournir à la *blockchain* un de ses premiers cas d'usage, tant en raison du lien privilégié qui les rattache à l'État en tant qu'officiers publics, qu'en raison de la confiance qui constitue le cœur de leur métier de professionnels libéraux¹¹. Aussi l'émoi fut-il grand lorsqu'après la menace de l'ubérisation par les plateformes, la *blockchain* a paru remettre en cause l'existence même de la profession de notaire. Le débat s'est alors organisé autour de la disparition de la profession de notaire et de son remplacement par la *blockchain*, d'autant plus aisément identifiée comme une concurrente que le terme « notariation » est fréquemment utilisé pour évoquer une des fonctions fondamentales de la *blockchain*¹². Cette « notariation » nous provient des pays de *common law* dans lesquels les *notaries* sont de simples certificateurs, qui ne peuvent être considérés comme l'équivalent des notaires français¹³. L'anxiété s'est cependant rapidement dissipée et il est aujourd'hui établi que la *blockchain* n'est pas apte à remplacer la profession de notaire, tant dans ses missions de conseil que d'authentification : considérée comme un outil technologique à la disposition du notaire, elle n'est pas un substitut pouvant mener à la disparition de la profession notariale¹⁴. La *blockchain* aurait ainsi été amadouée ou domptée et n'effraie plus le notariat¹⁵.

Le mythe de la confiance « partagée » ou « distribuée ». Si les notaires ne sont pas solubles dans la *blockchain*, il reste cependant à replacer l'émergence de cette technologie dans le contexte plus général de la société de défiance duquel elle a émergé, afin d'en saisir les implications au-delà des intérêts catégoriels des notaires. À défaut, risquerait d'échapper à la critique la promesse du changement paradigmatique qu'elle prétend instaurer, en édifiant une société où la confiance serait « partagée » ou « distribuée » entre ses acteurs, plutôt que monopolisée par des tiers auxquels sont associés autant de coûts de transaction et qui suscitent la méfiance. En effet, la

ressemble, notre alter ego, et nous cherchons des nouvelles formes de gouvernance. C'est un monde nouveau qui se profile. [...] nous voyons aujourd'hui poindre la confiance (*trust*) partagée et de nouveaux usages grâce à la technologie *blockchain* ».

¹¹ R. SAVATIER, « L'origine et le développement du droit des professions libérales », in APD, *Déontologie et discipline professionnelle*, Paris, Sirey, 1953-1954, p. 46.

¹² Not. P. DE FILIPPI, *Blockchain et cryptomonnaies*, Paris, Que sais-je, 2018, p. 79, L. LELOUP, *op. cit.*, p. 128.

¹³ M.-A. FRISON-ROCHE, « Analyse des *blockchains* au regard des usages qu'elles peuvent remplir et des fonctions que les officiers ministériels doivent assurer », *Def.*, 2019, n° 25, p. 23.

¹⁴ Not. M. MEKKI, « Les mystères de la *blockchain* », *D.*, 2017, p. 2160, M. MEKKI, « *Blockchain, smart contracts* et notariat : servir ou asservir ? », *JCP éd. N*, 2018, n° 27, act. 599, M. MEKKI, « *Blockchain* et métiers du droit en questions », *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 87. Th. DOUVILLE et Th. VERBIEST, « *Blockchain* et tiers de confiance : incompatibilité ou complémentarité ? », *D.*, 2018, p. 1144, M.-A. FRISON-ROCHE, *op. cit.*, p. 23.

¹⁵ Voir l'investissement de la profession notariale pour s'emparer de la technologie *blockchain*, *infra* III.

blockchain promet initialement de libérer la confiance capturée par les institutions centrales¹⁶ ; elle serait l'incarnation¹⁷ même de la confiance, éliminant le besoin de notaires, au même titre que celui d'État (ses représentants et ses agents), considérés comme des tiers de confiance onéreux devenus inutiles pour asseoir la confiance des individus au sein de la société civile, notamment dans les échanges marchands. Or, cette prétention, si elle s'inscrit dans un discours porteur d'un nouvel idéal de société¹⁸ et si séduisante soit-elle, n'est qu'une chimère que l'on peut discuter en empruntant les outils de l'analyse économique plutôt que ceux de la théorie juridique.

Le désintéret des juristes pour la confiance. En effet, les juristes privatistes hésitent à recourir à la notion de confiance à laquelle ils préfèrent celle, moins incertaine¹⁹ et moins subjective²⁰, de sécurité²¹. La confiance n'a pas de signification spécifique en droit²², qui s'en désintéresse. Elle est, dans une des acceptions du langage courant, le « sentiment de quelqu'un qui se fie entièrement à quelqu'un d'autre, à quelque chose »²³ et le droit n'a que faire des sentiments. À vrai dire, le droit des professions libérales ne s'inscrit pas dans cette tendance. Le doyen René Savatier a montré dès le début des années 1950 que la confiance était au cœur de la profession libérale. À partir de la confiance, donnée psychologique de laquelle il faut nécessairement partir pour comprendre le droit des professions libérales, « s'est développée une construction sociologique, antérieure même à la formation consciente

¹⁶ W. MOUGAYAR, *Business blockchain*, Paris, Dicoland, 2017, Introduction, p. XXI.

¹⁷ Not. C. ZOLINSKI, « La *blockchain* : la fin de l'ubérisation », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 385, Th. DOUVILLE et Th. VERBIEST, *op. cit.*

¹⁸ N. LOUBET, M. TIREL (interview), « Regards croisés sur la *blockchain* », *Blockchainfrance.net* [en ligne], 22 septembre 2016. [Consulté le 1^{er} juin 2021] Disponible sur Internet : <<https://blockchainfrance.net/2016/09/22/interview-regards-croises-sur-la-blockchain/>> : « La chance qu'on a, c'est que ce sont des biens communs, c'est-à-dire des ressources partagées, qui engagent un certain nombre de contributeurs, et avec des règles et processus définis par une communauté. Les *blockchains* comme Bitcoin et Ethereum reposent sur les principes des communs ; on peut même dire qu'elles constituent des biens communs. Il est pour cela essentiel d'aller chercher les zones d'utopie, où des gens qui ne sont pas experts s'approprient la notion de *blockchain*, dans les universités, les espaces de communauté, etc. ».

¹⁹ Not. Th. GENICON, « Contrat et protection de la confiance », *Revue des contrats*, 2013, n° 1, p. 336, n° 2 : la confiance « fait partie de ces notions qui s'obscurcissent à mesure qu'on les creuse » ; R. LAHER, « Mandat et confiance », *RTD Civ.*, 2017, p. 541, n° 2, la confiance n'est pas clairement définie dans les manuels, elle est difficilement saisissable par le droit, une notion complexe, hostile à toute systématisation.

²⁰ La confiance est, dans une conception subjective, un sentiment difficilement saisissable « responsable du désamour des juristes », R. LAHER, *loc. cit.*, n° 4.

²¹ L. AYNÈS (dir.), *L'authenticité*, Paris, La documentation française, 2013, p. 136, n° 103.

²² J. ROCHFELD, « De la "confiance" du consommateur ou du basculement d'un droit de protection de la partie faible à un droit de régulation du marché », Conférence du CEJEC, Approche critique du vocabulaire du droit européen : la confiance, octobre 2008, France p. 7-11, n° 3. Consultable sur HAL [en ligne]. [Consulté le 1^{er} juin 2021] Disponible sur Internet : <<https://hal-parisi.archives-ouvertes.fr/hal-00424954/document>>.

²³ « Confiance », *Larousse* [en ligne]. [Consulté le 1^{er} juin 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/confiance/18082>>.

d'un droit positif »²⁴. Les juristes ont ensuite construit l'analyse du droit des professions libérales sur leur trait commun, celui « de reposer sur la *confiance* de leur clientèle »²⁵. Il n'en demeure pas moins vrai qu'il existe aujourd'hui un « désamour des juristes »²⁶ pour la confiance, qui contraste d'ailleurs avec l'intérêt contemporain qu'elle suscite dans les sciences humaines et sociales. L'affirmation suivant laquelle le notaire est un tiers de confiance n'est en conséquence guère travaillée par les juristes en droit privé et encore moins en droit public, bien que le notaire soit un officier public.

Le recours à l'analyse économique de la confiance. Les économistes se sont, quant à eux, davantage penchés sur le concept de confiance, non pas que l'économie se fie davantage à l'individu, mais au contraire parce qu'elle s'en méfie davantage. Postulant que l'*homo economicus* est mû par la poursuite de ses intérêts individuels et enclin à adopter des comportements opportunistes, elle suppose pourtant, et c'est là la raison du recours à l'analyse économique, que la confiance est essentielle aux échanges marchands. Ce recours permet de démontrer que la profession de notaire est un véritable acteur de la société de confiance (I) et de remettre en question le *topos* selon lequel la *blockchain* serait porteuse d'une « révolution de la confiance » : bien au contraire, les *blockchains* publiques reposent sur le principe de la méfiance réciproque généralisée, induisant des coûts économiques, politiques et sociaux élevés (II). En revanche, la technologie *blockchain* présente sans aucun doute des avantages pour la société de confiance lorsqu'elle est appropriée par des tiers de confiance traditionnels, ainsi qu'en témoigne la *blockchain* privée notariale qui revêt alors la confiance produite par la profession que la technologie est inapte à créer d'elle-même (III).

I.- La profession de notaire, acteur de la société de confiance

La confiance selon les analyses économique et sociologique. Si la confiance n'est guère un sujet d'intérêt en droit, elle a suscité l'intérêt d'autres sciences sociales. Pour une partie autorisée de la doctrine en sociologie, la confiance est nécessaire à la vie en société. Les travaux de N. Luhman font de la confiance la condition de la socialité²⁷, tandis que selon G. Simmel, une société régie par une méfiance généralisée ne peut que se disloquer²⁸. En économie, nombreux sont ceux pour qui la confiance est l'une des « pré-conditions de l'échange et de la production »²⁹, une « institution invisible qui régit

²⁴ R. SAVATIER, *op. cit.*, p. 46.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ R. LAHER, *op. cit.*, n° 4.

²⁷ N. LUHMANN, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale* [1973], Paris, Economica, 2006 et A. GIDDENS, *The Consequences of Modernity*, Cambridge, Polity Press, 1990.

²⁸ L. QUÉRÉ, « Confiance et vérité », *Occasional Paper*, n° 51, Paris, CEMS [en ligne], décembre 2018, p. 26. [Consulté le 1^{er} juin 2021] Disponible sur Internet :

<http://cems.ehess.fr/docannexe/file/4292/op51_quere_confiance.pdf>.

²⁹ G. AKERLOF « The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism », *The Quarterly Journal of Economics*, 1970, vol. 84, n° 3, p. 500.

le développement économique »³⁰ ou encore le fondement de la croissance économique. Dans ce cadre, « la performance d'une économie dépend de ses institutions [...] mais les institutions ne se développent pas dans le vide. Leur fonctionnement repose sur la confiance »³¹.

La confiance : entre risque et interdépendance. Dans leur introduction à une série d'articles scientifiques pluridisciplinaires sur « la confiance dans et entre les organisations »³², D. Rousseau *et al.* (1998) synthétisent les différentes approches de la confiance dans leurs disciplines académiques respectives autour de la définition suivante, aujourd'hui communément retenue : « La confiance est un état psychologique dans lequel on est prêt à accepter d'être vulnérable [face à un autre] car on espère que l'autre a des intentions favorables à notre égard »³³. Cette définition met en exergue deux conditions nécessaires à la confiance : l'interdépendance d'une part, et le risque d'autre part. La confiance s'exprime en effet dans des situations d'interaction où les conséquences du choix ou de l'action d'un individu dépendent de ce que choisit ou fait un autre individu – situations modélisées aujourd'hui dans l'ensemble des sciences sociales grâce aux outils et concepts de la théorie des jeux³⁴. Deuxième condition, le risque est inhérent à la confiance : « le risque crée l'opportunité de faire confiance, qui elle-même conduit à prendre un risque »³⁵. La confiance n'existe donc qu'en situation d'incertitude face aux choix d'autrui³⁶ ; l'accorder est un moyen de prendre une décision,

³⁰ K. ARROW, *The Limits of Organization*, New York, Norton & Cambridge, MA, Harvard University Press, 1974.

³¹ P. DASGUPTA, « Une question de confiance : capital social et développement économique », *Revue d'économie du développement*, 2010, vol. 18, p. 88.

³² « Special Topic Forum on Trust in and between Organizations », in *The Academy of Management Review*, 1998, vol. 23, n° 3.

³³ « Trust is a psychological state comprising the intention to accept vulnerability based upon positive expectations of the intentions or behavior of another », D. ROUSSEAU, S. SITKIN, R. BURT et C. CAMERER, « Not so Different after all: a Cross-Discipline View of Trust », *The Academy of Management Review*, 1998, vol. 23, n° 3, p. 395.

³⁴ La confiance n'embrasse donc pas les notions, empruntées au langage courant, de « confiance en soi » ou de « confiance en l'avenir », qui ne comportent aucune interaction entre individus. La « confiance en soi » relève plutôt du concept d'« estime de soi », abondamment étudié en psychologie sociale (e.g. J. TURNER, *Rediscovering the Social Group. A self-categorization theory*, Oxford, Basil Blackwell, 1987). Celui de « confiance en l'avenir » est étudié en économie, soit en tant que concept théorique de « poids du jugement de probabilité » – il s'agit alors du doute que peut avoir un individu en ses propres jugements (e.g. J. M. KEYNES (1921), *Treatise on Probability*, tome VIII des *Collected Writings of John Maynard Keynes*, Royal Economic Society, Macmillan-CUP, 1971) – soit en tant qu'indicateur conjoncturel évalué par l'Insee pour illustrer l'opinion des acteurs économiques (e.g. « En juin 2020, la confiance des ménages rebondit – Enquête mensuelle de conjoncture auprès des ménages », *INSEE* [en ligne], 26 juin 2020, n° 159. [Consulté le 1^{er} juin 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.insee.fr/fr/statistiques/4517322>>).

³⁵ D. ROUSSEAU, S. SITKIN, R. BURT et C. CAMERER, *op. cit.*

³⁶ « [...] là où la transparence règne, la confiance est superflue [...] En effet, comme l'avait noté Simmel, là où l'information est complète, le savoir assuré, les garanties totales, l'incertitude inexistante sur les intentions et les comportements d'autrui, il n'y a pas besoin de cette chose particulière qu'est la confiance », L. QUÉRÉ, *op. cit.*, p. 21-22.

qui n'exclut cependant pas l'incertitude : la confiance sera-t-elle honorée ou abusée par autrui ?³⁷

Distinction confiance interindividuelle et confiance institutionnelle. Il est alors possible de se couler dans la distinction établie en économie, également adoptée en sociologie, entre la *confiance interindividuelle* et la *confiance institutionnelle*, pour montrer que le notaire est un tiers de confiance nécessaire pour construire la confiance interindividuelle et favoriser ainsi la conclusion des contrats, outils des échanges économiques. Cependant, il n'y aurait aucune raison à ce que les individus se méfiant les uns des autres en viennent à faire confiance au notaire, puisque ce dernier est lui-même un autre individu... La confiance qui est inspirée aux clients par le notaire est en réalité produite par la profession notariale elle-même et l'organisation qu'elle met en place en partenariat avec l'État. La confiance interindividuelle apparaît en ce sens tributaire de l'existence d'une confiance institutionnelle envers la profession. En d'autres termes, l'absence de confiance interindividuelle spontanée entre agents (A) oblige les acteurs institutionnels à organiser la production d'une confiance institutionnelle permettant au notaire de se positionner en tiers de confiance interindividuelle dans les relations contractuelles (B), la profession œuvrant ainsi en symbiose avec l'État à la production d'une société de confiance.

A.- L'absence de confiance interindividuelle spontanée

La rationalité égoïste opposée à la confiance interindividuelle. « Concept nomade »³⁸ de la théorie économique directement importé de la psychologie, la confiance est avant tout une « croyance »³⁹, une « conjecture »⁴⁰, une « espérance »⁴¹ sur le comportement des autres. Les clients qui consultent un notaire croient, supposent, attendent du notaire qu'il les conseille correctement au mieux de leurs intérêts – et non du sien propre – conformément au droit en vigueur – et non de manière erronée ou caduque. Cette confiance des clients envers leur notaire n'est pas simple à appréhender en économie tant la notion de confiance interindividuelle se heurte à la rationalité égoïste traditionnellement prêtée aux agents économiques. En économie, la confiance

³⁷ La confiance peut ainsi être mal placée et engendrer alors des pertes importantes (S. MACAULAY, « Non-Contractual Relations in Business : a Preliminary Study », *American Sociological Review*, 1963, vol. 28, p. 55-66). Elle engendre, « par son existence même, un accroissement des possibilités d'opportunisme [...] Plus la confiance est totale et plus les gains potentiels de la défection sont élevés » (M. GRANOVETTER, « Economic Action and Social Structure: the Problem of Embeddedness », *American Journal of Sociology*, 1985, vol. 91, n° 3, p. 491).

³⁸ H. ZAJDELA, « Que nous apprend la nouvelle économie du travail ? », *Revue semestrielle du MAUSS*, 1994, n° 3, p. 60-76.

³⁹ T. TAZDAÏT (2008), *Les analyses économiques de la confiance*, Louvain-la-Neuve, Éditions De Boeck Université, 2008.

⁴⁰ K. POPPER, *Conjectures et réfutations, La croissance du savoir scientifique* [1963], trad. fr. Paris, Payot, 1985.

⁴¹ E. LAURENT, *Économie de la confiance*, Paris, La Découverte, 2012, coll. « Repères ».

interindividuelle spontanée n'existe pas, que l'on considère les rapports entre les agents économiques (1) ou les rapports entre le notaire et les agents économiques (2).

1. L'absence de confiance interindividuelle dans les rapports entre les agents économiques

Le comportement de l'*homo œconomicus*. La plus grande partie des travaux de l'analyse économique se fonde sur l'hypothèse comportementale de l'*homo œconomicus*. En vertu de cette conception abstraite de l'être humain, les individus sont supposés caractérisés par une forme de rationalité individuelle, égoïste et optimisatrice. Compte tenu de leurs ressources limitées (non seulement en termes monétaires ou matériels, mais aussi de temps), ils cherchent à utiliser ces ressources au mieux de leurs intérêts individuels. Leurs choix résultent alors d'une analyse coûts-avantages, par laquelle ils pèsent les coûts et bénéfices individuels associés à l'ensemble des options en présence et sélectionnent rationnellement celle qui leur procure l'utilité (ou la satisfaction) la plus élevée et donc sert au mieux leur intérêt. Dans les premières analyses microéconomiques⁴², les préférences individuelles des agents ne dépendent pas des conditions sociales ou historiques dans lesquelles ils évoluent, mais portent exclusivement sur des quantités de biens, de travail ou de temps qu'ils échangent sur des marchés. Le modèle de l'*homo œconomicus* a cependant été rapidement étendu à la plupart des comportements humains dans la vie sociale, sous l'influence notamment des travaux de G. Becker à partir des années 1960⁴³. Bien que considéré aujourd'hui par de nombreux économistes comme une fiction, et faisant à ce titre l'objet d'importantes remises en cause et amendements, en conséquence notamment des travaux de l'économie de l'information⁴⁴ et, plus récemment, de l'économie expérimentale et comportementale⁴⁵, les hypothèses du modèle de l'*homo œconomicus* demeurent encore

⁴² L'analyse néoclassique s'entend aujourd'hui de manière générique pour désigner un vaste ensemble de théories économiques, devenu dominant à partir des années 1950, dont l'essence commune est, dans la perspective de l'individualisme méthodologique, d'expliquer la formation des prix et des échanges marchands à partir de l'hypothèse de l'*homo œconomicus*.

⁴³ Comme l'exprime parfaitement le titre de son allocution à la réception du prix Nobel d'économie en 1992 : « *The Economic Way of Looking at Life* ». E.g. G. BECKER, *The Economics of Discrimination*. Chicago, University of Chicago Press, 1957; « Crime and Punishment: An Economic Approach », *The Journal of Political Economy*, 1968, vol. 76, p. 169-217; *A Treatise on the Family*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1981; ou encore *Accounting for Tastes*. Cambridge, MA, Harvard University Press, 1996.

⁴⁴ L'économie de l'information est née de l'idée selon laquelle l'information est un bien économique, dont elle vise à étudier le prix. Dans les relations économiques, les individus n'ont pas forcément le même ensemble d'informations, certains ont plus d'informations ou des informations différentes, l'économiste parlant dans les deux cas d'information asymétrique, ce qui perturbe la réalisation des échanges et la détermination de leur « juste » prix. Cf. *infra*.

⁴⁵ L'économie expérimentale est une méthode qui consiste à soumettre des problèmes économiques à des sujets en laboratoire afin d'analyser leurs décisions. De nombreux résultats ayant souligné les insuffisances du modèle abstrait de l'*homo œconomicus* pour expliquer les décisions des sujets, l'économie expérimentale a donné naissance à l'économie comportementale, ensemble plus large d'analyses à la croisée de l'économie et de la psychologie, qui cherche à mettre au jour les déterminants des comportements individuels et certaines anomalies comportementales par rapport à la rationalité « standard ».

aujourd'hui largement utilisées : dans la plupart des analyses, l'agent économique est supposé rationnel (même si sa rationalité peut être imparfaite), maximisateur (même s'il peut faire des erreurs), égoïste et mû par son intérêt privé (qui peut inclure celui de ses proches), et n'est pas affecté par des déterminants sociologiques, psychologiques ou historiques (même si un nombre croissant de travaux économiques se développent actuellement pour mettre en évidence l'importance de ces facteurs dans la formation des préférences des agents économiques et leurs choix).

Le caractère superfétatoire de la confiance entre agents économiques ou la méfiance spontanée de l'*homo œconomicus*. Lorsqu'un agent économique rationnel agissant sur le modèle de l'*homo œconomicus* rencontre un autre agent économique rationnel, il n'est pas besoin de confiance ou, plus précisément, l'idée même de confiance est superflue⁴⁶. En effet, chacun sait que l'autre est rationnel et qu'il maximisera son intérêt privé – si nécessaire au détriment de l'intérêt privé du premier. La notion de comportement opportuniste rend précisément compte de cette relation. Même dans les situations où les deux agents économiques ne partagent pas le même ensemble d'informations et ne sont donc pas certains de parfaitement cerner l'intérêt privé de l'autre (situations qu'étudie l'économie de l'information), chacun sait que l'autre agira de façon à servir au mieux son propre intérêt, quitte à se comporter de manière opportuniste – l'opportunisme englobant tous les comportements calculateurs, incluant la fraude et la tromperie, au service de la maximisation de son intérêt personnel, y compris au détriment de celui des autres. Non que l'opportunisme soit une caractéristique du genre humain ou que les agents économiques rationnels se comportent systématiquement de manière opportuniste. Mais il suffit de savoir qu'ils le feront si cela sert leur intérêt, aucune incertitude n'existant donc sur leurs intentions – l'*homo œconomicus* maximise *par hypothèse* son intérêt individuel. Nul besoin de parler de confiance puisque tout choix ne repose, finalement, que sur du risque calculé. La conception sociétale induite par celle de l'*homo œconomicus* trace donc les contours d'une communauté au sein de laquelle il n'y a ni confiance, ni même défiance – il n'y a que l'expression d'intérêts individuels calculés. Plus précisément, et suivant la distinction établie par L. Quéré, l'*homo œconomicus* vit dans une société de *méfiance*. En effet, « la défiance fait que l'on ne se fie qu'avec précaution, tandis que la méfiance fait qu'on ne se fie pas du tout. Le défiant craint d'être trompé, tandis que le méfiant croit qu'il sera trompé »⁴⁷, il *sait* même qu'il sera trompé. La méfiance ne laisse aucune place au doute qui nourrit la défiance⁴⁸. L'*homo œconomicus* est donc bien méfiant,

⁴⁶ O. WILLIAMSON, « Calculativeness, Trust, and Economic Organization », *Journal of Law and Economics*, 1993, vol. 36, n° 1, p. 453-486.

⁴⁷ L. QUÉRÉ, « Confiance et vérité », *loc. cit.*, p. 3.

⁴⁸ L. QUÉRÉ, « Confiance et vérité », *loc. cit.*

certain de la possibilité de comportement opportuniste de son cocontractant – sa méfiance est, même, légitime⁴⁹.

De ce fait, la simple éventualité de l'opportunisme, caractéristique de la méfiance, est suffisante pour qu'il soit nécessaire de mettre en œuvre des mécanismes pour tenter de le décourager, en augmentant son coût et modifiant ainsi le résultat de l'arbitrage opéré par l'*homo œconomicus* lorsqu'il prend ses décisions. La perspective d'interactions répétées entre deux agents peut ainsi les inciter à ne pas se comporter de manière opportuniste, en ne cédant pas à leurs intérêts privés immédiats, mais en considérant leurs intérêts (privés) de plus long terme. Il est en effet rationnel de ne pas céder à son profit immédiat pour pouvoir interagir de nouveau et en tirer ultérieurement un profit supérieur. Cependant, conformément à la logique de l'intérêt individuel, un individu ne fait confiance à l'autre que s'il anticipe que l'autre n'a pas intérêt à trahir sa confiance⁵⁰. Il ne s'agit donc toujours pas de confiance proprement dite, mais d'un risque calculé entre intérêts bien compris. À l'échelle d'un groupe plus vaste, en ajoutant le « bouche à oreille » entre les membres du groupe et donc la possibilité de se construire une réputation individuelle, la logique est la même. Un membre du groupe ne fait confiance à un autre que s'il anticipe que l'autre ne va pas céder à son intérêt privé immédiat pour ne pas acquérir une mauvaise réputation qui le priverait ainsi d'interactions ultérieures avec les autres, et donc de sources de revenus futurs⁵¹. La confiance, là encore, n'est qu'une illusion⁵², elle est superflue⁵³ ou inutile⁵⁴ : tout ne relève ici que d'une logique d'intérêt.

2. L'absence de confiance interindividuelle dans les rapports entre le notaire et les agents économiques

Le notaire, un *homo œconomicus* comme les autres. L'absence de confiance interindividuelle conduit alors à impliquer un tiers dans les relations contractuelles interindividuelles afin qu'il y diffuse la confiance pour faciliter les échanges. Ce tiers de confiance est le notaire. Il s'agit, ici, de pallier l'insuffisante confiance interpersonnelle entre deux co-contractants en situation d'échange par une autre forme de confiance interpersonnelle caractérisant cette fois la relation entre notaire et client. Cependant, on peut suspecter que la méfiance entachant la relation d'échange marchande entre deux contractants peut tout aussi bien affecter la relation entre le notaire et son client,

⁴⁹ S. LINDENBERG, « It Takes Both Trust and Lack of Mistrust: the Working of Solidarity and Relational Signaling in Contractual Relationships », *The Journal of Management and Governance*, 2000, vol. 4, n° 1, p. 11-33.

⁵⁰ D. KREPS et R. WILSON, « Reputation and imperfect information », *Journal of Economic Theory*, 1982, vol. 27, n° 2, p. 253-279.

⁵¹ D. KREPS, « Corporate Culture and Economic Theory », in *Perspectives on Positive Political Economy*, J. ALT et K. SHEPSLE (éd.), Cambridge, Cambridge University Press, 1990, p. 90-143.

⁵² L. KARPIK, « La confiance : réalité ou illusion ? Examen critique d'une thèse de Williamson », *Revue Économique*, 1998, vol. 49, n° 4, p. 1043-1056.

⁵³ L. QUÉRÉ, *loc. cit.*

⁵⁴ G. SIMMEL, *Sociologie*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999.

avec les mêmes conséquences en termes de diminution du recours aux services de la profession de notaire, de réduction des échanges et de création de richesse au niveau social.

Les offices notariaux sont en effet des entreprises privées⁵⁵ dont les notaires, en tant que professionnels libéraux, détiennent les droits de propriété et sont à ce titre tout autant des agents économiques que leurs clients. Or le travail du notaire, comme celui de tout professionnel du droit, relève de l'économie de la connaissance ou du savoir⁵⁶ : le notaire offre une prestation intellectuelle caractérisée par un degré d'expertise reposant sur l'acquisition d'un savoir spécialisé et formalisé⁵⁷. La connaissance étant assimilée, en économie, à l'information, cette expertise lui confère une supériorité informationnelle par rapport à ses clients et ouvre sur des possibilités de comportement opportuniste qui ne peuvent que susciter la méfiance des clients. En application de l'hypothèse d'*homo œconomicus* au notaire, l'avantage informationnel dont il bénéficie par rapport à ses clients induit le risque qu'il se comporte de manière opportuniste et maximise avant tout son intérêt privé (le profit de son « entreprise »), et non celui de ses clients. En effet, *homo œconomicus* comme un autre, pourquoi le notaire ne tirerait-il pas rationnellement profit de son avantage informationnel pour servir son intérêt privé ? C'est cette vision du comportement notarial que retiennent la plupart des rapports institutionnels préconisant le remplacement du notaire latin dans les pays de tradition civiliste par divers métiers d'enregistrement, de conservation et de publicité foncière pouvant être exercés par tout autre professionnel⁵⁸.

Le service notarial, un bien de confiance. Le travail du notaire, comme l'ensemble des services juridiques et, plus largement, des services produits par les professionnels, est analysé en économie comme relevant d'une catégorie spécifique : celle des *biens de confiance*. Un bien de confiance se définit comme un bien ou un service dont la qualité ne peut être estimée par le consommateur, ni avant, ni même après l'achat, ou alors à très long terme et à un coût particulièrement élevé⁵⁹. Dans cette

⁵⁵ Sur les changements de logique et la montée d'une logique entrepreneuriale dans les offices, voir par exemple C. THUDEROZ, « Notaires et huissiers de justice : du patrimoine à l'entreprise », *Revue française de sociologie*, 1991, 32, 2, p. 209-239.

⁵⁶ K. ARROW, « Economic Welfare and Allocation of Resources for Inventions », in R. NELSON (dir.), *The Rate and Direction of Inventive Activity*, Princeton, Princeton University Press, 1962, p. 609-626.

⁵⁷ E. FREIDSON, *Professional Powers. A Study of the Institutionalization of Formal Knowledge*, Chicago, The University of Chicago Press, 1986.

⁵⁸ E.g. Commission Européenne, *Rapport sur la concurrence dans le secteur des professions libérales*, COM, 2004, 83 ; Commission Européenne, *Progress by Member States in Renewing and Eliminating Restrictions to Competition in the Area of Professional Services*, COM, 2005, 405 ; Inspection Générale des Finances, *Les professions réglementées*, 2013, rapport n° 2012 M 057 03, 3 tomes ; OCDE, *Competition in Professional Services*, Series Roundtables in Competition Policy, 2000, ou encore OCDE, *Competitive restrictions in Legal Professions*, Series Roundtables in Competition Policy, 2007.

⁵⁹ M. R. DARBY et E. KARNI, « Free Competition, and the Optimal Amount of Fraud », *Journal of Law and Economics*, 1973, vol. 16, n° 1, p. 67-88 ; U. DULLECK et R. KERSCHBAMER, « On Doctors, Mechanics, and Computer Specialists: the Economics of Credence Goods », *Journal of Economic Literature*, 2006, vol. 44, n° 1, p. 5-42. Sur l'utilisation de la notion de bien de confiance à d'autres professions juridiques que les notaires (la profession d'avocat), voir C. CHASERANT et S. HARNAY, « The Regulation of Quality in the

perspective, l'expertise du notaire lui confère un double avantage informationnel : *ex ante*, il sait mieux que son client les services dont celui-ci a besoin et, *ex post*, son client n'est pas – ou pas totalement – en mesure d'évaluer la qualité du service vendu. Le client peut en effet constater que son besoin juridique a disparu (l'acte nécessaire a été établi), sans cependant savoir s'il l'a été de manière satisfaisante (l'acte était-il nécessaire ? A-t-il été correctement établi ? Le garantit-il contre tout recours ? etc.) ou au juste prix. Cette incertitude est de nature à susciter la méfiance du client, alors que les biens de confiance – si on les prend au mot – ne peuvent exister que s'il suspend sa méfiance quant aux possibilités d'opportunisme du notaire pour lui accorder sa confiance. Dans les termes d'Orléan, « c'est précisément parce que ceux-ci [les intérêts individuels] constituent un ciment social par trop instable et précaire que la confiance devient essentielle »⁶⁰ et qu'il revient alors aux institutions de produire une confiance institutionnelle destinée à susciter la confiance interindividuelle.

B.- La production organisée de la confiance institutionnelle

Cette méfiance ne peut être levée que par l'assurance de la qualité du notaire⁶¹, assurance que ne peut fournir le notaire lui-même, à titre individuel, dès lors qu'il est supposé être un *homo œconomicus*. Seule une *confiance institutionnelle*, qui dépasse les apories des intérêts privés et s'élève à un niveau social, peut fournir les « pré-conditions de l'échange »⁶², c'est-à-dire ces « institutions invisibles » produisant le « lubrifiant »⁶³ nécessaire aux relations économiques et sociales. Les intérêts individuels sont alors encadrés (« *embedded* »)⁶⁴ dans des « arrangements de soutien »⁶⁵ ou « dispositifs de confiance »⁶⁶, destinés à rendre possible la confiance interindividuelle. Cette confiance institutionnelle ne naît pas spontanément, elle suppose l'existence de producteurs institutionnels (1) qui la fabriquent en élaborant des « dispositifs de confiance » (2).

Market for Legal Services: Taking the Heterogeneity of Legal Services Seriously », *European Journal of Comparative Economics*, 2013, 10, 2, p. 267-291 ; C. Chaserant et S. HARNAY (2015), « Lawyers' Reputation and the Quality of Legal Services: An Economic Analysis of Self-Regulation », *European Journal of Law and Economics*, 2015, 39, 2, p. 431-449.

⁶⁰ A. ORLÉAN, « Sur le rôle respectif de la confiance et de l'intérêt dans la constitution de l'ordre marchand », *Revue du MAUSS*, 1994, n° 4, 2^e semestre, p. 19.

⁶¹ L. KARPIK, « Les dispositifs de confiance », *Sociologie du travail*, 1996, 4, p. 527-550.

⁶² G. AKERLOF, *op. cit.*

⁶³ K. ARROW, *op. cit.*

⁶⁴ M. GRANOVETTER « Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness », *The American Journal of Sociology*, 1985, vol. 91, n° 3, p. 481-510.

⁶⁵ S. LINDENBERG « Solidarity: its Microfoundations and Macro Dependence. A Faming Approach », in P. DOREIAN et T. FARARO (éd.), *The Problem of Solidarity. Theories and Models*, Amsterdam, Gordon and Breach Publishers, 1998, p. 61-112.

⁶⁶ L. KARPIK, *op. cit.*

1. Les producteurs de la confiance institutionnelle

La production conjointe de la confiance institutionnelle. La confiance institutionnelle est le fruit d'une construction conjointe de l'État (a) et de la profession notariale (b), tous deux reliés par le statut d'officier public des notaires.

a. L'État

L'analyse économique de la confiance au niveau social. En dépit de l'accent porté sur les difficultés auxquelles se heurte l'*homo œconomicus* qui ne peut pas – et auquel on ne peut pas – faire confiance, les économistes convergent sur l'idée selon laquelle la confiance est essentielle au développement comme au fonctionnement économique de la « société moderne »⁶⁷, complexe et anonyme. Ils s'accordent dès lors sur la nécessité de déplacer l'analyse au niveau social, où la confiance devient indispensable pour expliquer l'existence de la monnaie⁶⁸, la démocratie⁶⁹, la performance macro-économique d'une nation⁷⁰, la conduite de la politique économique⁷¹ ou le consentement à l'impôt⁷². Cependant, cet accord sur les effets et les gains économiques associés à la confiance au niveau social cache plusieurs approches de la confiance divergentes quant à son niveau de généralité, ses déterminants ou les mécanismes de sa construction et de son fonctionnement.

La confiance dans les institutions. Si pour certains auteurs, la confiance « généralisée »⁷³ repose sur une disposition naturelle ou culturelle⁷⁴, sur une « communauté morale »⁷⁵ dont les valeurs se transmettent par l'acculturation, la majeure partie des approches économiques se concentrent sur la confiance institutionnelle, la confiance *dans* les institutions, analysées dès lors comme productrices ou sources de confiance⁷⁶. Ne pouvant se fonder sur la connaissance personnelle des individus, leur interaction répétée, le bouche à oreille ou la réputation individuelle – mécanismes dont on a pu voir qu'ils excluent l'idée même de confiance –

⁶⁷ A. GIDDENS, *The Consequences of Modernity*, Cambridge, Polity Press, 1990.

⁶⁸ M. AGLIETTA, A. ORLÉAN (éd.), *La monnaie souveraine*, Paris, Odile Jacob, 1998 ; *La monnaie entre violence et confiance*, Paris, Odile Jacob, 2002.

⁶⁹ R. PUTNAM, « What Makes Democracy Work? », *National Civic Review*, 1993, printemps, p. 101-107.

⁷⁰ F. FUKUYAMA, *Trust: the Social Virtues and the Creation of Prosperity*, New York, The Free Press, 1995.

⁷¹ B. THÉRET, « Dettes et crise de confiance dans l'Euro : analyse et voies possibles de sortie vers le haut », *Revue française de socio-économie*, 2013, vol. 2, n° 12, p. 91-124.

⁷² M. LEROY, « La sociologie fiscale. Enjeux sociopolitiques pour un dialogue avec les économistes », *Socio-Logos* [en ligne], 2009, vol. 4. [Consulté le 1^{er} juin 2021] Disponible sur Internet : <<http://journals.openedition.org/socio-logos/2278>> ; *La sociologie de l'impôt*, Paris, PUF, 2002, coll. « Que sais-je ? ».

⁷³ Selon l'expression d'E. LAURENT, « Peut-on se fier à la confiance ? » *Revue de l'OFCE*, 2009, n° 108.

⁷⁴ F. FUKUYAMA, *op. cit.*

⁷⁵ E. USLANER, *The Moral Foundations of Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

⁷⁶ L. ZUCKER, « Production of Trust: Institutional Sources of Economic Structure: 1840-1920 », *Research in Organization Behaviour*, 1986, vol. 8, p. 53-111.

cette confiance s'appuie sur des structures formelles produites socialement⁷⁷. Parce qu'ils sont conscients de ce qu'ils ne peuvent rationnellement se faire confiance, compte tenu de la possibilité de comportements opportunistes, les agents économiques acceptent de mettre en place des organisations collectives qui créent et maintiennent la possibilité de confiance interindividuelle. Comme le souligne O. Williamson, il est individuellement rationnel pour l'*homo œconomicus* d'accepter la mise en place d'institutions qui vont faciliter le bon déroulement de ses échanges⁷⁸.

La confiance institutionnelle n'est ainsi pas une confiance d'un ordre ou d'un niveau analytique qui serait supérieur à la confiance interindividuelle. La confiance est, rappelons-le, une croyance : seules les personnes (et non pas les institutions) peuvent donc accorder leur confiance, que ce soit aux autres individus ou aux institutions. La confiance institutionnelle procède d'un mécanisme de production différent de celui de la confiance interindividuelle⁷⁹, et repose sur l'adhésion aux « principes abstraits » qui fondent les institutions assurant l'activité des « systèmes complexes » que constituent nos « sociétés contemporaines »⁸⁰. Pour paraphraser V. Braithwaite et M. Levi (1998), seules les personnes peuvent accorder leur confiance, mais les institutions peuvent, elles, être dignes de confiance⁸¹.

Le contrat social, socle de la confiance institutionnelle. La confiance institutionnelle repose ainsi sur une forme de *pacte social* : elle « s'apparente [...] à un contrat social dans lequel chacun accepte d'abandonner une partie de sa liberté pour fixer les règles de jeu »⁸², « contrat dont la validité n'est pas garantie par les signataires (puisqu'ils ne se font pas confiance) mais par un tiers qui se trouve en dehors de la relation »⁸³. En dernier ressort, ce tiers extérieur, ce producteur de la confiance au sein de la société civile, est l'État. L'analyse économique décrit ainsi les conditions qui ont conduit les hommes à se lier entre eux par un contrat social, cher à Rousseau, dont la figure de proue est l'État. Grand ordonnateur de la vie en société, l'État s'est en effet

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ O. WILLIAMSON, *op. cit.*

⁷⁹ Selon certains auteurs, les institutions réduisent la liberté individuelle et donc la possibilité de faire confiance, étant en cela non pas productrices de confiance mais des mécanismes de contrôle et de sanction des comportements opportunistes qui modifient les intérêts individuels des agents (e.g. SHAPIRO, « The Social Control of Impersonal Trust », *American Journal of Sociology*, 1987, vol. 9, p. 623-658). Une telle conception, souvent qualifiée de « confiance par la dissuasion » (« *Deterrence-based trust* ») ne permet cependant pas de penser la confiance, ni institutionnelle, ni interpersonnelle, puisqu'en réduisant les possibilités d'opportunisme, les institutions ne font que réduire suffisamment la méfiance pour que la logique des intérêts privés ne bloque pas les échanges, sans créer pour autant la confiance (S. LINDENBERG, *op. cit.*). La confiance institutionnelle n'est ainsi pas substituable à la confiance interpersonnelle, mais ne peut que lui être complémentaire, la seconde ne pouvant exister sans la première.

⁸⁰ N. LUHMAN, *op. cit.* ; A. GIDDENS, *op. cit.*

⁸¹ « Only persons can trust or be trusting, but trustworthiness can attach to either individuals or institutions ». V. BRAITHWAITE et M. LEVI (éd.), *Trust and Governance*, États-Unis, Russell Sage Foundation, 1998, p. 80.

⁸² E. SIMON, « La confiance dans tous ses états », *Revue française de gestion*, 2007, vol. 6, n° 175, p. 89.

⁸³ T. TAZDAÏT, *Les analyses économiques de la confiance*, préf. L. QUÉRÉ, Louvain-la-Neuve, Éditions De Boeck Université, 2008, p. 16.

construit sur l'opposition à la société civile, celle-ci recouvrant la sphère des activités privées et des intérêts particuliers tandis que celui-ci les transcende pour exprimer l'intérêt général⁸⁴. « Né d'un vouloir-vivre collectif »⁸⁵, l'État « est la condition de possibilité d'une société civile »⁸⁶ assurant, suivant Hegel, par-delà l'opposition manichéenne à la société civile ci-dessus décrite, une véritable « synthèse de l'universel et de l'individuel, de l'intérêt général et des intérêts particuliers »⁸⁷. Garant de la cohésion sociale, l'État est l'institution de confiance par excellence.

L'ordre juridico-judiciaire, source de confiance institutionnelle. Plus spécifiquement, pour sortir de l'impasse dans laquelle des agents économiques rationnels auraient certes intérêt à se faire confiance pour réaliser leurs transactions et ainsi accroître leur utilité, mais y renoncent du fait de leur connaissance de la rationalité intéressée d'autrui, qui est aussi la leur, il existe deux solutions simples aux yeux de l'analyse économique : la promesse et le contrat⁸⁸, relevant d'une même logique de recours à un ordre extérieur à l'ordre économique, à savoir l'ordre juridico-judiciaire. Lorsque deux agents rationnels souhaitent échanger mais que l'un d'entre eux, parce qu'il possède des informations que l'autre n'a pas, risque de se comporter de manière opportuniste et suscite de ce fait une méfiance légitime, il peut *promettre* de ne pas céder à ses intérêts individuels immédiats et de ne pas se comporter de manière opportuniste. Mais pour que cette promesse ne soit pas du *cheap talk*⁸⁹ et engage de façon crédible celui qui l'émet, son non-respect doit pouvoir être sanctionné par un tiers impartial⁹⁰. La solution du contrat repose sur un mécanisme analogue. Les agents peuvent passer *ex ante* un contrat pour spécifier les termes de leur échange. Du point de vue de l'analyse juridique, le contrat est créateur d'une obligation, d'un lien de droit dont le non-respect

⁸⁴ J. CHEVALLIER, *L'État, Connaissance du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2011, p. 15 et s.

⁸⁵ J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 6.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 16 : « Il y a donc liaison intime de l'intérêt général et de l'intérêt particulier, qui se présupposent réciproquement : l'individualité personnelle et les intérêts particuliers ne reçoivent leur plein développement que dans la mesure où ils s'intègrent d'eux-mêmes à l'intérêt général et sont orientés vers l'universel ; à l'inverse l'universel ne vaut, et n'est accompli par l'État, sans l'intérêt particulier. La "société civile" (*Die Bürgerliche Gesellschaft*) est un moment de l'État (*Staat*) et l'État est la condition de possibilité d'une société civile ».

⁸⁸ E.g. T. SCHELLING, *The strategy of conflict*, New York, Oxford University Press, 1960; G. AKERLOF, *op. cit.*; O. WILLIAMSON, « Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange », *American Economic Review*, 1983, vol. 73, p. 519-40; P. DAGUPTA (1988), « Trust as a Commodity », in D. GAMBETTA, (éd.), *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations*, New York, Blackwell, 1988, p. 49-72; D. KREPS, *op. cit.*

⁸⁹ J. FARRELL et M. RABIN, « Cheap Talk », *The Journal of Economic Perspective*, 1996, vol. 10, n° 3, p. 103-118.

⁹⁰ A. ORLÉAN, *op. cit.* : « Cependant, ces solutions ne peuvent convenir véritablement à un économiste dans la mesure où elles font reposer la production de la confiance sur des logiques extérieures à l'ordre économique ». Les résultats de l'économie expérimentale mettant en exergue les difficultés et lacunes de l'hypothèse de l'*homo œconomicus* ont donné lieu à de nombreux travaux d'économie comportementale où de nouvelles hypothèses de comportement émergent – sans être adoptées de manière suffisamment large aujourd'hui pour concurrencer celle, traditionnelle, de l'*homo œconomicus*. C'est cependant sur la voie d'une inflexion du modèle de l'*homo œconomicus* que se dirigent aujourd'hui la plupart des analyses économiques de la confiance, voie que nous n'emprunterons pas ici afin de rester dans le cadre traditionnel et encore largement dominant de la théorie microéconomique.

peut faire l'objet d'une sanction étatique. L'obligation est donc la solution pour sortir de l'impasse de la logique des intérêts individuels car elle médiatise la relation entre les parties au contrat en introduisant un tiers impartial, le juge étatique, qui contrôle son application et sanctionne son non-respect. L'obligation incorpore ainsi l'État justicier, titulaire du monopole de la contrainte légitime, et le positionne en tiers garant des relations contractuelles individuelles. Les intérêts individuels des contractants sont donc « incorporés » (*encapsulated interest*) dans une logique judiciaire étatique qui les dépasse, et deviennent ainsi dignes de confiance⁹¹.

b. La profession de notaire

La spécificité du statut du notaire. L'État ne produit pas seul la confiance institutionnelle. En effet, si la construction de notre histoire économique, juridique et sociale témoigne bien de la confiance dans l'institution étatique, l'État est lui-même consubstantiellement lié à la profession de notaire que l'autorité royale n'a cessé de disputer depuis la période féodale aux autres autorités (autorités laïques ou ecclésiastiques, institutions urbaines)⁹². La profession notariale a été définitivement monopolisée par l'État à la Révolution. Depuis cette époque, seul l'État dispose de ses notaires. Ces professionnels ont été détachés de l'autorité judiciaire⁹³ à laquelle ils étaient rattachés sous l'ancien droit et reçoivent une délégation immédiate du pouvoir exécutif. Aujourd'hui, le notaire n'est pas seulement un professionnel libéral, mais il est également un officier public⁹⁴ nommé par l'État. Ce double statut⁹⁵, qui n'a jamais été

⁹¹ R. HARDIN, *Trust*, Cambridge, Polity Press, 2006.

⁹² J.-L. CHASSEL, « Le notariat et la puissance publique. Rappels historiques », *Rapport intermédiaire, Notariat et numérique. Le cyber-notaire au cœur de la République numérique*, mai 2019, p. 235 ; Robert- Henri BAUTIER, « Les diverses origines et l'évolution de l'institution notariale française en tant que dépositaire de la puissance publique », *Le Gnomon*, n°48, 1986, pp. 19-28.

⁹³ Ch.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil*, vol. 6, suite du livre 3, *Des différentes manières dont on acquiert la propriété. Titre III. Des contrats et obligations conventionnelles*, Paris, Warée oncle et Warée fils aîné, 1824-1828, p. 223 et s.

⁹⁴ Cette présentation figure dans tous les ouvrages de droit professionnel notarial ; elle est unanimement reprise par la doctrine, not. J.-F. PILLEBOUT et D. LEPETIER, *J. Class. Notarial formulaire*, V° « Notariat », fasc. 12, Notariat – Statut – caractères, n° 45 et 48, J. SAVATIER, *La profession libérale*, Paris, LGDJ, 1947, p. 47 : « Dans la conception française du notariat... il [le notaire] exerce certainement une profession libérale. Mais il faut remarquer que son rôle est mixte : authentifiant les actes juridiques, il exerce une fonction publique, mais, dans la mesure où celle-ci lui est une occasion de devenir le conseil des parties à l'acte, il exerce une profession libérale ».

⁹⁵ La dualité des fonctions assumées par le notaire avait même conduit un projet de loi déposé par Clémenceau en 1902 visant à la fonctionnarisation du notariat et avait proposé l'établissement, à côté des notaires publics, « de notaires conseils, profession libre absolument distincte de la fonction définie par la loi du 25 Ventôse an XI », XXI^e Congrès international du notariat latin, *Rapports officiels du notariat français*, G. KAEUFLING, *Fonctions publiques et sociales du notariat*, Berlin, 1995, p. 28.

contesté⁹⁶, conduit à qualifier le notaire de professionnel hybride⁹⁷, la profession se situant elle-même « à mi-chemin entre la fonction publique et la profession libérale »⁹⁸.

La mission de Justice assurée par le notaire. L'étaticité dont est marquée cette profession est le corollaire de la mission de Justice que lui confie l'État, et dont celui-ci est le détenteur souverain. À l'instar du juge étatique qui rend la justice en appliquant dans les rapports interindividuels contentieux la règle de droit dont l'État est le producteur, le notaire, qualifié de « magistrat de l'amiable » par la Cour européenne des droits de l'homme⁹⁹, l'applique dans les rapports privés non contentieux. « Par l'intervention d'agents qui contrôlent, en son nom, la conformité des actes des particuliers à la réglementation en vigueur, l'État s'assure que les normes qu'il produit sont effectivement appliquées dans les rapports individuels de droit privé »¹⁰⁰. L'État, débiteur de la Justice contractuelle non contentieuse à l'égard des citoyens, confie ce service public aux notaires¹⁰¹. Le notaire joue ainsi le rôle de tiers institutionnel de confiance, délégué par l'État auprès des citoyens, eux-mêmes créanciers de la dette de Justice contractuelle non contentieuse. Il fait régner la Justice *a priori* dans les relations contractuelles non contentieuses, mission de Justice préventive à laquelle participent les vérifications et la conservation de l'acte qu'il opère ainsi que les conseils qu'il délivre. Cette situation s'apparente à la délégation rationnelle par les autorités publiques d'une mission étatique à la profession de notaire.

Ainsi, l'État a introduit dans la relation contractuelle un tiers chargé d'y faire régner *a priori* la Justice, mais il ne peut, bien évidemment, accorder ce rôle qu'à un professionnel fiable, digne de confiance à l'instar du juge, confiance qui repose sur les organismes professionnels de la profession notariale.

La confiance dans la profession. La confiance institutionnelle suppose d'adhérer aux principes normatifs au fondement de cette institution – incluant les sanctions appliquées à ceux qui dévient de ces principes¹⁰². Faire confiance à un notaire, c'est donc en premier lieu avoir confiance en l'institution notariale ou, en d'autres termes, en la profession de notaire. Par délégation de l'État, les établissements d'utilité publique que sont les organismes professionnels ont ainsi la charge de créer les conditions nécessaires

⁹⁶ Il a d'ailleurs été récemment confirmé par le Conseil constitutionnel, QPC du 21 novembre 2014, 2014-429, cons. 6 et 7.

⁹⁷ J.-F. SAGAUT et M. LATINA, *Déontologie notariale*, 4^e éd., Paris, Defrénois, 2019, n° 56 : « Le statut du notaire est véritablement plus hybride que dual » et n° 56 sur la difficulté de définir la source des différents devoirs qui pèsent sur le notaire.

⁹⁸ J. MOTEL, « La déontologie notariale », *AJ famille*, 2004, p. 348.

⁹⁹ J.-P. MARGUÉNAUD, C. DAUCHEZ et B. DAUCHEZ, « Le notaire, “magistrat de l'amiable” au regard du juge européen des droits de l'homme », *JCP éd. N*, 2017, n° 36, 1257.

¹⁰⁰ *L'authenticité*, *op. cit.*, n° 64.

¹⁰¹ J.-F. SAGAUT, Avant-propos au 11^è Congrès des notaires de France, *La sécurité juridique, un défi authentique*, Strasbourg, 10-13 mai 2015 : le système français « repose sur un service public de la justice à deux branches, l'une judiciaire et curative assurée par les tribunaux, l'autre amiable et préventive orchestrée par la voie de l'authenticité ».

¹⁰² V. BRAITHWAITE et M. LEVI (éd.), *op. cit.*

à la confiance des clients¹⁰³ en établissant notamment des rapports entre le notaire et la profession qui forment « une pièce essentielle de son statut »¹⁰⁴ ; la profession s'assure ainsi elle-même de la fiabilité de ses membres. L'État, quant à lui, chapeaute la profession car il est directement intéressé à la confiance accordée par le public à la profession de notaire qui n'est qu'une déclinaison de la confiance du public dans la Justice. Non seulement le notaire est dépositaire de la confiance de ses clients, au même titre qu'un avocat, mais il est également dépositaire de la confiance que l'État lui accorde en l'installant dans sa fonction publique de juge préventif : il doit s'en montrer digne, ce qui implique un haut degré d'exigence auquel l'État est alors directement intéressé. Aussi, dans le cas de la relation interindividuelle entre client et notaire, plusieurs dispositifs institutionnels sont à l'œuvre émanant à la fois de la profession notariale et de l'État ; ils permettent de soutenir la confiance interindividuelle entre le notaire et ses clients. Ces dispositifs, comme le souligne l'approche économique de la confiance, recourent à des logiques de production de la confiance extérieures à l'ordre économique¹⁰⁵.

2. Les dispositifs de confiance institutionnelle

« **Dispositif de jugement** » vs « **dispositifs de promesse** ». De manière générale, la confiance institutionnelle repose sur des dispositifs variés, aussi bien formels (règles, sanctions, pénalités, systèmes d'assurance, etc.) qu'informels (normes de comportement, engagements, etc.)¹⁰⁶. Selon la typologie établie par L. Karpik¹⁰⁷, deux types de dispositifs soutiennent la confiance. Les premiers sont des « dispositifs de jugement » qui permettent de réduire l'incertitude sur la qualité des biens et services en recourant au jugement d'un tiers désintéressé. Celui-ci peut être une connaissance personnelle, mais il relève plus communément d'une confiance impersonnelle, comme les guides, les labels, les appellations, les certifications ou encore les classements. Ainsi, l'appartenance à la profession, attestant de l'obtention d'un diplôme et de l'exercice du métier dans un office, sont autant de dispositifs de jugement soutenant la qualité du service du notaire. Les seconds dispositifs de confiance distingués par L. Karpik sont des

¹⁰³ J. SAVATIER, *op. cit.*, p. 91 : « L'organisation des professions libérales est orientée moins vers la défense de leur intérêt que vers celle de leurs clients [...]. Les organismes des professions libérales ont plutôt pour but de créer les conditions nécessaires à la confiance du client. Celle-ci exige un professionnel indépendant, mais aussi compétent et honnête. L'indépendance ne doit pas aboutir à l'absence de tout contrôle. C'est pourquoi une profession libérale ne saurait fonctionner convenablement sans une forte organisation professionnelle chargée de garder l'honneur et la dignité de la profession et s'imposant à tous ses membres. Cette organisation constituera la sauvegarde des clients ».

¹⁰⁴ J. SAVATIER, *op. cit.*, p. 89.

¹⁰⁵ A. ORLÉAN, « La théorie économique de la confiance et ses limites », *Cahiers de socio-économie, La confiance en question*, R. LAUFER et M. ORILLARD (dir.), Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques Sociales », 2000, p. 59-77.

¹⁰⁶ E.g. L. ZUCKER, *op. cit.*; D. ROUSSEAU, S. SITKIN, R. BURT et C. CAMERER, *op. cit.*; S. LINDENBERG, « Solidarity: its Microfoundations and Macro Dependence. A Faming Approach », in P. DOREIAN et T. FARARO (éd.), *The Problem of Solidarity. Theories and Models*, Amsterdam, Gordon and Breach Publishers, 1998, p. 61-112; E. LAURENT, *op. cit.*

¹⁰⁷ L. KARPIK, « Les dispositifs de confiance », *Sociologie du travail*, 1996, 4, p. 527-550.

« dispositifs de promesse », qui permettent de prémunir les clients de l’opportunisme du notaire par l’élaboration de normes (de comportement, de contrôle, de sanction) destinées à produire la confiance interindividuelle. Ainsi, la mise en place d’un « système d’obligations professionnelles dont le respect est garanti par l’autorité disciplinaire »¹⁰⁸ participe du dispositif de promesse élaboré par le notariat sous la surveillance de l’État.

La déontologie notariale établie par la profession peut être identifiée comme une des pièces majeures du dispositif de promesse auquel recourent le notariat et l’État¹⁰⁹. D’ailleurs, la déontologie et la discipline sont au cœur du récent projet de loi pour la confiance dans l’institution judiciaire¹¹⁰ qui vise à renforcer la confiance du public dans l’action des professionnels du droit. D’origine extra-étatique¹¹¹, la profession maîtrise l’élaboration de sa déontologie¹¹². Pour autant, le pouvoir réglementaire n’est pas tenu à l’écart de son élaboration ; il exerce un contrôle de légalité des règles déontologiques « tant au regard des principes généraux du droit que des règles particulières au notariat »¹¹³ et approuve les règlements internes qui la contiennent. Les règles de déontologie de la profession notariale sont organisées autour de trois préceptes¹¹⁴ qui gouvernent également la profession de magistrat¹¹⁵ : l’intégrité, l’impartialité et l’indépendance. Ces préceptes visent à susciter la confiance des clients¹¹⁶, autrement dit la confiance du public dans la justice préventive, tout comme ils assurent la confiance du public dans la justice contentieuse ainsi qu’expressément formulé, pour chacun de ces trois principes, par le recueil des obligations déontologiques des magistrats¹¹⁷. Par ailleurs, les règles de déontologie font une place particulière au secret professionnel, devoir absolu auquel le notaire est tenu. Ce secret professionnel suscite « la confiance et apparaît comme le corollaire indispensable de l’activité du notaire »¹¹⁸, tout comme il est

¹⁰⁸ L. QUÉRÉ, « Les dispositifs de confiance dans l’espace public », *Réseaux*, 2005/4, n° 132, p. 209.

¹⁰⁹ Comme rappelé par la mission « flash » sur la mise en place d’un collège de déontologie des officiers publics ministériels, reprenant les termes d’un ancien président du Conseil d’État : la déontologie est « l’art de se poser des questions avant qu’il ne soit trop tard et de créer de la confiance chez les citoyens usagers », Mission « flash » sur la mise en place d’un collège de déontologie des officiers publics ministériels, communication de F. MATRAS et C. UNTERMAIER, *Assemblée nationale* [en ligne], 7 oct. 2020, p. 2. [Consulté le 1^{er} juin 2021] Disponible sur Internet : <<https://www2.assemblee-nationale.fr/content/download/315983/3072308/version/1/file/Communication+-MI+Déontologie+des+OPM.pdf>>.

¹¹⁰ *Supra*, note de bas de page n° 6.

¹¹¹ J.-F. SAGAUT et M. LATINA, *Déontologie notariale*, 4^e éd., Paris, Defrénois, 2019, n° 35.

¹¹² J.-F. SAGAUT et M. LATINA, *op. cit.*, n° 27.

¹¹³ Circulaire du garde des Sceaux du 16 février 1972, citée par P. BON, « Le garde des Sceaux, tuteur du notariat », Paris, Defrénois, 1979, p. 977, n° 32.

¹¹⁴ J.-F. SAGAUT et M. LATINA, *op. cit.*, n° 30.

¹¹⁵ *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, Conseil supérieur de la magistrature [en ligne], Paris, Dalloz, 2010. [Consulté le 1^{er} juin 2021] Disponible sur Internet : <http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/sites/default/files/atoms/files/recueil_des_obligations_deontologiques_des_magistrats_fr.pdf>.

¹¹⁶ J.-F. SAGAUT et M. LATINA, *op. cit.*, n° 32.

¹¹⁷ Pour l’indépendance (préambule p. XIII et XIV), pour l’impartialité (art. B2), pour l’intégrité (art. C1 et C2).

¹¹⁸ J.-F. SAGAUT et M. LATINA, *op. cit.*, n° 231 : « Dans le secret de l’étude, afin de mieux conseiller ses clients et d’établir l’acte le plus sûr, le notaire se doit de délier les langues et de partager l’intimité des familles.

consubstantiel à l'activité du magistrat¹¹⁹. Cependant, si ces valeurs et règles portées par la profession sont propres à susciter la confiance dans la justice préventive, encore faut-il s'assurer que ces règles comportementales sont respectées et, en cas d'infraction, qu'elles soient sanctionnées.

Le contrôle des offices notariaux. À cet effet, la profession notariale met en œuvre un contrôle des offices pour s'assurer du respect des règles professionnelles. Les organismes professionnels sont chargés d'organiser l'inspection des offices¹²⁰. Ces inspections permettent de détecter les comportements déviants, mais elles revêtent aussi une dimension prophylactique et pédagogique en incitant « les notaires à se conformer strictement aux différentes règles déontologiques et professionnelles édictées dans l'intérêt de tous »¹²¹. Les règles qui gouvernent ces inspections (caractère inopiné¹²², régularité¹²³, spectre large portant sur tous les aspects du fonctionnement de l'office, tant comptables que juridiques, pouvoirs d'investigation très étendus des inspecteurs¹²⁴...) permettent de s'assurer de l'efficacité du contrôle opéré. Les inspecteurs doivent en outre rendre compte de leurs investigations auprès de la chambre départementale ainsi que du procureur de la République dès lors que le fonctionnement des offices est placé sous la surveillance du parquet¹²⁵.

Le pouvoir de sanction disciplinaire. La confiance du public à l'égard des notaires, officiers publics, implique en complément que les autorités professionnelles soient dotées d'un pouvoir de sanction disciplinaire¹²⁶ vis-à-vis d'un notaire opportuniste. La confiance du client en sort renforcée non seulement envers le notaire individuellement (car le client anticipe que ce dernier est dissuadé d'adopter un comportement opportuniste au regard du coût potentiellement élevé lié à la sanction associée à un tel comportement), mais également envers la profession notariale de manière générale. Les mesures diligentées par la profession préviennent les

Le secret professionnel auquel le notaire est astreint suscite ainsi la confiance et apparaît comme le corollaire indispensable de l'activité du notaire ».

¹¹⁹ Ordonnance n° 58-1270 du 23 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, art. 6.

¹²⁰ Décret n° 74-734 du 12 août 1974, circulaire du garde des Sceaux du 29 janvier 1975 et arrêté du 3 août 1994.

¹²¹ J.-F. SAGAUT et M. LATINA, *op. cit.*, n° 301.

¹²² J.-F. SAGAUT et M. LATINA, *op. cit.*, n° 309, la date de l'inspection n'est donc pas communiquée aux notaires qui sont ainsi incités à adopter des comportements exemplaires de manière permanente et afin d'éviter que les notaires « déviants » puissent s'organiser pour cacher « leur carence ou leurs activités illégales pour le jour de l'inspection ».

¹²³ Tous les offices doivent être inspectés une fois par an par au moins deux inspecteurs, un notaire et une personne qualifiée en comptabilité.

¹²⁴ Art. 11, al. 1 D. n° 74-737 du 12 août 1974 relatif aux inspections des études de notaires.

¹²⁵ Art. 2 D. n° 74-737 du 12 août 1974 relatif aux inspections des offices de notaires.

¹²⁶ Les sanctions disciplinaires sont prévues par l'article 3 de l'ordonnance du 28 juin 1945. Le pouvoir de sanction disciplinaire appartient à la chambre de discipline du conseil régional. Cependant, les sanctions les plus graves (défense de récidiver, interdiction temporaire et destitution) sont prononcées par le Tribunal judiciaire statuant disciplinairement, J.-F. SAGAUT et M. LATINA, *op. cit.*, n° 340 et s.

comportements à risque¹²⁷ ou relèvent de la sanction et revêtent alors une fonction curative. Par ailleurs, au-delà de la sanction disciplinaire¹²⁸, le notaire est susceptible d'encourir des sanctions civiles et pénales qui témoignent du haut degré d'exigence que l'État attend de la profession pour l'établissement de la confiance publique.

La responsabilité individuelle aggravée de l'officier public. D'une manière générale, le statut d'officier public des notaires explique que la responsabilité civile, disciplinaire et pénale du notaire soit colorée d'une spécificité et d'une force peu commune (« être un officier public impose plus de devoirs que de droits »)¹²⁹ à tel point qu'il est même possible d'affirmer que le statut d'officier public est, par excellence, le « dispositif de promesse » mis en place par l'État pour asseoir la confiance du public. Le rattachement à l'État de la profession de notaire est ainsi le gage de confiance des clients-citoyens.

Le droit pénal offre ainsi bien des exemples de la place particulière accordée aux infractions commises par les notaires à raison de leur statut d'officiers publics, soit que les infractions prohibées soient directement liées à la méconnaissance des devoirs professionnels provenant de ce statut, soit qu'il constitue un facteur d'aggravation des sanctions encourues : un notaire encourt une responsabilité pénale toujours aggravée par sa qualité de « dépositaire de confiance publique »¹³⁰. Pour s'en tenir à cet exemple emblématique, le notaire peut être frappé de la sanction spécifique du faux en écriture publique, classée par le Code pénal parmi les *atteintes à la confiance publique*¹³¹. Le droit pénal protège ainsi « la confiance socialement nécessaire »¹³², « le trouble social qui résulte du coup porté à la confiance de tous »¹³³. Lorsqu'elle est commise dans l'exercice de ses fonctions par un notaire investi d'une parcelle de l'autorité publique, la répression du faux est plus sévère et devient même un crime¹³⁴ (art. 441-4 al. 3 C. pén., 15 ans de réclusion criminelle et 225 000 euros d'amende au lieu de 3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende lorsqu'il est commis par une personne privée, art. 441-1 al. 1^{er} C. pén.)¹³⁵.

De même, la responsabilité civile délictuelle assumée par le notaire est aggravée à raison de la spécificité de la fonction d'intérêt général que le législateur confie aux

¹²⁷ Voir les mesures de sûretés (curatelle, suspension provisoire et démission d'office), J.-F. SAGAUT et M. LATINA, *op. cit.*, n° 327 et s.

¹²⁸ Pour l'autonomie de la procédure disciplinaire, J.-F. SAGAUT et M. LATINA, *op. cit.*, p. 183 et s. et pour la complémentarité de la responsabilité pénale et disciplinaire, Ph. BRUN, R. CRÔNE, Ph. PIERRE et J. DE POULPIQUET, *Responsabilité des notaires*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2018, ci-après cité J. DE POULPIQUET, p. 248, n° 3.10 et s.

¹²⁹ J. DE POULPIQUET, *op. cit.*, p. 15, n° 003.00.

¹³⁰ J. DE POULPIQUET, *op. cit.*, p. 16, n° 003.31.

¹³¹ La structure du Code pénal repose sur un triptyque : les atteintes aux personnes, aux biens et à la confiance publique, voir l'article L 441-1 et s. du Code pénal.

¹³² A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse, Nice, Université de Nice, 1977, p. 576.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ J. DE POULPIQUET, *op. cit.*, p. 259, n° 311.31.

¹³⁵ R. OLLARD, « La responsabilité pénale du notaire », *Droit et patrimoine*, janvier 2019, p. 31.

notaires¹³⁶. La fermeté du droit de la responsabilité notariale résulte notamment de l'extension de leur devoir de conseil par la jurisprudence¹³⁷. Impératif, ce devoir de conseil ne met pas seulement à la charge des notaires une obligation d'information et de recherche, il leur impose une obligation légale de résultat quant à la validité de leurs actes, les rendant « garants de la perfection de leurs écrits »¹³⁸. Les notaires assument également, au titre du devoir de conseil, une obligation d'efficacité qui permet d'engager leur responsabilité dès lors qu'un acte n'a pas atteint le but recherché par les parties¹³⁹. Les notaires, dit-on souvent, œuvrent ainsi à la sécurité juridique des contrats. Il faudrait ajouter que le statut d'officier public chargé de la sécurité juridique préventive implique un plus haut degré de fiabilité qu'exigé pour d'autres professions.

Responsabilité collective singulière à la profession de notaire. À cette responsabilité individuelle aggravée, la profession a ajouté une responsabilité collective de la profession. Pour compléter l'assurance de responsabilité professionnelle¹⁴⁰ garantissant les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile professionnelle que les notaires sont obligés de souscrire comme toutes les autres professions réglementées, la profession a demandé la mise en place d'un système collectif d'indemnisation¹⁴¹. Est ainsi venu s'ajouter à la responsabilité individuelle de chacun des notaires « une responsabilité collective de la profession faisant peser sur l'ensemble des notaires l'indemnisation des victimes d'un officier public défaillant »¹⁴². Cette garantie collective¹⁴³ instituée par une loi du 25 janvier 1934 est une singularité de la profession notariale¹⁴⁴ qui manifeste une véritable « solidarité corporative fondée sur l'organisation professionnelle interne du notariat »¹⁴⁵. La caisse de garantie est alimentée par les cotisations annuelles de chaque notaire ; bien qu'elle ne couvre pas toutes les situations, son domaine est très large et l'indemnisation à laquelle le client peut prétendre est illimitée « si ce n'est par le montant total des patrimoines professionnels et privés de l'ensemble des notaires français »¹⁴⁶ qui forment ainsi une véritable chaîne de solidarité pécuniaire.

Ces dispositifs de confiance institutionnelle mis en place par la profession et l'État rendent ainsi possible la confiance interindividuelle entre clients et notaires. Ils ne

¹³⁶ J. DE POULPIQUET, *op. cit.*, p. 15, n° 003.00.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ J. DE POULPIQUET, *op. cit.*, p. 15, n° 003.12.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ Art. 13 D. 20 mai 1955, n° 55-604 relatif aux officiers publics ou ministériels et à certains auxiliaires de justice, le décret visait notamment à réformer l'assurance professionnelle des notaires afin de procurer une sécurité absolue à la clientèle.

¹⁴¹ J. DE POULPIQUET, *op. cit.*, p. 124, n° 15.12.

¹⁴² J. DE POULPIQUET, *op. cit.*, p. 124, n° 15.11.

¹⁴³ La garantie collective a été mise en place par la loi du 25 janvier 1934 qui fut abrogée et remplacée par les décrets du 20 mai 1955 et du 29 février 1956, modifiés par le décret du 30 décembre 1971.

¹⁴⁴ Elle ne connaît pas d'équivalent dans le monde des affaires et du droit, J. DE POULPIQUET, *op. cit.*, p. 145, n° 152.94.

¹⁴⁵ J. DE POULPIQUET, *op. cit.*, p. 123, n° 15.00, également p. 136, n° 151.131 : « c'est toute une corporation qui fait bloc pour indemniser les dommages causés par l'un de ses membres ».

¹⁴⁶ J. DE POULPIQUET, *op. cit.*, p. 124, n° 15.10.

garantissent pas l'absence de tout risque pour les clients, dont la confiance peut toujours être abusée. Ils sont néanmoins autant d'« arrangements de soutien »¹⁴⁷ de la compétence, de l'impartialité et de l'intégrité des notaires, qualités nécessaires à la confiance envers le notaire, et qui sont contrôlées et sanctionnées par l'institution notariale et garanties par l'État.

Le recours au notaire, en tant que tiers impartial, délégué de l'État, s'analyse donc comme un moyen de créer la confiance interpersonnelle entre deux parties à une transaction. Cette confiance interpersonnelle requiert l'existence d'une confiance institutionnelle produite conjointement, de façon séculaire¹⁴⁸, par le notariat et l'État, et repose sur une série de « dispositifs de promesse » dont on a montré l'importance. Aux dires de certains, ces dispositifs pourraient cependant être remplacés par la technologie *blockchain*, induisant ainsi une « révolution de la confiance ». Cette révolution alléguée n'est pourtant qu'apparente car la technologie de la *blockchain* n'est pas apte à produire de la confiance et à se substituer aux tiers institutionnels.

II.- La *blockchain* publique, une technologie au service de la société de méfiance

La révolution de la confiance portée par le bitcoin. Le thème de la « révolution de la confiance » a prospéré avec l'apparition du bitcoin, qui repose sur une *blockchain* publique, et le fameux article paru le 31 octobre 2015 dans *The Economist* : « *The Trust Machine* »¹⁴⁹. Née avec le bitcoin, la technologie *blockchain* repose sur l'organisation horizontale d'un réseau de pairs à pairs (*peer to peer* ou P2P). Ce type de réseau a révolutionné le *design* architectural des systèmes d'information, car il permet, comme son nom l'indique, de relier directement les pairs les uns aux autres à la manière d'une « toile ». Au contraire des systèmes d'information traditionnels, centralisés (en « étoile »), la *blockchain* offre une architecture décentralisée, où tous détiennent et peuvent contrôler l'information. Elle permet aux membres du réseau de créer et d'échanger de la monnaie en tout anonymat¹⁵⁰, sans qu'il soit besoin de passer par une banque centrale, contournant donc une prérogative régaliennne de l'État. La *blockchain*

¹⁴⁷ S. LINDERBERG, préc.

¹⁴⁸ Le mouvement de réforme actuellement à l'œuvre devrait intensifier l'implication de l'État dans l'élaboration de la déontologie notariale et l'organisation disciplinaire de la profession notariale. En effet, la direction des affaires civiles et du sceau est incitée par l'Inspection générale de la Justice à « affirmer sa tutelle sur ce secteur », dont elle détient la compétence exclusive, à créer un bureau de la déontologie et de la discipline « pour réinvestir ce champ et lui donner un nouvel essor », « à définir de véritables orientations de politique publique à l'adresse des parquets et parquets généraux en matière de contrôle et de discipline » ou encore à développer un réseau de magistrats mieux formés et informés permettant une meilleure spécialisation (Inspection Générale de la Justice, « Rapport Mission sur la discipline des professions du chiffre et du droit », *Justice.gouv* [en ligne], octobre 2020, p. 4. [Consulté le 1^{er} juin 2021] Disponible sur Internet : <<http://www.justice.gouv.fr/le-garde-des-sceaux-10016/la-discipline-des-professions-du-chiffre-et-du-droit-et-du-chiffre--33638.html>>).

¹⁴⁹ Voir *supra*.

¹⁵⁰ T. DOUVILLE et T. VERBIEST, *op. cit.*

porte ainsi en elle-même la désintermédiation des échanges économiques¹⁵¹, offrant dès lors à la communauté des pairs un nouvel instrument d'organisation communautaire – une « administration démocratique¹⁵² » – qui lui permet de concurrencer le traditionnel modèle étatique jacobin. C'est dire le potentiel disruptif de la *blockchain* à l'égard des institutions traditionnelles, « jugées non représentatives »¹⁵³, et comprendre que l'emploi du terme « révolution » est loin d'être abusif car il s'agit bien ici d'œuvrer à leur contournement – voire de s'y substituer. Plus besoin d'intermédiaires entre les pairs, plus besoin donc d'institutions pour créer de la monnaie, garantir et certifier les échanges, authentifier et conserver les contrats ou transférer les fonds : la *blockchain* ouvre la voie à un nouveau modèle de collaboration économique et une nouvelle organisation de la société civile¹⁵⁴. Elle s'impose alors comme un nouveau mode de production – décentralisé – de confiance.

Remise en cause de l'existence des tiers de confiance traditionnels. Les institutions séculaires que sont l'État et les banques centrales et, par suite, la profession de notaire et les tiers de confiance traditionnels, sont remises en cause par l'émergence de la *blockchain*. En effet, dans la perspective qui est celle de la *blockchain*, ces institutions ne produisent pas la confiance institutionnelle rendant possible la confiance interindividuelle, mais sont au contraire sources de méfiance en raison de leurs possibles défaillances. À ce titre, les institutions traditionnelles pourraient être remplacées par une communauté décentralisée où la confiance interindividuelle serait directement produite par les pairs eux-mêmes. La *blockchain* vise ainsi à relever le défi, à la fois technologique et politique, d'une communauté de *confiance distribuée* entre ses membres.

La *blockchain* publique, une simple révolution technologique. À rebours de cette conception, on peut considérer que la « révolution de la confiance » portée par la *blockchain* publique de bitcoin se limite avant tout à une révolution technologique, au demeurant vulnérable aux défaillances technologiques et aux comportements opportunistes des pairs. La gouvernance de la *blockchain* publique revient donc bien plutôt à organiser une société de méfiance autour de modalités de fonctionnement très particulières excluant la confiance et généralisant la méfiance (A) et qui sont à l'origine de coûts et limites à l'utilisation des *blockchains* publiques (B).

¹⁵¹ C. GASULL, « Des racines libertariennes à la bienveillance du monde économique : aperçu des idéologies dans le développement des *blockchains* », in *Les enjeux des blockchains*, Rapport France Stratégie, juin 2018.

¹⁵² A. TAKKAL BATAILLE et J. FAVIER, *Bitcoin. La monnaie acéphale*, Paris, CNRS Éditions, 2017.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ M. DEREVA et M. BAUWENS, « Le pair-à-pair, nouveau modèle de société centré sur les communs », *P2P Foundation* [en ligne], 17 juin 2017. [Consulté le 1^{er} juin 2021] Disponible sur Internet : <<http://blogfr.p2pfoundation.net/2017/06/17/pair-a-pair-nouveau-modele-de-societe-centre-communs/>>.

A.- La généralisation de la méfiance au sein de la *blockchain* publique

Le caractère public de la *blockchain* de bitcoin. Le bitcoin, monnaie virtuelle, est la première pierre d'une société libre et décentralisée d'inspiration libertarienne¹⁵⁵, plus précisément issue de la pensée des *cypherpunks* et crypto-anarchistes¹⁵⁶. Construite sur la méfiance à l'égard des institutions bancaires et monétaires et des grandes entreprises¹⁵⁷, la monnaie bitcoin prétend au contraire reposer sur la confiance entre pairs. Totalement désintermédiée, elle entend préserver la liberté d'expression et la vie privée et « permettre l'émergence d'une société de marché entièrement dérégulée »¹⁵⁸ d'une « complète indépendance à l'égard de toute institution étatique ou gouvernementale »¹⁵⁹ et dont le soubassement monétaire ne s'appuie donc sur aucune autorité traditionnelle de confiance¹⁶⁰.

Pour rendre possible l'avènement de cette société décentralisée, la *blockchain* de bitcoin doit être une *blockchain* publique. Contrairement à ce que cette terminologie pourrait laisser accroire, la *blockchain* publique n'est pas liée à l'autorité publique ; cette qualification indique simplement que tout individu peut intégrer le réseau bitcoin sans qu'il soit nécessaire d'obtenir une autorisation de quiconque, pas même du réseau (sous réserve de disposer de ressources informatiques pour se connecter au réseau) : la *blockchain* publique est donc une *blockchain* ouverte à tous (*permissionedless*)¹⁶¹. Pour cette raison, elle est considérée comme une « vraie *blockchain* »¹⁶², à l'inverse des *blockchains* privées (*permissioned*) dont on considère qu'elles sont de « fausses *blockchains* » car leur accès est réservé à certaines personnes autorisées et qui supposent donc l'existence d'une autorité. Hors de tout lien à une autorité, le caractère public d'une *blockchain* la positionne ainsi en opposition à l'ordre juridico-politique établi qu'elle peut donc « révolutionner ». Il lui permet en outre de se propager au sein de la société civile, en ouvrant à tous la création et les échanges monétaires, sans passer par le

¹⁵⁵ C. GASULL, *op. cit.*, p. 73-84.

¹⁵⁶ P. DE FILIPPI, *op. cit.*, p. 10 et s.

¹⁵⁷ Le *genesis block* contenant les 50 premiers bitcoins (*coinbase*) créé le 3 janvier 2009 à 18h15 par Satoshi Nakamoto, son concepteur anonyme, comporte ainsi une transaction au sein de laquelle est incorporé le titre d'un article du *Financial Times* du même jour : « *Chancellor [Alistair Darling] on Brink of Second Bailout for Banks* » (« Le chancelier est sur le point de renflouer les banques pour une seconde fois »).

¹⁵⁸ P. DE FILIPPI, *op. cit.*, p. 11.

¹⁵⁹ P. DE FILIPPI, *op. cit.*, p. 9.

¹⁶⁰ P. DE FILIPPI, *op. cit.*, p. 14-15.

¹⁶¹ « *Blockchain* : publique ou privée ? », *Blockchainfrance* [en ligne], 22 septembre 2015. [Consulté le 1^{er} juin 2021] Disponible sur Internet : <<https://blockchainfrance.net/2015/09/22/blockchain-privee-vs-publique/>> : « La *blockchain* "historique" est la *blockchain* publique. C'est-à-dire une *blockchain* que n'importe qui dans le monde peut lire ; chacun peut lui envoyer des transactions et s'attendre à ce qu'elles soient incluses dans le registre, du moins tant que ces transactions respectent les règles de cette *blockchain*. C'est le cas du bitcoin par exemple, pour lequel chacun a libre accès au registre. Chacun participe également librement au processus d'approbation, celui qui permet de décider quel bloc sera ajouté à la chaîne, et qui définit l'état actuel du système ».

¹⁶² « Les *blockchains* privées sont-elles de "vraies" *blockchains* ? », in « Comprendre les *blockchains* : fonctionnement et enjeux de ces nouvelles technologies », Rapport au Sénat, *Sénat* [en ligne], 20 juin 2018. [Consulté le 1^{er} juin 2021] Disponible sur Internet : <http://www.senat.fr/rap/r17-584/r17-584_mono.html#toc199>.

contrôle des institutions financières et des États. Tout le monde peut ainsi rejoindre, en toute liberté, le bitcoin, fruit d'une collaboration entre les membres du réseau.

De la confiance à la sécurité. Cette société nouvelle est-elle pourtant une société de confiance ? Peut-on considérer que le bitcoin est, lui-même, une monnaie fondée sur la confiance de ses utilisateurs ? Le bitcoin repose certes sur une idéologie, mais c'est aussi une technologie nécessitant un arsenal d'outils informatiques complexes dont dépendent entièrement la bonne réalisation et la sécurité des transactions, et donc le fonctionnement et la performance du système. Selon nous, la nature fondamentalement technologique de la *blockchain* l'éloigne de la notion de confiance, pour la déporter au contraire vers celle, bien différente, de sécurité.

1. Le postulat de la blockchain publique : l'intérêt personnel et l'opportunisme des pairs

Le fonctionnement anonyme et impersonnel du réseau. Si l'idéologie de la *blockchain* repose sur la méfiance à l'égard des institutions, son fonctionnement repose, lui, sur la méfiance interindividuelle entre les pairs du réseau. En effet, « n'ayant pas connaissance de l'identité des acteurs qui interagissent sur la *blockchain*, les *blockchains* publiques partent du principe que chacun est susceptible d'être un escroc »¹⁶³. Par construction, le fonctionnement anonyme et impersonnel du réseau rend impossible l'identification réciproque des personnes à l'origine des transactions¹⁶⁴. Par la technique de la cryptographie asymétrique à double clé (cf. **Encadré 1**), chacun ne connaît que les clés publiques des autres, et seuls les destinataires des messages peuvent déchiffrer ceux-ci à l'aide de leur clé privée. Dès lors, d'un point de vue technique, les participants à la *blockchain* de bitcoin ne sont que des ressources de calcul interconnectées.

Les nœuds de la blockchain, des *nodus œconomicus*. Dans un tel contexte dépersonnalisé, l'économie expérimentale récente montre que les individus ont une nette tendance à se comporter de manière parfaitement rationnelle – *i.e.* de manière égoïste, calculatoire et opportuniste. En effet, ils sont humainement plus enclins à coopérer – donc à renoncer à poursuivre égoïstement leur intérêt individuel – avec des personnes qu'avec des machines. Et plus la « distance sociale »¹⁶⁵ se réduit entre les personnes, plus cette inclination s'accroît. On observe en effet que les taux de

¹⁶³ P. DE FILIPPI, *op. cit.*, p. 67.

¹⁶⁴ La *blockchain* publique repose sur le pseudonymat de ces acteurs qui ne sont pas identifiés réellement. En revanche, chaque participant a une identité numérique authentifiée dans la *blockchain*. Aussi, même si on ne connaît pas l'identité réelle des participants, on peut vérifier leur identité virtuelle et connaître le solde de leurs opérations.

¹⁶⁵ *E.g.* E. HOFFMAN, K. MCCABE et V. SMITH, « Social Distance and Other-regarding Behavior in Dictator Games », *American Economic Review*, 1996, vol. 86, p. 653-60; F. RANKIN, « Requests and Social Distance in Dictator Games », *Journal of Economic Behavior and Organization*, 2006, vol. 60, p. 17-36; G. CHARNESS et U. GNEEZY, « What's in a Name? Anonymity and Social Distance in Dictator and Ultimatum Game », *Journal of Economical Behavior and Organization*, 2008, vol. 68, p. 29-35.

coopération augmentent lors des expériences si les personnes peuvent mutuellement s'identifier ; ils continuent d'augmenter si les personnes se (re-)connaissent et ils sont élevés lorsqu'elles se savent proches, peuvent se voir et communiquer¹⁶⁶. Les individus renoncent alors à poursuivre leur intérêt égoïste pour partager des ressources et participer au bien commun. Or, dans la *blockchain*, les pairs ne se connaissent pas et ne s'identifient qu'avec leurs clés publiques. Les nœuds de la *blockchain* ne sont donc que des *nodus œconomicus* : les individus ne partagent que leur participation au réseau. Cette configuration est insuffisante pour créer de la confiance interindividuelle : qui peut en effet anticiper si l'un des nœuds ne se comportera pas de manière opportuniste en exploitant à son profit une faille du système non identifiée à ce jour ? La *blockchain* est ainsi, dans son principe même, vulnérable aux comportements opportunistes de fraude et de falsification.

Encadré 1 : La cryptographie asymétrique à double clé

Le bitcoin recourt à la cryptographie asymétrique à double clé. Cette méthode permet de chiffrer des informations au moyen d'une clé publique mise à disposition des membres du réseau, sans qu'il soit possible de déterminer la clé de déchiffrement – appelée clé privée. Un tel système permet de s'assurer que la transaction provient bien d'un nœud donné du réseau et rend impossible la répudiation de la transaction¹⁶⁷, car toute transaction est signée avec la clé privée de l'émetteur, empreinte unique qui ne peut être retrouvée à partir de la clé publique communiquée aux autres membres du réseau¹⁶⁸. La cryptographie asymétrique permet ainsi de communiquer en toute sécurité sur un réseau a priori non sécurisé et de prouver, dans le réseau bitcoin, que toute personne émettant « une transaction est bien la propriétaire des fonds à transférer »¹⁶⁹.

2. L'assise de la blockchain publique : sécurité technologique et incitations monétaires

La distinction de la confiance et de la sécurité. Fondée sur la méfiance à l'égard des institutions – que le système vise précisément à contourner – et sur la méfiance à l'égard des participants – chacun d'entre eux étant « susceptible d'être un escroc »¹⁷⁰ – la *blockchain* repose sur un ensemble d'outils algorithmiques destinés à assurer sa sécurité technologique face aux comportements opportunistes d'un nombre potentiellement infini de participants anonymes. Ces outils pourraient s'analyser comme des outils de production de confiance. On peut en effet considérer qu'à l'instar d'un tiers de confiance institutionnelle, ils remédient à l'absence de confiance interindividuelle entre utilisateurs rationnels et permettent la réalisation de leurs transactions. Une telle

¹⁶⁶ Voir e.g. D. SALLY, « Conversation and Cooperation in Social Dilemmas: a Meta-Analysis of Experiments from 1958 to 1992 », *Rationality and Society*, 1995, vol. 7, p. 58-92; I. BOHNET et B. FREY, « The Sound of Silence in Prisoner's Dilemma and Dictator Games », *Journal of Economic Behavior and Organization*, 1999, vol. 38, p. 43-57.

¹⁶⁷ P. DE FILIPPI, *op. cit.*, p. 18.

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ P. DE FILIPPI, *op. cit.*, p. 19.

¹⁷⁰ P. DE FILIPPI, *op. cit.*, p. 67.

analyse revient cependant à confondre la notion de confiance avec celle de sécurité technologique ou informatique. Or les deux notions diffèrent : les dispositifs de sécurité reposent en effet sur la certitude, par le biais de la sophistication technologique, d'être prémuni contre les comportements opportunistes des autres, tandis que les dispositifs de confiance émergent dans les situations d'incertitude (dans lesquelles il n'est pas possible de se prémunir totalement contre le risque). La confiance se distingue en ce sens de la sécurité. Dès lors, la *blockchain* ne saurait être considérée comme produisant de la confiance. En fait, elle « marque [...] le passage d'un système fondé sur la confiance vers un système fondé sur la preuve : tant qu'on fait confiance à la technologie sous-jacente, on n'a besoin de faire confiance à personne »¹⁷¹. Dans le monde de l'intérêt individuel et de l'opportunisme qui est celui du bitcoin, ce système de preuve repose sur deux principaux mécanismes : la transparence – qui garantit le contrôle de tout et tous par tous – et l'incitation monétaire visant à aligner l'intérêt individuel de chacun sur l'intérêt collectif qu'est le bon fonctionnement et, par conséquent, la sécurité de la *blockchain*.

a. La sécurité technologique de la blockchain : un modèle de transparence garantissant le contrôle de tout et tous par tous

La *blockchain*, « registre de transactions » ou *ledger*. La *blockchain* s'apparente à un grand registre de transactions, agrégeant toutes les transactions qui se produisent entre les utilisateurs du réseau depuis la création du premier bitcoin (le *genesis block*). Elle est donc une technologie décentralisée « de stockage et de transmission d'informations, permettant la constitution de registres répliqués et distribués (*distributed ledger*), sans organe de contrôle, sécurisés grâce à la cryptographie, et structurés par des blocs liés les uns aux autres, à intervalle de temps réguliers »¹⁷². Elle s'apparente ainsi à un « grand livre de comptes qui contient la liste de tous les échanges effectués entre les utilisateurs »¹⁷³, ce qui amène parfois à la désigner également par un autre terme anglais, le *ledger* (registre).

La sécurité technologique au cœur de la *blockchain*. La tenue de ce registre nécessite d'être sécurisée, et les outils algorithmiques utilisés pour *construire* la *blockchain* sont aussi ceux qui la *sécurisent*. Chaque transaction de bitcoin fait en effet l'objet d'une inscription dans un bloc. Chaque bloc est « miné », c'est-à-dire encrypté et relié au bloc qui le précède. Cette opération de minage passe par une fonction de hachage qui permet de convertir n'importe quel type de données en une suite binaire qui lui est propre et qui confère ainsi au bloc une empreinte unique¹⁷⁴. Les blocs de

¹⁷¹ P. DE FILIPPI, *op. cit.*, p. 5.

¹⁷² Rapport Sénat, *op. cit.*, p. 11.

¹⁷³ Y.-M. LEPORCHER, F. GOUJON, B. CHOULI, *Les blockchains : de la théorie à la pratique, de l'idée à l'implémentation*, 2^e éd., St-Herblain, éditions ENI, 2019.

¹⁷⁴ En effet, le risque de collision, c'est-à-dire le risque de produire deux *hashs* identiques pour un ensemble de données différentes, est quasi nul. Cf. Y.-M. LEPORCHER, F. GOUJON, B. CHOULI, *op. cit.*, p. 11.

données ainsi codés forment des maillons car chaque nouveau maillon contient une référence à celui qui le précède (le *hash* des données du bloc précédent¹⁷⁵). Les transactions ainsi enregistrées ne peuvent être supprimées et ne sont pas modifiables (*immutability*) car une telle opération supposerait de recalculer tous les *hashs* de tous les blocs qui le suivent. Or, cette opération est impossible, sauf à disposer de plus de la moitié de la puissance de tout le réseau ; il est simplement possible d'ajouter des nouvelles transactions au sein de nouveaux blocs. L'ensemble des maillons forment ainsi une chaîne *inaltérable*.

La transparence de la *blockchain*. Le registre des transactions est administré par l'ensemble des pairs. Il n'est ainsi pas détenu par une autorité centrale (*leader*), mais au contraire partagé, c'est-à-dire consultable et vérifiable par tous les membres du réseau, permettant une traçabilité de toutes les opérations de création et de transfert de bitcoins (*cf. Encadré 2*). Chaque membre du réseau peut auditer toute la chaîne, à laquelle chacun a accès depuis la création du premier bitcoin : « [L]a publication dans l'espace public de toutes les transactions réalisées depuis l'origine de la *blockchain* permet à chacun de vérifier l'intégrité de la chaîne, et de retracer tous les mouvements associés à un compte. Ainsi, il n'y a plus de triche possible ; tout se voit, tout se sait, dans la limite des garanties offertes par le pseudonymat »¹⁷⁶. La transparence des algorithmes utilisés garantit que tous les nœuds du réseau savent qui (identifié par sa clé publique) a fait quoi (quelle transaction) et quand.

Encadré 2 : La vérification des transactions

La vérification¹⁷⁷ consiste à s'assurer que l'opération intégrée au bloc est correctement signée cryptographiquement par celui qui émet la transaction¹⁷⁸. Elle implique également, opération ô combien importante pour une cryptomonnaie, que l'émetteur dispose bien des fonds nécessaires à la dépense envisagée. Il s'agit ici d'éviter le problème de la double dépense propre aux crypto-monnaies¹⁷⁹. Dans le réseau bitcoin, il n'existe en effet pas de découvert : on ne dépense que ce dont on dispose. « Pour cela, il "suffit" de remonter l'intégralité de la *blockchain* jusqu'au premier bloc *genesis* et de retracer l'historique des transactions antérieures qui affectent le compte de l'émetteur pour laisser un solde d'un montant au moins égal à la somme à régler »¹⁸⁰.

¹⁷⁵ Pour une présentation des *hashs* et de leur utilité, voir le rapport du Sénat, p. 23 s.

¹⁷⁶ M. LAURENT, « La *blockchain* est-elle une technologie de confiance ? Signes de confiance, l'impact des labels sur la gestion des données personnelles », Institut Mines-Télécom, 2018, p. 179-198. Consultable sur HAL [en ligne]. [Consulté le 1^{er} juin 2021] Disponible sur Internet : <<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01778949/file/2017-09-18-confiance%26Blockchain-fin.pdf>>.

¹⁷⁷ J.-G. DUMAS, P. LAFOURCADE, A. TICHIT, S. VARRETTE, *Les blockchains en 50 questions : comprendre le fonctionnement et les enjeux de cette technologie innovante*, Paris, Dunod, 2019, p. 12.

¹⁷⁸ P. DE FILIPPI, *op. cit.*, p. 19.

¹⁷⁹ J.-G. DUMAS, P. LAFOURCADE, A. TICHIT, S. VARRETTE, *op. cit.*, p. 15.

¹⁸⁰ J.-G. DUMAS, P. LAFOURCADE, A. TICHIT, S. VARRETTE, *op. cit.*, p. 12.

b. Les incitations économiques individuelles au cœur du bon fonctionnement de la blockchain

Intérêt individuel et incitations monétaires au cœur de la blockchain. Au-delà de l'utilisation d'algorithmes parfaitement observables et vérifiables par tous, la sécurité de la *blockchain* repose aussi sur des dispositifs d'intéressement des utilisateurs à son bon fonctionnement. La motivation des utilisateurs à participer au système du bitcoin est, on l'a vu, rationnelle et égoïste. Exploitant la rationalité économique et le sens de l'intérêt privé de chacun, la *blockchain* s'appuie sur un système d'incitations monétaires tout à fait classiques destiné à assurer qu'il est dans l'intérêt de chacun de contribuer à la bonne marche de l'ensemble du système, parce que cela va aussi dans le sens de son intérêt individuel.

i. Intérêt monétaire au minage et rémunération des mineurs

« **Nœuds simples** » et « **nœuds complets** ». Les opérations de minage des blocs nécessitent une dépense très importante de puissance calculatoire, donc d'énergie et de matériels informatiques adéquats. C'est d'ailleurs pour cette raison que tous les nœuds de la *blockchain* ne sont pas égaux dans la construction de la *blockchain*. En effet, certains ne disposent pas de la puissance informatique suffisante pour miner de nouveaux blocs et ainsi participer au développement de la *blockchain* ; ces « nœuds simples » ne peuvent que vérifier et diffuser des transactions à travers le réseau. Les membres du réseau qui disposent de la puissance informatique suffisante (les « nœuds complets »), couramment appelés les mineurs, sont donc chargés d'alimenter le registre en procédant à l'activité de minage des blocs¹⁸¹ (*cf. Encadré 3*).

La rémunération des mineurs. En contrepartie de leur dépense énergétique, les mineurs perçoivent une rémunération en bitcoins. En effet, lors de la constitution de chaque bloc, le mineur intègre avec les opérations qu'il code une transaction supplémentaire qui lui permet d'être rémunéré en bitcoins, si son nouveau bloc codé est accepté par le réseau – c'est là tout le « défi » que doit remporter le mineur pour être rémunéré. Les mineurs participent ainsi directement au processus de création monétaire du bitcoin. Chaque bloc accepté par le réseau est à l'origine d'un accroissement de la masse monétaire disponible sur le réseau et de l'enrichissement personnel du mineur qui reçoit une rémunération (de façon explicite, on parle aussi de « récompense ») à chaque défi remporté. Par ailleurs, l'utilisateur qui émet une transaction peut associer à sa transaction des frais de commission afin d'inciter le mineur à la traiter en priorité. Ces commissions se développent de plus en plus et sont destinées à devenir les seules rémunérations des mineurs dès lors qu'il ne sera plus possible de créer de nouveaux

¹⁸¹ J.-G. DUMAS, P. LAFOURCADE, A. TICHIT, S. VARRETTE, *op. cit.*, p. 11 ; M. LAURENT, *op. cit.*

bitcoins¹⁸². Le mineur perçoit ainsi des frais de transactions¹⁸³, à l'instar d'une institution bancaire.

Encadré 3 : Minage et consensus de la preuve de travail

Dans la *blockchain* de bitcoin, le consensus utilisé pour allonger la chaîne est celui de la preuve de travail (« *proof of work* », ou POW). Pour qu'ils puissent ajouter un bloc de transactions à la chaîne, les mineurs doivent relever un défi mathématique complexe, une épreuve cryptographique dont ils doivent apporter la « preuve de travail » – i.e. la preuve de résolution du défi. La difficulté du défi à résoudre est programmée de façon à permettre « une temporisation dans la création des blocs afin que l'ensemble des nœuds du réseau puissent mettre à jour le registre »¹⁸⁴ et à empêcher la prise en mains de la création de bloc par une seule entité. Elle est donc adaptée en fonction de la puissance informatique du réseau afin de maintenir un temps moyen de dix minutes entre chaque nouveau bloc miné. Le mineur ne peut trouver la réponse que « par force brute, c'est-à-dire en testant au hasard des solutions jusqu'à en trouver une ayant la propriété voulue »¹⁸⁵. Lorsque le mineur a réussi à résoudre le problème mathématique, il soumet aux autres nœuds du réseau le bloc miné qui intègre la solution trouvée grâce à son travail de minage. Les autres nœuds du réseau peuvent vérifier que la solution au problème mathématique trouvée est exacte et les autres mineurs peuvent l'intégrer dans leur copie locale du registre. Le nouveau bloc se propage ensuite de pair à pair à tous les autres nœuds du réseau et, dès qu'il est accepté par plus de la moitié des utilisateurs, il devient officiellement le dernier bloc de la chaîne mettant ainsi à jour le registre. Le mineur qui a relevé le défi puise ensuite, à nouveau, dans le *pool* de transactions non confirmées afin de constituer le prochain bloc et relever le prochain défi. Ce protocole de consensus permet « de faire collaborer dans un environnement sans organe de contrôle des acteurs qui ne se font pas confiance et ont un intérêt pécuniaire à maintenir et surveiller le travail des autres sans pour autant pouvoir tricher »¹⁸⁶. Il fonde donc un mode de gouvernance permettant le contrôle total et décentralisé sur l'ensemble des opérations opérées dans le système.

ii. Consensus et dissuasion des doubles chaînes

Le problème de double chaîne (*fork*) et le « choix de la chaîne la plus longue ». Ce système d'incitations permet aussi de dissuader le mineur d'adopter un comportement qui nuirait à la communauté des pairs, en exploitant à son profit et de façon opportuniste certaines incohérences liées aux caractéristiques techniques de la *blockchain*. En effet, les blocs minés ne se diffusent pas en temps réel au sein des utilisateurs. Il y a forcément entre « une à vingt secondes de latence pour que le bloc se

¹⁸² P. DE FILIPPI, *op. cit.*, p. 24 : « Contrairement aux monnaies traditionnelles, comme le dollar ou l'euro – émises par des banques centrales, sous le contrôle des États – l'émission des bitcoins est déterminée par un protocole informatique qui définit précisément la qualité de totale de bitcoins qui seront éventuellement créés (21 millions) et la vitesse à laquelle ils sont générés (aujourd'hui, par exemple, 12,5 nouveaux bitcoins sont mis en circulation toutes les dix minutes en moyenne) ».

¹⁸³ Rapport Sénat, *op. cit.*, p. 36.

¹⁸⁴ Rapport Sénat, *op. cit.*, p. 36.

¹⁸⁵ J.-G. DUMAS, P. LAFOURCADE, A. TICHIT, S. VARRETTE, *op. cit.*, p. 12.

¹⁸⁶ J.-G. DUMAS, P. LAFOURCADE, A. TICHIT, S. VARRETTE, *op. cit.*, p. 36.

diffuse dans tout le réseau »¹⁸⁷. Aussi, il existe à tout moment des incohérences au bout de la chaîne. Des fourches (*forks*) se créent, autrement dit des doubles (triples, quadruples...) chaînes, car plusieurs mineurs peuvent travailler en même temps et proposer un cryptage différent. L'efficacité globale du système requiert de ne conserver qu'une seule chaîne. La chaîne conservée est celle adoptée par la majorité des utilisateurs : la *blockchain* se construit par consensus. Le consensus est ici d'adopter la chaîne la plus longue, qui a demandé la dépense de puissance de calcul la plus importante¹⁸⁸. En effet, la chaîne la plus longue correspond à une création de valeur plus élevée, puisqu'elle inclut un plus grand nombre de transactions vérifiées.

Ce consensus permet aux utilisateurs de s'accorder pour construire le registre qui ne sera plus susceptible d'être modifié par la suite ; la chaîne de blocs adoptée par la majorité des utilisateurs est tenue pour vraie, et servira donc de référence pour les transactions futures. Le consensus permet, sans passer par une institution centrale, de s'accorder entre pairs sur l'état de la *blockchain*. Pour la *blockchain* du bitcoin, il régule la création monétaire et les transactions de bitcoins, tant leur validité que leur enchaînement.

La régulation par l'intérêt économique du mineur. *A priori*, rien n'empêcherait les mineurs de continuer à miner sur la chaîne la plus courte. Cependant, cette solution est économiquement désavantageuse, car elle leur demande une dépense d'énergie pour produire le calcul qui ne serait pas compensée par une rémunération (puisque les blocs minés qui contiennent également leur rémunération en bitcoins seront ignorés par la majorité du réseau)¹⁸⁹. « Les mineurs ont donc intérêt à respecter le protocole »¹⁹⁰. Le consensus permet ainsi d'établir une vérité partagée entre les utilisateurs sur la chaîne de transactions tout en excluant les comportements opportunistes des utilisateurs.

iii. L'incitation produite par la transparence de la blockchain

La vérification des transactions par le mineur. Dans son propre intérêt, le mineur est incité à être vigilant quant à la vérification de la transaction. En effet, une fois un nouveau bloc miné, celui-ci est diffusé sur le réseau où les utilisateurs vérifient la solution trouvée (la *proof of work*), ainsi que la validité des transactions intégrées dans le bloc. Or ils n'accepteront jamais d'intégrer dans leur copie du registre un bloc contenant des transactions invalides¹⁹¹. Aussi, si le mineur souhaite que son bloc intègre la chaîne de blocs pour être rémunéré, il doit procéder aux vérifications nécessaires à la validation de son bloc. À défaut, il aura effectué une dépense inutile pour générer un bloc qui ne sera pas validé par les pairs. La vérification de la validité des transactions intégrées dans les blocs de la chaîne repose donc sur l'intérêt bien compris du mineur.

¹⁸⁷ Rapport Sénat, *op. cit.*

¹⁸⁸ P. DE FILIPPI, *op. cit.*, p. 28.

¹⁸⁹ P. DE FILIPPI, *op. cit.*, p. 28-29.

¹⁹⁰ P. DE FILIPPI, *op. cit.*, p. 29.

¹⁹¹ J.-G. DUMAS, P. LAFOURCADE, A. TICHIT, S. VARRETTE, *op. cit.*, p. 20.

3. La blockchain publique : une révolution de la méfiance

Fonctionnement de la *blockchain* et comportements opportunistes des pairs. Fondée sur la méfiance à l'égard des institutions, notamment monétaires, et donc des opérateurs et tiers de confiance, la *blockchain* publique établit un réseau d'échanges entre individus, parfaitement libres d'y entrer et d'en sortir, permettant de se passer de la confiance institutionnelle. Étant donné que, comme nous l'avons montré précédemment, il ne peut y avoir de confiance interindividuelle sans confiance institutionnelle, le fonctionnement de la *blockchain* repose donc sur le postulat d'individus potentiellement tous susceptibles d'adopter des comportements opportunistes. Dès lors, la *blockchain* repose sur un ensemble de mécanismes, formé d'outils algorithmiques et de dispositifs de récompenses, qui incitent les membres à respecter le fonctionnement global du système, et cela dans leur intérêt personnel bien compris. N'y a-t-il pas là un paradoxe ou une contradiction à prétendre fonder un système sur la sécurité (c'est-à-dire un risque zéro), quand ce système repose sur l'action d'individus par nature intéressés et potentiellement opportunistes, et dont on *postule* que leur rationalité individuelle les incitera à exploiter toute opportunité en leur faveur s'ils en ont la *possibilité* ? La sécurité (technologique) du système ne vise-t-elle pas alors essentiellement à rendre *improbables* les comportements opportunistes individuels, qui restent théoriquement *possibles* ? Tel est pourtant l'objectif de la gouvernance, bien particulière, de la *blockchain*.

La *blockchain*, système « *trustless* ». La gouvernance de la *blockchain* revient ainsi à organiser une communauté de méfiance réciproque et généralisée i) entre pairs ii) entre pairs et système. Elle substitue en effet la sécurité technologique à la confiance : puisque la *blockchain* est sécurisée, alors la confiance entre les utilisateurs est inutile. Éliminant le besoin de confiance interindividuelle, la *blockchain* est donc un système sans confiance (*trustless*)¹⁹². Dans le même temps, et symétriquement, c'est bien l'absence de confiance interindividuelle qui rend la transparence et le contrôle de tous par tous nécessaires. Cette transparence qui discipline les comportements individuels rend également superflu le recours à des tiers de confiance produisant de la confiance institutionnelle, remplacée là aussi par la sécurité du système. En effet, le consensus de la *proof of work*, ouvert à tous les membres du réseau, soumet l'activité de tous au contrôle de tous. Cette surveillance généralisée lève toute incertitude (nécessaire à la confiance) en produisant, au contraire, la certitude dans la sécurité technologique de la *blockchain*¹⁹³.

¹⁹² L. LELOUP, *op. cit.*, p. 80 : « Le caractère numérique et automatisé du contrat permet donc en théorie à deux partenaires de nouer une relation commerciale sans qu'ils aient besoin de se faire confiance au préalable, sans autorité ou intervention centrale. C'est en effet le système lui-même et non ses agents, qui garantit l'honnêteté de la transaction » ; P. DE FILIPPI, *op. cit.*, p. 105.

¹⁹³ « La *blockchain* du bitcoin, un mécanisme de confiance fondé sur des consensus », in « Comprendre les *blockchains* : fonctionnement et enjeux de ces nouvelles technologies », Rapport au Sénat, *Sénat* [en ligne], 20 juin 2018. [Consulté le 1^{er} juin 2021] Disponible sur Internet : <http://www.senat.fr/rap/r17-584/r17-584_mono.html#toc30> : « La validation des blocs permet donc de se prémunir du risque

La généralisation de la méfiance. Ainsi, contrairement aux discours sur la « révolution de la confiance » que représente la *blockchain*, cette dernière ne laisse aucune place à la confiance. Elle crée même un environnement où la confiance interindividuelle comme la confiance institutionnelle ne sont pas nécessaires¹⁹⁴. D'une part, à la confiance interindividuelle, elle substitue la méfiance généralisée : la confiance interindividuelle n'est pas nécessaire parce que les comportements opportunistes individuels sont, comme on l'a montré, disciplinés par l'alignement entre les intérêts individuels et celui du système et un mode de gouvernance axé sur la transparence des comportements. D'autre part, à la confiance institutionnelle, elle substitue une gouvernance décentralisée basée sur le contrôle réciproque généralisé, opéré par l'ensemble des membres du réseau sur l'ensemble de ses opérations, par le biais de la preuve de travail. La discipline des comportements individuels résultant de cette gouvernance décentralisée rend superflu le recours à des tiers de confiance produisant de la confiance institutionnelle, remplacée par de la sécurité technologique. La « révolution de la confiance » est donc bien plutôt une « révolution de la méfiance ».

B.- Coûts et limites des *blockchains* publiques fondées sur la méfiance : la nécessité de la confiance ?

La *blockchain* publique ou l'échec d'une économie totalement dérégulée. Cette utopie de « l'émergence d'une société de marché entièrement dérégulée »¹⁹⁵, fondée sur les intérêts bien compris de chacun, semble cependant vouée à l'échec. Les économistes le savent bien : la théorie de l'équilibre général d'une économie parfaitement décentralisée, où les échanges libres entre agents économiques permettent la convergence de leurs intérêts économiques bien compris, repose sur des conditions extrêmement restrictives. La plus paradoxale d'entre elles est certainement la nécessité d'un agent centralisateur – le « commissaire-priseur » ou « secrétaire de marché » – sans lequel l'équilibre général ne peut être atteint et stabilisé¹⁹⁶. Or la *blockchain* bute sur le même écueil : son bon fonctionnement nécessite, en pratique, la confiance dont les participants, au départ, prétendaient se passer. En effet, la recherche d'une sécurité technologique toujours accrue, pour réduire cette part irréductible de confiance et/ou pallier son absence, peut être extrêmement coûteuse et s'apparente fortement aux défaillances de marché qui mettent en échec la réalisation de l'équilibre général en économie. Tout d'abord, la *blockchain* n'est pas invulnérable, comme en témoignent les attaques dont elle a déjà été victime¹⁹⁷. Mais surtout, le fonctionnement même de la *blockchain* conduit au dévoiement de son projet initial et à réintroduire le besoin de

d'attaque malveillante. Aucune autorité centrale ne s'en occupe, puisque les utilisateurs s'en chargent en surveillant le système et en se contrôlant mutuellement. Cette sécurité, source de confiance, est l'un des aspects essentiels de la *blockchain* ».

¹⁹⁴ L. LELOUP, *op. cit.*, p. 83.

¹⁹⁵ P. DE FILIPPI, *op. cit.*, p. 11.

¹⁹⁶ L. WALRAS, *Éléments d'économie politique pure*, 1874.

¹⁹⁷ Cf. rapport Sénat, *op. cit.*, p. 62 s.

confiance. Ainsi, on ne peut pas se passer de la confiance, et tenter de s'en passer est bien plus coûteux que de l'asseoir et garantir son bon usage.

1. Le paradoxe de la concurrence

L'attaque des 51 %. La sécurité du réseau n'est assurée que si aucun nœud ne détient plus de 50 % de la puissance de calcul du réseau. En effet, dès qu'il en détient 51 %, le nœud peut alors à lui seul manipuler des transactions passées (cf. problème des fourches) ou censurer des transactions en ne les enregistrant pas dans la *blockchain*. Si cette attaque des 51 % reste pour l'instant théorique, « il n'est pas exclu qu'un acteur unique puisse finir par posséder plus de la moitié de la puissance de minage, remettant en cause le modèle »¹⁹⁸. De plus, « même des nœuds qui contrôlent de plus petites parts des ressources [du réseau] peuvent être dangereux et menacer la sécurité de la *blockchain* »¹⁹⁹, celle-ci étant sensible « aux attaques de mineurs entrés en collusion »²⁰⁰. Or, la collusion des mineurs est au cœur du fonctionnement même de la *blockchain*.

Les économies d'échelle dues à l'accroissance de la puissance de calcul nécessaire au minage. Initialement, tout nœud de la *blockchain* pouvait être un mineur, la puissance de calcul nécessaire au minage ne dépassant pas celle d'un ordinateur personnel. Cependant, la difficulté du minage s'accroît avec la longueur de la *blockchain*, les équations mathématiques à résoudre devenant de plus en plus complexes pour crypter de manière unique le dernier bloc en le maillant avec la chaîne existante. L'augmentation simultanée de la taille de la *blockchain* et de la difficulté du minage demande par conséquent une puissance de calcul et de stockage toujours croissante. Au développement d'ordinateurs spécialisés dans le minage (*mining rigs*), coûteux, a succédé le développement de « fermes de minage » (*mining farms*) où plusieurs mineurs mutualisent leur puissance de calcul et partagent leurs gains. Il est en effet parfaitement rationnel de la part des mineurs de chercher à réaliser des économies d'échelle pour accroître leur productivité.

Cette efficacité accrue a des conséquences positives. Elle incite à l'innovation ; on a ainsi vu émerger de nouveaux dispositifs de minage spécialisés comme les ASICs (*application-specific integrated circuits*). Elle augmente aussi la valeur du marché, et donc de la monnaie sous-jacente ; douze ans après la création du bitcoin, près de 19 millions de bitcoins sont en circulation pour une capitalisation évaluée à plus de 750 milliards de dollars.

¹⁹⁸ J. P. FLORI, « Sécurité et insécurité des *blockchains* et des *smart contracts* », *Annales des Mines-Réalités industrielles*, août 2017, n° 3, p. 100.

¹⁹⁹ M. KĘDZIORA, P. KOZŁOWSKI, M. SZCZEPANIK et P. JÓZWIĄK, « Analysis of Blockchain Selfish Mining Attacks », in L. BORZEMSKI, J. SWIĄTEK, Z. WILIMOWSKA (éd.), *Information Systems Architecture and Technology: Proceedings of 40th Anniversary International Conference on Information Systems Architecture and Technology*, Springer 2019, p. 231-240.

²⁰⁰ *Ibid.*

Concentration de l'activité de minage. La difficulté toujours croissante du minage a conduit à sa « professionnalisation »²⁰¹ et à son « industrialisation »²⁰², conduisant à une concentration élevée de l'activité autour d'un nombre réduit de fermes de minage dont la puissance informatique ne cesse de s'accroître. C'est là tout le « paradoxe de la concurrence »²⁰³ : la réalisation rationnelle d'économies d'échelle conduit certains opérateurs à se structurer de manière à accroître leur puissance, conduisant un système à l'accès libre et égalitaire à se concentrer autour de quelques opérateurs puissants, tels Bitmain ou Coinmint, tandis que les mineurs individuels ont au contraire tendance à se tourner vers le minage d'autres monnaies²⁰⁴. Le mouvement de concentration est en ce sens consubstantiel au fonctionnement même du réseau, en réaction à la puissance de calcul croissante demandée par la *proof of work*.

Un nombre croissant d'utilisateurs de la *blockchain* ne dispose plus de la puissance informatique suffisante pour participer au minage, voire pour stocker une copie de la *blockchain* – celle-ci représente aujourd'hui plusieurs gigaoctets de données²⁰⁵. Devenus nœuds « simples », ces utilisateurs ne peuvent que « s'adresser au reste du réseau pour s'assurer qu'une transaction a bien été effectuée »²⁰⁶. Les nœuds mineurs, eux, voient leur nombre se réduire progressivement avec la longueur de la *blockchain*. Ainsi, la puissance de calcul toujours plus forte exigée pour résoudre des défis du minage ne « fera [qu']augmenter la difficulté du problème informatique régulant la création de nouveaux bitcoins, ce qui réduira encore la probabilité pour le mineur individuel de se faire attribuer ces bitcoins »²⁰⁷. De fait, aujourd'hui, seule la mutualisation des mineurs dans les fermes de minage permet de développer la *blockchain*.

Menace sur la gouvernance décentralisée de la *blockchain*. Cette évolution menace évidemment le principe même de la gouvernance décentralisée de la *blockchain*, qui fait reposer sa sécurité technologique sur la concurrence entre mineurs : sans décentralisation du minage, la *blockchain* devient vulnérable aux attaques et aux manipulations et crédibilise le scénario selon lequel quelques acteurs dominants seraient en mesure d'influencer le marché du bitcoin et, le cas échéant, de déstabiliser le système économique mondial si l'usage du bitcoin se généralisait. Des inquiétudes émergent à cet égard quant au rôle de plus en plus central joué par les fermes de minage

²⁰¹ P. DE FILIPPI, *op. cit.*, p. 33.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ E.g. B. GUERRIEN, *L'illusion économique*, Sophia-Antipolis, Omniscience, 2007, coll. « Les essais ».

²⁰⁴ E.g. FLORIANE, « Les fermes de minage, un risque pour les cryptos ? », *Cryptos* [en ligne], 4 septembre 2018. [Consulté le 8 mars 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.cryptos.net/article/index/les-fermes-de-minage-un-risque-pour-les-cryptos/734>> : « En ayant miné plus de 40 % des blocs bitcoin sur certaines semaines du mois de juillet, Bitmain se rapproche dangereusement des 51 % qui lui donneraient une position dominante sur le consensus, avec pour conséquence, par exemple, de pouvoir influencer sur la capacité de censurer le réseau ou de dépenser une même somme deux fois de suite. »

²⁰⁵ J. P. FLORI, *op. cit.*, p. 100.

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ P. DE FILIPPI, *op. cit.*, p. 34.

chinoises²⁰⁸ et à une possible instrumentalisation géopolitique par la puissance chinoise de leur capacité massive de minage²⁰⁹.

2. Les coûts de l'absence de confiance

La concentration croissante du marché provoque deux effets pervers majeurs. D'une part, elle augmente le gain des comportements opportunistes et donc l'incitation à se comporter de manière opportuniste. D'autre part, elle produit des défaillances de marché.

a. Asymétrie des nœuds et augmentation des gains de l'opportunisme

Concentration des mineurs et manipulation du marché. La concentration des mineurs accroît le gain que leur entente est susceptible de retirer. De manière générale, le gain s'accroît en effet avec le pouvoir de marché : plus le marché est concentré, plus le faible nombre d'intervenants acquiert la capacité à influencer le marché en leur faveur. Le gain d'un comportement opportuniste, manipulant prix et informations, s'accroît lui aussi. Lorsque le gain d'un comportement opportuniste devient supérieur à celui associé au respect des règles, l'agent rationnel est en vertu d'une simple analyse coûts-avantages incité à l'opportunisme.

Concentration des mineurs vs symétrie des nœuds et amoindrissement de la capacité de contrôle. Dans le cas des mineurs, si la mutualisation de la puissance de calcul conduit à la concentration du réseau et à une capacité de contrôle amoindrie des nœuds simples, le système d'incitations initial, fondé sur l'hypothèse d'une symétrie entre les différents nœuds du réseau (le contrôle de tous par tous) perd son efficacité. Il risque dès lors de ne plus permettre l'alignement de l'intérêt individuel de chacun avec l'intérêt collectif de tous. L'opportunisme peut alors prendre la forme d'une « attaque de rétention », susceptible de se produire lorsque les mineurs ont intérêt à ne pas partager une transaction dont le gain est élevé, ou celle d'une stratégie de « recherche de délai »,

²⁰⁸ Dans une étude de 2018, trois auteurs documentent la domination chinoise sur l'activité mondiale de minage (cf. B. KAISER, M. JURADO, A. LEDGER, « The Looming Threat of China: An Analysis of Chinese Influence on Bitcoin »). En avril 2020, on estime que plus de 65,08 % du *hashrate* de bitcoin proviendrait de fermes de minage localisées en Chine, contre 7,24 % aux États-Unis, 6,90 % en Russie (cf. F. BAYARD, « Le bitcoin (BTC) est-il trop dépendant de la Chine ? », *Cryptoast* [en ligne], 20 septembre 2020. [Consulté le 8 mars 2021] Disponible sur Internet : <<https://cryptoast.fr/bitcoin-btc-trop-dependant-chine/>>).

²⁰⁹ La position des autorités chinoises concernant les activités de minage sur son territoire est cependant variable. Depuis 2020, les autorités tendent à renforcer le contrôle sur ces activités, afin de dissuader et sanctionner les mineurs profitant de tarifs énergétiques favorables mis en œuvre par le gouvernement pour soutenir l'économie réelle, et non le minage. Dans les mois récents, cette politique a conduit au déplacement d'une partie des activités des mineurs chinois vers d'autres régions d'Asie du Sud-Est.

lorsqu'ils ont intérêt à retenir un bloc pour attendre un bloc concurrent et effectuer alors une plus grosse opération de minage²¹⁰.

En définitive, les modalités initiales de gouvernance de la *blockchain* fondées sur la symétrie des nœuds, la transparence du réseau et la capacité de contrôle de tous par tous paraissent désormais de plus en plus inadaptées à l'asymétrie actuelle et croissante des participants à la *blockchain*, découlant d'une concentration accrue de la puissance de calcul entre les mains de quelques opérateurs. Elles ne semblent en particulier plus à même de dissuader les comportements opportunistes, ce qui réduit en conséquence la sécurité technologique de la *blockchain*. Il n'est dans ces conditions plus possible de tenir de façon certaine cette dernière pour invulnérable aux comportements opportunistes et imperméable à toute instrumentalisation par des instruments particuliers.

b. Blockchain, entre externalités environnementales négatives et inefficacité économique

Le consensus sur l'impact environnemental négatif de la *blockchain*. La puissance de calcul nécessaire au développement de la *blockchain* est très consommatrice en énergie, en raison du processus de production de la *proof of work* requérant le travail simultané d'un nombre très important d'intervenants²¹¹. L'évaluation exacte de cette consommation énergétique demeure à ce jour imprécise, même si plusieurs études ont été menées²¹². Un consensus quasi-généralisé n'en existe pas moins sur l'idée qu'elle serait à l'origine d'externalités négatives environnementales importantes²¹³, notamment parce qu'une grande partie de l'énergie nécessaire au fonctionnement du réseau bitcoin est d'origine fossile, contribuant à l'augmentation des émissions de gaz à effet de serre.

²¹⁰ Certaines *blockchains* (privées) sont alors obligées de mettre en place des mécanismes d'incitation à un bon comportement.

²¹¹ Selon P. DE FILIPPI (*op. cit.*, p. 35), en 2017, le bitcoin aurait nécessité l'équivalent de la consommation d'électricité d'Israël. Selon P. BOULET (article du 11 février 2020), la consommation électrique du bitcoin serait estimée en 2019 entre 30 et 80 TWh par an, pour une empreinte carbone de 15 à 40 MtCO₂-eq. Le Cambridge Center for Alternative Finance fournit pour sa part un chiffrage journalier de la consommation énergétique du bitcoin (cf. Université de Cambridge, *Cbeci* [en ligne]. [Consulté le 1^{er} juin 2021] Disponible sur Internet : <<https://cbeci.org/>> pour la méthodologie de la construction de l'indicateur appelé « Cambridge Bitcoin Electricity Consumption Index » et l'actualisation des chiffres. On peut également se reporter aux informations fournies par *Digiconomist* [en ligne]. [Consulté le 1^{er} juin 2021] Disponible sur Internet : <<https://digiconomist.net/>>. À titre de comparaison, la consommation électrique et l'empreinte carbone du bitcoin seraient comparables à celle de l'Autriche, de la Belgique ou du Danemark.

²¹² Voir par exemple A. DE VRIES, « Bitcoin's growing energy problem », *Joule*, 16 mai 2018, 2(5), p. 801-805; M. ZADE, J. MYKLEBOST, P. TZSCHEUTSCHLER et U. WAGNER, « Is Bitcoin the Only Problem? A Scenario Model for the Power Demand of Blockchains », *Frontiers in Energy Research*, mars 2019, vol. 7, article 21.

²¹³ Pour une présentation générale de l'impact écologique des technologies numériques, voir F. BERTHOUD, « Numérique et écologie », *Annales des Mines – Responsabilité et environnement*, 2017, n° 87, p. 72-75; M. ZADE, J. MYKLEBOST, P. TZSCHEUTSCHLER et U. WAGNER, « Is Bitcoin the Only Problem? A Scenario Model for the Power Demand of Blockchains », *loc. cit.*

La concentration géographique des activités de minage. La dépense énergétique des opérations de minage est devenue depuis quelques années un facteur décisif de l'évolution de la *blockchain*. Son coût élevé entraîne des comportements de fraude²¹⁴, des difficultés d'approvisionnement locale ou une augmentation du prix de l'électricité au détriment des autres consommateurs²¹⁵. Surtout, il est devenu le principal déterminant des choix de localisation des fermes de minage. Le processus de concentration de la *blockchain* autour de quelques opérateurs dominants se double dès lors d'un processus de concentration géographique. Les fermes de minage se sont d'abord localisées en Chine (où l'électricité est peu coûteuse) et, dans une moindre mesure au Canada, en Islande et en Suède où le climat plus froid réduit la dépense pour refroidir les machines. Sur la période récente, on observe un développement de l'activité de minage en Sibérie orientale, autour du lac Baïkal et le long du fleuve Angara, région bénéficiant non seulement d'une énergie peu coûteuse et d'un climat froid et sec, mais aussi d'infrastructures technologiques d'excellente qualité (la région étant traversée par le dispositif de fibre optique *Trans Europe Asia*) et d'un environnement institutionnel favorable. En effet, les choix de localisation des activités de minage dépendent non seulement du coût local de l'énergie, mais aussi du cadre institutionnel et réglementaire en vigueur dans différentes régions. Par exemple, « [L]a Chine où est hébergée une très grande majorité de la puissance de calcul de la *blockchain* bitcoin, a en effet commencé à fortement réguler cette industrie très gourmande en énergie, si bien que de plus en plus de mineurs quittent le pays pour s'installer notamment en Russie »²¹⁶. Ce déplacement vers la Sibérie orientale se double d'un contrôle « par des acteurs politiques ou économiques locaux de premier plan. La concentration des mineurs dans de telles zones est aujourd'hui encouragée notamment par Irkutskenergo, filiale locale du groupe En+, un des leaders russes de la production d'électricité et d'aluminium »²¹⁷.

Inefficacité économique de la preuve de travail. Cette consommation massive d'énergie est largement inefficace au regard de l'analyse économique. Elle procède en effet d'une duplication des coûts en énergie supportés par les multiples entités produisant en parallèle et simultanément la preuve de travail : pour cette dernière, « des milliers de personnes effectuent simultanément des calculs alors qu'un seul sera finalement utile »²¹⁸, conduisant *in fine* à une inefficacité économique remettant en cause le « mythe d'une *blockchain* peu coûteuse »²¹⁹.

²¹⁴ En avril 2018 ont ainsi été interpellés quatorze mineurs de bitcoin en Corée du Sud pour détournement et utilisation illégale d'électricité (Rapport Sénat, p. 91).

²¹⁵ En février 2018, la ville de Plattsburg dans l'État de New-York a interdit pendant 18 mois l'installation de nouvelles usines de minage, car leur présence avait fait augmenter le prix de l'électricité pour les usagers (*ibid.*, p. 90)

²¹⁶ H. ESTECAHANDY et K. LIMONIER, « Cryptomonnaies et puissance de calcul : la Sibérie orientale, nouveau territoire stratégique pour la Russie », *Hérodote*, 2020, n° 177-178, p. 253-266.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 261.

²¹⁸ T. RAYNA, « Tout ce que vous devriez savoir sur les vrais usages de la *blockchain* », *Le Journal de l'École de Paris*, novembre / décembre 2019, n° 140, p. 42.

²¹⁹ *Ibid.*

Le coût énergétique et environnemental de la technologie *blockchain*, s'il ne peut aller que croissant pour le bitcoin qui repose sur la preuve de travail²²⁰, diffère cependant selon la nature de la *blockchain* considérée et du protocole de consensus choisi. Les *blockchains* publiques, telles que le bitcoin, sont plus coûteuses que les *blockchains* privées ou de consortium²²¹ car la preuve de travail constitue en effet un type de preuve particulièrement énergivore en comparaison de types de preuves alternatives²²². D'autres protocoles ne subordonnent pas la validation d'un bloc à la quantité de travail fournie – et donc à la dépense d'énergie engagée – mais à d'autres modalités de preuve, qui ne dépendent pas – ou dépendent moins – de la consommation énergétique²²³. Pour autant, « la consommation d'énergie des technologies *blockchain* autres que le bitcoin reste peu étudiée et mériterait d'être approfondie pour la comparer à celle de bases de données réparties traditionnelles pour mesurer le coût énergétique de l'absence de tiers de confiance »²²⁴.

3. Le besoin de confiance dans la blockchain

En définitive, il n'est pas certain que le modèle initial des *blockchains* publiques et décentralisées soit pleinement tenable au regard de ses coûts économiques, politiques et écologiques. En particulier, ces coûts élevés et le phénomène de centralisation croissante à l'œuvre au sein de la *blockchain* publique du bitcoin semblent impliquer que cette technologie ne peut fonctionner de façon efficiente sans confiance. La *blockchain* semble dès lors s'éloigner aujourd'hui de plus en plus de ses idéaux et objectifs initiaux, et son projet de société de méfiance généralisée paraît se heurter à un irréductible besoin de confiance en quelques grands opérateurs ou entités spécifiques s'avérant indispensables au fonctionnement de son système de preuve. Les nœuds simples sont en quelque sorte « condamnés » à « faire confiance » au « reste du réseau ». Ce « reste du réseau » est quant à lui de plus en plus réduit, malgré un nombre croissant d'utilisateurs, et détenu uniquement par quelques « grands opérateurs » localisés dans certains lieux précis de la planète.

La société de méfiance semble ainsi plus onéreuse que la société de confiance, ou la méfiance se révéler moins efficace – ou économique, ou efficiente – que la confiance. Les coûts de la *blockchain* publique fondée sur la méfiance rendent alors patents, en contrepoint, les avantages des *blockchains* privées et notamment de la *blockchain* privée notariale. La technologie *blockchain* est, dans ce cas, appropriée par la profession de notaire qui la met au service de la société de confiance.

²²⁰ Cf. rapport Sénat, *op. cit.*, p. 91.

²²¹ Voir à ce sujet P. BOULET, « Consommation énergétique des technologies *blockchain* », *Ecoinfo* [en ligne], 11 février 2020. [Consulté le 1^{er} juin 2021] Disponible sur Internet : <<https://ecoinfo.cnrs.fr/2020/02/11/consommation-energetique-des-technologies-blockchain/>>.

²²² Pour une présentation de ces preuves, voir *infra*.

²²³ En décembre 2020, notamment – mais pas exclusivement – pour des motifs environnementaux, Ethereum est ainsi passé d'un mécanisme de consensus basé sur la preuve de travail à celui basé sur la preuve d'enjeu.

²²⁴ P. BOULET, *loc. cit.*

III. La *blockchain* privée notariale : la confiance nécessaire à la sécurité technologique

L'appropriation de la technologie *blockchain* par la profession notariale. La *blockchain* publique est un réseau de méfiance réciproque dont l'efficacité présumée de la gouvernance décentralisée, fondée sur la transparence et le contrôle de tous par tous, est limitée par sa capture par les intérêts particuliers de gros opérateurs oligopolistiques, susceptibles de mettre en œuvre des comportements opportunistes, ainsi que par sa vulnérabilité à des chocs énergétiques. Le caractère non tenable d'une gouvernance décentralisée de la *blockchain* publique²²⁵, dont témoignent les évolutions récentes de la *blockchain* bitcoin, et l'ampleur des risques et coûts associés mettent ainsi en lumière le besoin de confiance (interpersonnelle et institutionnelle) indispensable au déploiement de la technologie *blockchain* au sein de la société civile. Aussi, si cette dernière n'est pas un substitut à la confiance interpersonnelle et institutionnelle, elle constitue cependant une technologie de sécurité incontournable dont les notaires se sont emparés au service de leurs activités en créant récemment une Autorité de confiance numérique notariale destinée à gouverner une *blockchain* notariale privée. La maîtrise de cette nouvelle technologie par la profession notariale permet d'insuffler à la technologie *blockchain* la confiance qui lui fait défaut et d'en faire un outil de sécurité au service de la société de confiance. La *blockchain* privée ou de consortium, dont les règles de gouvernance diffèrent de celles de la *blockchain* publique, replace ainsi au cœur de sa gouvernance un tiers de confiance institutionnelle, ici la profession notariale, là où la *blockchain* publique l'exclut (A). L'hybridation de la sécurité technologique produite par la *blockchain* et de la confiance produite par la profession notariale présente de nombreux avantages (B) et permet de positionner la profession notariale, non plus seulement en tiers de confiance juridique, mais également en tiers de confiance technologique (C).

A.- La *blockchain* notariale ou la réintermédiation par la profession notariale

Les différents types de *blockchain*. Plusieurs points différencient une *blockchain* publique, de type bitcoin, d'une *blockchain* privée. Les *blockchains* publiques sont ouvertes, n'importe qui pouvant devenir membre du réseau sans que ne soit demandé de satisfaire à des conditions d'admission ou critères prédéterminés. Dans un tel système

²²⁵ B. BARRAUD, « Les *blockchains* et le droit », *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, Lamy (imprimé) / Wolters Kluwer édition électronique, 2018, p. 48-62, hal-01729646, p. 22 : « Cet épisode montrant que les *blockchains* ne sauraient être parfaitement fiables, que les risques ou les failles de sécurité, notamment au niveau des règles de gouvernance du système, sont réels, a provoqué une crise profonde parmi la communauté *blockchain* – d'autant plus qu'il ne s'agit pas du seul cas de détournement de cryptomonnaie. Il a placé la question de la gouvernance et du droit des chaînes de blocs au cœur des discussions [...] les chaînes de blocs privées présenteraient plus de garanties que les chaînes de blocs publiques. Les problèmes soulevés par l'« affaire » The DAO-Ethereum n'auraient pas existé dans le cas d'une *blockchain* privée puisque la sécurité, les contrôles et les décisions auraient été le fait d'un organe central engageant sa responsabilité et intervenant arbitrairement », égal. M. FONTAINE, S. JUILLET et D. FROGER, « La *blockchain* : mythe ou réalité », *JCP éd. N*, 2017, n° 25, Étude 1214, not. p. 36.

qualifié d'« *unpermissioned* », le registre des transactions est accessible en lecture à tous. La gouvernance des *blockchains* publiques ne fait donc appel à aucune entité centrale en charge d'autoriser ou non l'accès et de réguler l'utilisation du réseau. À l'inverse, les *blockchains* non publiques fonctionnent sur un mode fermé : la possibilité de participer aux transactions est définie et contrôlée par une organisation centrale et l'accès au réseau est réservé à certains membres identifiés, qui sont sélectionnés avant d'être admis à télécharger le protocole et utiliser le réseau²²⁶.

Parmi ces *blockchains* non publiques, deux cas sont à distinguer, selon que la gouvernance de la *blockchain* est partiellement décentralisée (on parle dans ce cas de *blockchain* de consortium) ou, au contraire, centralisée. Dans le premier cas, chaque nœud du réseau est constitué par un membre du consortium (par exemple, une entreprise partenaire). Un nouveau bloc est ajouté à la chaîne lorsqu'un nombre suffisant de membres a validé les transactions. Contrairement au consensus dans les *blockchains* publiques, le consensus n'est alors pas basé sur une rémunération des nœuds en fonction de leur puissance de calcul, mais sur l'accord de la majorité des partenaires quant à la validité des transactions. Dans le second cas, la gouvernance du réseau s'organise autour d'une entité centrale : les membres doivent non seulement faire l'objet d'une acceptation explicite au sein de la *blockchain* privée par cet organe central, mais ce dernier est en outre en charge de la validation des transactions émises par les nœuds et seul autorisé à procéder à l'ajout du nouveau bloc à la chaîne existante. Aucun mécanisme de consensus n'est en ce sens requis ici, mais les règles de gouvernance et de fonctionnement de la *blockchain* sont déterminées par des accords entre ses membres. Les récents projets de création d'une *blockchain* par la profession notariale s'inscrivent dans des modèles de *blockchains* non publiques (*blockchain* privée ou de consortium).

Les acteurs institutionnels porteurs du projet. Face à la menace alléguée de disparition des notaires, le notariat s'est rapidement engagé dans des réflexions sur la technologie *blockchain*²²⁷, le Conseil Supérieur du Notariat (CSN), organe chargé de représenter la profession auprès des pouvoirs publics, proposant même aux candidats à l'élection présidentielle de 2017 la création d'une *blockchain* notariale en vue de sécuriser les informations dans tous les domaines jugés utiles par l'État²²⁸. Par la suite, la

²²⁶ On distingue traditionnellement trois types de *blockchains*, qui sont respectivement les *blockchains* publiques (dont l'accès est ouvert à tous) et les *blockchains* privées et de consortium (dont l'accès est restreint et qui se distinguent entre elles par le degré de centralisation de leur gouvernance). Par souci de simplicité terminologique, on qualifiera ici de *blockchain* privée l'ensemble des *blockchains* non publiques (dont l'accès est contrôlé, y compris donc les *blockchains* de consortium).

²²⁷ Not. l'intervention de la profession notariale à la *World Bank Conference on Land and Poverty* à Washington DC, 20-24 mars 2017, « *Blockchain – Can this New Technology really Revolutionize the Land Registry System?* », <http://www.notaries-of-europe.eu//index.php?pageID=15105>.

²²⁸ CSN, Propositions du notariat aux candidats à la présidence de la République, 2017, p. 9 : « Sécurité numérique par l'officier publique : la *blockchain* notariale », extrait de la proposition : « Le notaire a déjà anticipé cette révolution digitale et mis en place des outils alliant confiance et sécurité dont il est le vecteur au nom de l'État [...] Le notariat propose de garantir l'exactitude des informations dans tous les domaines

profession s'est concrètement investie dans des projets visant à s'emparer de cette technologie de sécurité pour la mettre au service de ses activités. Sur ce terrain, deux institutions notariales sont motrices : le CSN et la Chambre Interdépartementale des Notaires de Paris (CINP), qui regroupe autour d'elle les chambres des notaires d'Île-de-France, et porte des projets numériques dont l'ampleur rivalise avec ceux menés par le CSN.

Les initiatives du CSN. Concernant les initiatives du CSN, son président annonçait en novembre 2018 que la *blockchain* notariale « serait bientôt opérationnelle et qu'elle permettrait de conserver l'empreinte numérique des copies authentiques délivrées par le notaire, donc aussi des copies exécutoires, et d'assurer (ainsi) la traçabilité du fichier »²²⁹. L'idée était notamment de transmettre en toute sécurité les copies exécutoires dématérialisées des actes de prêt. La *blockchain* expérimentée par le CSN est en ce sens et de façon certaine une *blockchain* non publique. Bien qu'elle soit parfois présentée comme une *blockchain* privée²³⁰, l'intervention d'autres acteurs que la profession notariale, tels les banques et les huissiers, lui confèrent certaines caractéristiques d'une *blockchain* de consortium²³¹. Pour le moment, la *blockchain* expérimentée par le CSN n'a cependant pas encore vu le jour²³² et il est notable que la récente Convention d'objectifs signée par l'État et le notariat²³³ ne mentionne nullement le projet de *blockchain*.

jugés utiles par l'État, constituant ainsi la *blockchain* notariale, tant pour les pouvoirs publics que pour les utilisateurs ».

²²⁹ Entretien avec J.-F. HUMBERT, « Il faut oser », *JCP éd N*, 2018, n° 45, act. 860 : « Concrètement : la copie exécutoire délivrée sur support numérique (pdf) sera envoyée à la banque qui va l'enregistrer. L'empreinte de ce fichier est déposée sur la *blockchain*. Lorsque la banque fera face à une difficulté de paiement, elle transmettra le fichier numérique à l'huissier pour qu'il effectue une mesure de recouvrement. Cette transmission du fichier sera intégrée dans la *blockchain*. L'huissier, destinataire du fichier, pourra comparer l'empreinte du fichier remis avec celle du fichier qui avait été déposé. En outre, nous saurons qui est le détenteur du seul fichier numérique qui constitue la copie exécutoire, unique. On assure ainsi la traçabilité et l'infalsifiabilité de ce fichier numérique, afin de permettre la mise en œuvre des procédures d'exécution par exemple ».

²³⁰ S. SABOT-BARCET, deuxième VP du CSN chargée du numérique et de la formation, *NVP*, nov.-déc. 2019, p. 39.

²³¹ M. MEKKI, « *Blockchain* et métiers du droit », *Dalloz IP/IT*, 2020, p. 87 : « Que l'on songe à la *blockchain* de consortium bientôt expérimentée par les notaires soit pour certifier les documents annexés à l'acte authentique électronique et/ou échangés au sein de l'espace notarial, soit pour permettre la remise d'une copie exécutoire numérique [...]. À la différence d'une *blockchain* publique, la *blockchain* privée ou de consortium est contrôlée à son entrée, les acteurs sont identifiés et un tiers gère et supervise l'ensemble des opérations avec la possibilité de déterminer les règles de fonctionnement et de les faire évoluer ».

²³² On peut imaginer que les accords interprofessionnels sur les règles de fonctionnement et de responsabilité au sein de la *blockchain* de consortium suscitent des négociations qui retardent la mise en œuvre du projet.

²³³ C. DAUCHEZ, « Signature de la première convention d'objectifs du notariat. Vers une normalisation des relations entre l'État et le notariat », *JCP éd. N*, 2020, n° 43, act. 831.

L'expérimentation de la *blockchain* notariale par la CINP. En revanche, lors de son dernier ForumTech organisé en octobre 2019²³⁴, la CINP a exposé les grandes orientations de sa politique numérique et détaillé les projets technologiques dans lesquels elle est impliquée. L'expérimentation de son projet de *blockchain* repose sur un fonds d'innovation doté de 6,2 millions d'euros abondés par les notaires de la CINP, chargé d'assurer la recherche et d'orienter le développement technologique des notaires des compagnies qu'elle regroupe. Un comité de sélection a été créé, constitué de notaires, banquiers et *start-upers*. Le choix stratégique de la CINP a été, plutôt que de s'adosser à des opérateurs tiers dont les notaires utiliseraient les services, de développer cette technologie en interne en travaillant en collaboration avec une *start-up*, permettant ainsi d'assurer l'indépendance de la profession. Pendant la phase d'expérimentation, la CINP a implanté une infrastructure de *blockchain* privée dans les serveurs de la CINP et mis en place un réseau composé de douze notaires mineurs issus de la commission technologique de la CINP.

Création de l'Autorité de confiance numérique notariale des notaires du Grand Paris. Cette phase d'expérimentation a débouché en juin 2020 sur le lancement d'une *blockchain* privée²³⁵, permettant de fournir aux utilisateurs des services destinés à « sécuriser la conservation de leur preuve numérique »²³⁶. Son fonctionnement technique s'appuie sur l'infrastructure interne à la CINP, Paris Notaires Services (PNS)²³⁷. Reposant sur un consensus centralisé (*proof of authority*), la gouvernance de la *blockchain* notariale est assurée par une « Autorité de confiance numérique notariale des notaires du Grand Paris pour la fourniture de services de *blockchain* notariale » représentée par un comité composé des cinq présidents des chambres des notaires d'Île-de-France²³⁸ repositionnant ainsi la profession de notaire en tant que tiers de confiance au cœur de la *blockchain*. Une « Politique de la confiance de la *blockchain* notariale (BCN) » signée le 16 juin 2020 définit les principes de fonctionnement de la *blockchain* et de garantie des niveaux de qualité et de confiance attendus par le notariat et

²³⁴ Compte-rendu par le master 2 Droit notarial de l'Université Paris Nanterre (UPN) du forum Technot organisé par la CINP le 17 octobre 2019, <https://cedcace.parisnanterre.fr/contrats-de-recherche-/notariat-et-numerique/publications/>.

²³⁵ S. ADLER, « Création d'une autorité de confiance numérique notariale pour la fourniture de services de *blockchain*. Lancement de la *blockchain* notariale par les notaires du Grand Paris », *JCP* éd. N, 2020, n° 30, act. 654.

²³⁶ G. MARRAUD DES GROTTES, « Stéphane Adler, vice-président de la Chambre des notaires de Paris : "Notre volonté est d'être une autorité de confiance numérique notariale pour la fourniture de services *blockchain*" », *Actualités du droit* [en ligne], 16 juillet 2020. [Consulté le 1er juin 2021] Disponible sur Internet : <https://www.actualitesdudroit.fr/browse/tech-droit/blockchain/28301/stephane-adler-vice-president-de-la-chambre-des-notaires-de-paris-notre-volonte-est-d-etre-une-autorite-de-confiance-numerique-notariale-pour-la-fourniture-de-services-blockchain?utm_source=alerte&utm_campaign=20200710_20200717&utm_medium=WEEKLY&utm_term=blockchain-tech-droit&utm_content=6017>.

²³⁷ L'association PNS a été créée par la CINP en 1994. Elle fournit des services à destination des notaires, des professionnels et particuliers, notamment des services dématérialisés.

²³⁸ Chambre des notaires de Paris, des Hauts-de-Seine, Versailles, Essonne et Seine-et-Marne.

l'ensemble de ses utilisateurs²³⁹. Elle permet d'assurer la qualité de la *blockchain* notariale, c'est-à-dire de faire en sorte qu'elle soit « en ligne avec l'état de l'art réglementaire, fonctionnel et technique de l'instant »²⁴⁰. Le comité de gouvernance est adossé à un Comité stratégique composé de notaires et d'experts chargé, entre autres, « de suivre les usages de la *blockchain* notariale dans le temps, et également sur des organismes de certification et des travaux d'experts »²⁴¹.

Les « notaires mineurs ». L'infrastructure de la *blockchain* est centralisée et hébergée sur des serveurs dans les *data centers* de la profession, tandis que le minage est décentralisé sur un certain nombre de nœuds mineurs, chacun appelé « notaire mineur ». Ainsi, si chaque notaire mineur dispose automatiquement d'une copie du registre sur son serveur, qui aura été préalablement configuré avec les données d'identifications du notaire, une réplication est également stockée sur l'infrastructure centralisée. Le notaire mineur se distingue aisément du mineur de bitcoins. Il est en effet précisément identifié²⁴² ; il n'est pas rémunéré et son activité de minage est soumise à une autorisation préalable du Comité de gouvernance²⁴³. Par ailleurs, le comportement du notaire mineur est encadré par la « Charte du notaire mineur » que ce dernier doit impérativement signer afin de rejoindre le réseau privé et qui le soumet à un certain nombre d'engagements, notamment celui de maintenir opérationnel le matériel à des fins de sécurisation.

L'accès à la *blockchain* notariale. L'accès des autres utilisateurs de la *blockchain* (nœuds simples) est également réglementé. En effet, les premiers cas d'usage de la *blockchain* notariale privée des notaires du Grand Paris²⁴⁴ concerneront la traçabilité de l'alimentation et de la consultation des *data rooms* électroniques gérées par les offices de notaires pour leurs clients, la traçabilité des mouvements des actions des sociétés non cotées ou encore le service sécurisé de transfert de fichiers volumineux. Les éditeurs d'application pourront ainsi demander à utiliser les services de la *blockchain*, mais cette utilisation sera soumise à autorisation du Comité stratégique qui rendra avis au Comité de gouvernance pour validation. L'appropriation par la profession notariale de la technologie *blockchain*, via la *blockchain* privée dont elle assure la gouvernance, permet alors de combler les déficiences précédemment relevées de la *blockchain* publique.

²³⁹ Defrénois, 16 juillet 2020, p. 11. Elle sera rendue publique et mise à disposition de tous ses utilisateurs.

²⁴⁰ G. MARRAUD DES GROTTES, « Stéphane Adler, vice-président de la Chambre des notaires de Paris : “Notre volonté est d'être une autorité de confiance numérique notariale pour la fourniture de services *blockchain*” », *loc. cit.*

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² Defrénois, 16 juillet 2020, p. 11.

²⁴³ G. MARRAUD DES GROTTES, « Stéphane Adler, vice-président de la Chambre des notaires de Paris : “Notre volonté est d'être une autorité de confiance numérique notariale pour la fourniture de services *blockchain*” », *loc. cit.*

²⁴⁴ S. ADLER, *op. cit.* Pour une présentation lors du Forum Technot 2019, voir J. BINARD, directeur des systèmes d'information de la CINP in Compte rendu par le master 2 Droit notarial de l'Université Paris Nanterre (UPN) du forum Technot, *op. cit.*, p. 6 et s.

B.- Les avantages de la *blockchain* notariale privée

L'utilisation de la *blockchain* notariale présente plusieurs avantages. L'introduction de la profession notariale, tiers de confiance institutionnelle, permet notamment de réduire les coûts économiques et énergétiques de la *blockchain* (1) corrélativement à l'hybridation sur la technologie *blockchain* des dispositifs de confiance produits par l'État et le notariat (2).

1. L'efficacité économique et énergétique de la *blockchain* privée notariale

Efficacité du coût de la preuve dans une *blockchain* privée. Dans une *blockchain* publique, le coût de la preuve est élevé. La preuve de travail utilisée par la *blockchain* bitcoin est, on l'a vu, énergivore et coûteuse, de manière croissante avec la taille du réseau. Ce constat a amené à développer des modes de modes de preuve moins coûteux que la *proof of work*. Plusieurs méthodes alternatives d'authentification sont discutées dans cette perspective. Essentielle dans le cadre des *blockchains* privées, la preuve d'autorité (*proof of authority*), d'ailleurs utilisée par la *blockchain* notariale, prend la forme d'un processus de validation des transactions et des blocs reposant sur un nombre limité de validateurs de blocs pré-approuvés, choisis comme tiers de confiance pour jouer le rôle de validateurs du système²⁴⁵. Dans le système de *proof of stake* (« preuve d'enjeu » ou « preuve de participation »), les participants doivent apporter la preuve qu'ils possèdent bien une certaine quantité de la cryptomonnaie circulant sur le réseau, leur probabilité d'être choisis comme validateur d'un bloc étant proportionnelle à ce montant et à la durée de sa possession. La *zero-knowledge proof* (« preuve à divulgation nulle de connaissance »²⁴⁶) constitue quant à elle un protocole sécurisé dans lequel une contrepartie doit prouver mathématiquement à une autre la véracité d'une proposition sans ne révéler aucune autre information que cette véracité²⁴⁷.

La plupart de ces nouveaux modes de preuves remettent en cause l'architecture et la gouvernance décentralisée de la *blockchain* publique en faisant jouer un rôle spécifique à une entité ou un organe central doté d'un rôle d'intermédiation et de validation au sein du réseau. Une telle centralisation – ou recentralisation – du réseau est éventuellement porteuse d'un risque en termes de sécurité, dans l'hypothèse notamment où l'entité centrale serait tentée d'abuser de sa position privilégiée au détriment des autres nœuds. Ce risque constitue d'ailleurs l'une des critiques principales

²⁴⁵ Sur la preuve d'autorité, voir par exemple « Qu'est-ce que la preuve d'autorité ? », *Academy Binance* [en ligne]. [Consulté le 1^{er} juin 2021] Disponible sur Internet : <<https://academy.binance.com/fr/articles/proof-of-authority-explained>>.

²⁴⁶ On distingue notamment les ZKIP (« *Zero Knowledge Interactive Proofs* ») et les « *non-interactive zero-knowledge proofs* ». Dans le domaine monétaire, ce type de preuve est utilisé par certains systèmes, par exemple Zcash pour la sécurisation et la confidentialité des transactions.

²⁴⁷ Voir A. COLLOMB et K. SOK, « *Blockchain, une révolution monétaire et financière ?* », *L'économie politique*, 2017, 75(3), p. 70-82.

adressées à ces mécanismes de preuve, au motif qu'ils présenteraient un niveau de sécurité inférieur à celui de la preuve de travail.

Ces modes de preuve réintroduisent cependant dans la technologie de la *blockchain* la notion de confiance qui en avait été évacuée. En particulier, parce qu'elle justifie la centralisation du réseau en même temps qu'elle est rendue possible par elle, la preuve d'autorité se fonde de manière explicite sur la confiance et les tiers de confiance²⁴⁸. De la même façon, parce qu'il comporte un risque de concentration du pouvoir de validation entre les mains de quelques acteurs – par exemple, ceux possédant les quantités de cryptomonnaie les plus élevées – et ouvre par conséquent la voie à l'exploitation opportuniste par ces acteurs de failles potentielles du système, à leur profit exclusif²⁴⁹, le modèle de preuve par enjeu remet la confiance au centre du fonctionnement de la *blockchain* : il s'agit bien en effet de *confier* la régulation du réseau à quelques acteurs, en dépit du risque qu'ils en tirent profit. Le modèle repose donc sur la confiance puisqu'elle porte en elle le risque d'être trahie²⁵⁰.

L'efficacité énergétique de la *blockchain* privée. Par ailleurs, l'efficacité économique de la *blockchain* privée notariale résulte également de son coût énergétique inférieur à celui des *blockchains* publiques. Cette meilleure performance énergétique a plusieurs raisons. Actuellement, le réseau de la *blockchain* notariale repose ainsi sur quinze notaires mineurs, dont les serveurs de minage installés dans les offices valident les transactions et les enregistrent dans la *blockchain*²⁵¹. Il est prévu d'ouvrir le réseau à dix notaires supplémentaires, « nombre suffisant pour assurer la performance nécessaire et la continuité de service »²⁵². De façon notable, le coût de la station de minage est très peu élevé (1 000 euros) et doté d'un « espace de stockage qui permettrait à titre d'exemple d'héberger des dizaines de milliers de fois la *blockchain* bitcoin »²⁵³. En outre, le fait que le mécanisme de consensus – ce dernier s'apparentant plutôt à un enregistrement des transactions sur la *blockchain* qu'à un consensus *stricto sensu* – soit centralisé permet d'obtenir un consensus beaucoup plus rapidement et à moindre coût. De plus, le minage n'étant pas concurrentiel, il n'est pas nécessaire de rémunérer les mineurs, ce qui permet d'éliminer les frais et récompenses attachés aux transactions dans le système de *blockchain* publique. En conséquence, le faible impact énergétique de la *blockchain* notariale ne manque d'ailleurs pas d'être souligné par la profession : « [N]otre mode opératoire se présente comme peu énergivore en pouvant se baser sur un

²⁴⁸ Cf. T. RAYNA, *op. cit.*, p. 42.

²⁴⁹ Dans un système de preuve d'enjeu, il devient en effet possible pour un validateur de valider deux fourches concurrentes de la chaîne pour maximiser ses gains, alors que ce risque est exclu dans un système de consensus de preuve par le travail.

²⁵⁰ À partir de la fin de l'année 2020, et dans le cadre de son passage du mode de consensus fondé sur la preuve de travail au modèle de la preuve d'enjeu, ces nouveaux risques ont conduit Ethereum à réfléchir à des dispositifs permettant de sanctionner de tels comportements opportunistes.

²⁵¹ S. ADLER, *op. cit.*

²⁵² G. MARRAUD DES GROTTES, « Stéphane Adler, vice-président de la Chambre des notaires de Paris : "Notre volonté est d'être une autorité de confiance numérique notariale pour la fourniture de services *blockchain*" », *loc. cit.*

²⁵³ *Ibid.*

nombre limité de mineurs, mais en permettant des performances remarquables. Notre infrastructure permet d'enregistrer des centaines de transactions par seconde, là où les *blockchains* publiques ne peuvent en enregistrer que quelques unités par seconde dans les meilleurs cas »²⁵⁴.

2. Blockchain privée et dispositifs de confiance institutionnelle

Confiance vs croyance en la sûreté technologique. La *blockchain* de Bitcoin repose sur la croyance aveugle en la sécurité technologique voire l'illusion scientiste de l'infailibilité technologique du système. Cette croyance est le résultat de l'ensemble des dispositifs technologiques prévenant la réalisation des comportements opportunistes dans un monde de méfiance généralisée. Les nœuds de la *blockchain* se méfient les uns des autres, mais leur participation au réseau repose sur la croyance selon laquelle les mécanismes mis en place garantissent à coup sûr le fonctionnement et la sécurité du système. La *blockchain* publique substitue donc bien à la confiance (interpersonnelle et institutionnelle) une foi ou une croyance aveugle dans l'infailibilité de la technologie, des systèmes informatiques et des algorithmes²⁵⁵. Cette croyance ne peut évidemment pas s'interpréter comme une forme de confiance : si l'on peut avoir confiance en quelqu'un, on ne peut avoir confiance en la technologie. Dans ce dernier cas, en effet, à qui celle ou celui qui accorde sa confiance se fierait-il ? Qui, de l'autre côté, pourrait se révéler (ou non) digne de cette confiance ? Peut-on se fier aux nœuds anonymes et désincarnés du réseau ? Reposant sur la méfiance envers les institutions, la *blockchain* de Bitcoin ne peut, par définition, être identifiée à une institution ou une entité précise. Qui donc honorerait la confiance placée dans les nœuds anonymes d'un système décentralisé qui devient, on l'a vu, de plus en plus complexe et autonome ?

Défaillance de la sécurité et responsabilité. Il n'existe pas, de plus, de risque zéro et on ne peut exclure complètement l'hypothèse de réalisation d'un risque – irréductible – de défaillance de la technologie, *i.e* d'une faille du système conduisant à son appropriation par quelques-uns, à une cyberattaque ou encore à son indisponibilité. Un tel risque existe aussi bien dans les *blockchains* publiques que privées, même si le degré de risque associé peut différer – certains considérant que le degré de risque est supérieur dans les *blockchains* privées compte tenu de leur caractère centralisé les rendant éventuellement plus vulnérables à l'opportunisme de quelques-uns – à commencer par l'entité centrale de la *blockchain* privée.

Néanmoins, vers qui se tourner en cas de défaillance de la sécurité ? Si tous les types de *blockchain*, privée et publique, sont faillibles, les *blockchains* privées présentent du fait de leur gouvernance centralisée l'avantage de réintroduire une possibilité de responsabilité effective dans le système. L'existence d'une instance centrale en charge d'autoriser l'accès au réseau des membres sélectionnés sur la base de critères connus et

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ F. A. von HAYEK, 1953. *Scientisme et sciences sociales : essai sur le mauvais usage de la raison*, Plon, Paris.

de valider leurs transactions permet d'identifier un responsable non seulement de la performance individuelle des membres de la *blockchain*, mais aussi de la performance globale ou collective du système. L'identification possible d'un responsable garantit alors la possibilité d'obtenir réparation pour un dommage subi en cas de réalisation d'un risque – y compris lorsque ce dernier est faiblement probable. Peu important alors les modalités de cette compensation, qu'elle soit obtenue directement auprès de l'entité centrale de la *blockchain* privée ou que cette dernière ait la capacité de contraindre un membre du réseau identifié comme ayant failli à compenser le dommage qu'il a créé. L'important est que la compensation puisse avoir lieu le cas échéant. L'entité centrale d'une *blockchain* privée se réinterprète donc très directement comme un tiers de confiance et tel est bien le rôle joué par le notariat et ses instances professionnelles dans le cadre de la *blockchain* privée notariale.

A contrario, dans une *blockchain* publique décentralisée et anonyme, la désignation d'un responsable et la mise en œuvre d'une compensation ne sont ni possibles ni concevables. En effet, le mineur n'est par définition pas un tiers de confiance, identifié, mais un tiers de méfiance anonyme identifié, mais un tiers de méfiance anonyme dans un univers où le besoin de confiance et la nécessité de « dispositifs de promesse » institutionnels (responsabilité ou déontologie) qui la produisent sont censés être éradiqués par la sécurité informatique.

En définitive, le gestionnaire d'une *blockchain* privée, étant clairement identifié, est plus aisément soumis à la compétence d'une juridiction classique qu'une *blockchain* publique²⁵⁶. En ce sens, si l'on peut certes dire que « *code [au sens de code informatique, ndlr] is law* » pour les *blockchains* publiques, selon le mot bien connu de Lawrence Lessig, l'ordre juridique traditionnel et les normes légales paraissent bien s'appliquer quant à elles de façon effective aux *blockchains* privées, dès lors qu'elles sont réappropriées par les tiers de confiance traditionnels, comme c'est le cas pour la profession notariale.

C.- La profession notariale, tiers de confiance technologique

Alors que les *blockchains* publiques sont fondées sur la méfiance généralisée envers les institutions et donc entre tous, le fonctionnement partiellement ou complètement (re)centralisé de la *blockchain* privée permet d'introduire – ou réintroduire – la confiance au cœur de la technologie *blockchain*. En effet, la confiance (institutionnelle) envers la profession, qui s'érige en entité centrale de la *blockchain* notariale, permet le déploiement d'une *blockchain* de confiance (interindividuelle) notamment en sélectionnant les membres autorisés à participer aux transactions au sein de la

²⁵⁶ O. LASMOLES, « La difficile appréhension des blockchains par le droit », *Revue internationale de droit économique*, 2018, t. XXXII(4), p. 453-469, p. 463.

blockchain privée d'une part, et en assumant la mission de validation des transactions effectuées par les différents nœuds du réseau d'autre part.

La profession notariale s'érige ainsi en tiers de confiance technologique et lui fournit la confiance qui lui fait défaut ; la *blockchain* privée réalise ainsi l'alliage de la confiance humaine et de la sécurité informatique.

Une *blockchain* fondée sur la confiance dans l'institution notariale.

L'introduction de la confiance interindividuelle dans la *blockchain* privée notariale bénéficie du capital de confiance institutionnelle dans la profession qui pré-existait à la création de la *blockchain* notariale. Cette confiance institutionnelle rend dès lors moins coûteuse la mise en place d'une *blockchain* privée permettant la confiance interindividuelle entre les membres du réseau. Son efficacité économique supérieure à celle d'une *blockchain* publique provient de coûts réduits de contrôle, de fonctionnement et, au final, de consommation énergétique. À l'opposé, fondée sur une méfiance envers les institutions, la *blockchain* de Bitcoin ne peut être qu'une *blockchain* publique dont le mode de fonctionnement repose sur l'hypothèse d'une méfiance interindividuelle généralisée. Lorsque la confiance institutionnelle pré-existe, comme nous l'avons montré dans la première partie, le choix d'une *blockchain* privée est plus économique. En l'espèce, le développement de la *blockchain* privée notariale sous l'égide d'institutions notariales reconnues, telles que le Conseil Supérieur du Notariat (CSN) et la Chambre Interdépartementale des Notaires de Paris (CINP), associée aux autres chambres des notaires d'Île-de-France, celle-ci n'autorisant le minage qu'aux seuls notaires dûment autorisés, et dont le consensus repose sur une *proof of authority* et permet à ce titre la production de confiance interindividuelle à un coût raisonnable. En définitive, il semble bien que sa construction sous l'égide de la profession confère à la *blockchain* notariale un avantage comparatif et permet d'ériger les institutions notariales en tiers de confiance dans la sécurité de la technologique *blockchain* : parce qu'il préexiste de la confiance individuelle et institutionnelle dans le monde notarial, il est économiquement rationnel et efficient de mettre en place une *blockchain* privée, dont on a montré que les coûts d'établissement et de fonctionnement sont moins élevés que ceux d'une *blockchain* publique, inévitablement supérieurs compte tenu de la méfiance généralisée entre membres et de l'exigence de contrôle afférente.

Une *blockchain* fondée sur la confiance interindividuelle des professionnels.

D'autre part, ce sont aussi les modes mêmes d'organisation et de fonctionnement, déterminés par la profession dans la *blockchain* privée notariale qui permettent de produire de la confiance. En particulier, leur gouvernance centralisée et la capacité de leurs organes centraux à sélectionner les membres du réseau puis à valider efficacement leurs transactions sont génératrices de confiance interindividuelle entre membres du réseau et, éventuellement, vis-à-vis d'agents externes à la *blockchain*. En d'autres termes, la *blockchain* privée relie des agents qui ont été sélectionnés et autorisés à intégrer le système, et qui anticipent de ce fait pouvoir se faire confiance. La *blockchain* privée notariale traduit un mouvement de retour du tiers de confiance traditionnel : dans un

monde marqué par la défiance envers les tiers de confiance traditionnels et la croyance techniciste dans la sécurité technologique, elle nous invite à reconnaître que le caractère faillible de la technologie *blockchain* ne trouve d'issue que dans l'intervention d'un tiers de confiance traditionnel.

En tout état de cause, la technologie *blockchain* ne représente en rien un substitut crédible au tiers de confiance dans la mesure où elle est incapable de produire de la confiance interpersonnelle et institutionnelle. Elle constitue cependant une technologie désormais incontournable, aux applications multiples dont la profession notariale ne peut pas ne pas s'emparer. L'appropriation de la *blockchain* privée par la profession notariale conduit alors à renforcer son rôle de tiers de confiance. Tiers de confiance juridique, les notaires deviennent aujourd'hui des tiers de confiance technologique, officiers publics qui participent alors au développement de la confiance publique numérique et contribuent ainsi au déploiement de la stratégie nationale adoptée par les pouvoirs publics visant à faire du numérique un espace de confiance et « de la France une nation de la *blockchain* »²⁵⁷.

²⁵⁷ « La stratégie nationale *blockchain* », *Entreprises.gouv* [en ligne], 15 avril 2019, mise à jour 8 octobre 2020. [Consulté le 1^{er} juin 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.entreprises.gouv.fr/fr/numerique/enjeux/la-strategie-nationale-blockchain>>.

La « tolérance royale » dans la rhétorique de la monarchie absolue : une figure de style ancien

Vincent GOBIN¹

*Doctorant en Histoire du droit (ED 08 – Institut d’Histoire du droit
UMR 7184), ATER de Paris II Assas*

Résumé : Il est de la nature du pouvoir absolu d’étendre son empire sur toute chose par le biais de la norme. À travers son exercice, le monarque de droit divin surplombe ainsi l’ordre juridique et façonne la société de son royaume en ordonnateur omnipotent. Mais ce schéma comporte sa part de fiction, et il advient inévitablement, dans le cours des événements politiques, que telle pratique sociale s’émancipe factuellement de l’autorité du roi. Ce dernier ne parvient pas alors à encadrer positivement l’objet social en cause, soit parce qu’il s’épanouit d’une manière insaisissable (essentiellement dans les mentalités), soit parce que les moyens de coercition (administratifs ou policiers) dont dispose la Couronne sont insuffisants pour vaincre cette résistance.

Or, le propre de l’absolu est de trouver dans toute limite son démenti. Pour cette raison, le souverain et les partisans de son gouvernement autocratique ont alors recours au discours de la tolérance royale, pour imposer l’image d’un pouvoir qui accompagne, lorsqu’il se trouve en réalité dépassé.

Cette étude de la rhétorique normative de l’Ancien régime mobilise les ressources de textes incontournables (édits royaux et argumentaires doctrinaux des XVII^e et XVIII^e siècles), pour mener un examen sémantique de l’expression du pouvoir. À l’heure où la parole des autorités politiques détermine plus que jamais leur rôle dans l’espace public, il s’agit donc d’étudier dans l’histoire les rouages d’une orfèvrerie rhétorique - aux manifestations à la fois légales et doctrinales - empreinte de figures de style complexes et persuasives, qui conjugue les ressources de la langue aux ambitions du droit.

Mots-clés : Histoire du droit, absolutisme, tolérance, rhétorique juridique, Ancien régime, histoire du droit de la famille, droit romain, Roi législateur, fiction juridique.

The « Royal Tolerance » in Rhetoric of Absolute Monarchy: an Old Figure of Speech

Abstract: *It is the essence of power to extend his authority to over all by the law. Through the law, the divine right monarch dominates the legal order and shapes society of his kingdom, as an omnipotent scheduler. But this system contains fictions, and it inevitably happens, in the course of political events, that some social practices escape from the king’s authority in fact. Here, monarchy fails to regulate this, either because it is elusive (mainly within people’s minds), either because royal government’s means of coercion (of administration or police) are too limited. However, the absolute – like absolute royal authority – suffers a denial and falls logically when its limit is revealed. Therefore, the monarch and supporters of his autocratic power use the speech of*

¹vgvincentgobin.vg@gmail.com, idHAL : 1043023

royal tolerance, to impose the image of an accompanying power while it is overwhelmed by social reality.

This study of rhetoric of law in french monarchy explores essential texts of the Ancien régime (like royal edicts or doctrinal arguments from the 17th and 18th centuries), to carry out a semantic expertise on the expression of power. Whereas today, where the government's speeches define, more than ever, their political role, this study is about rhetoric subtleties in history, in order to understand a power persuasion technique, which articulates language resources and ambitions of law.

Key-words: history of law, absolutism, tolerance, legal rhetoric, « Ancien régime » (french monarchy), history of family law, Roman law, law-making king, legal fiction.

Pour citer cet article : Vincent GOBIN, « La “tolérance royale” dans la rhétorique de la monarchie absolue : une figure de style ancien », *Revue juridique de la Sorbonne* [en ligne], n° 3, juin 2021, p. 59-81.

URL : https://irjs.pantheonsorbonne.fr/sites/default/files/inline-files/La_royale_tolerance_dans_la_rhetorique_de_la_monarchie_absolue_V_GOBIN.pdf

Désireux d'assister à un coucher de soleil, le Petit Prince demande au roi rencontré sur une astéroïde voisine de la sienne, qu'il veuille bien en ordonner un pour son plaisir. « Tu l'auras », affirme alors le monarque sous la plume de Saint-Exupéry, « je l'exigerai. Mais j'attendrai », poursuit-il, « dans ma science du gouvernement, que les conditions soient favorables »² ; avant de résoudre d'intimer cet ordre à l'astre solaire le soir même... « vers sept heures quarante »³. Peut-être cette pondération d'un souverain tout aussi conscient des limites de son pouvoir que jaloux d'en préserver l'apparat, n'est-elle pas tout à fait étrangère au discours de *tolérance royale* tel qu'il se présente sur la fin de l'Ancien Régime.

Familière sous les règnes des Bourbons, cette idée politique aux implications juridiques (dont la présente étude ne fournira qu'un échantillon d'applications bien loin de prétendre à l'exhaustivité), ne fait cependant l'objet d'aucune consécration conceptuelle fixée par les monographies. Elle n'en est pas moins esquissée avec convergence par les écrits de la doctrine absolutiste et les actes royaux, qui invitent à l'entendre comme *la reconnaissance publique, par le souverain, d'une pratique exogène à sa politique, par le biais d'une abstention explicite d'interdiction*. Sur le plan juridique, cette démarche débouche sur l'obtention, pour l'objet toléré, étranger au roi, d'un aval suprême qui le normalise autant qu'il le légalise, en actant sa conciliation avec le système politique et normatif de l'État royal. Pour emprunter le vocable des auteurs libéraux, dont les idées percent durant la seconde moitié du XVIII^e siècle, il ne s'agit donc pas

² A. DE SAINT-EXUPÉRY, *Le Petit Prince*, New-York, 1943, chap. 10 (toute édition).

³ *Ibid.*

uniquement d'un *laisser-faire*⁴ – qui se traduirait par une simple abstention – mais plutôt d'un *dire laisser-faire* ; soit l'engagement unilatéral, pris par la puissance publique, de laisser libre cours à une pratique qu'elle se prétend en mesure d'interdire⁵.

Depuis l'Antiquité⁶, et d'une manière plus présente que jamais sous la monarchie française des temps modernes⁷, c'est incontestablement dans le domaine religieux que ce discours trouve sa plus remarquable application. Ceci au travers des incontournables *édits de tolérance* qui lui confèrent, ne serait-ce qu'à raison de leurs titres, une inégalable visibilité. Le simple terme de « tolérance » subit d'ailleurs au XVIII^e siècle une certaine focalisation sur le thème de la liberté de conscience, sous l'influence des auteurs des Lumières⁸. Résolus à faire de cette notion, d'une connotation foncièrement libérale, l'étendard lexical de leur lutte contre l'obscurantisme religieux, les philosophes éclairés tendent ainsi à l'assimiler au concept de *laïcité*, par l'effet d'une synonymie forcée qui laissera une empreinte durable dans le vocabulaire français⁹. Il appartient néanmoins à l'observateur de mettre ces illustrations privilégiées en perspective avec d'autres

⁴ Voir notamment, parmi les sources : F. FORBONNAIS (de), *Recherches et considérations sur les finances de France depuis l'année 1595 jusqu'à l'année 1721*, Basle, Frères Cramer, t. 2, 1758 ; I. PINTO (de), *Traité de la circulation et du crédit*, Amsterdam, Michel Rey, 1771 ; A. SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Londres, 1776, opus trad. J. G. COURCELLE-SENEUIL, Guillaumin, 1888 ; ou, pour une approche bibliographique, P. H. GOUTTE, « Économie et transition : l'œuvre de Dupont de Nemours au début de la Révolution Française, 1789-1792 », in J. M. SERVET (dir.), *Idées économiques sous la Révolution, 1789-1794*, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 1989, p. 145-233. Après les esquisses des physiocrates et des premiers économistes classiques, Sismondi théorise en ces termes la doctrine du laisser-faire sous le Consulat : « De tous les obstacles qui empêchent le déploiement de l'industrie chez les peuples de l'Europe moderne, ceux qui leur causent le plus de dommages sont nés de la manie de presque tous les législateurs, de vouloir diriger le commerce, qui n'est point du ressort des lois, et tenir en leurs mains la balance de ses intérêts particuliers qui, lorsqu'ils sont libres, tendent sans effort au bien général ». Cf. J. C. L. SISMONDI, *De la richesse commerciale, ou Principes d'économie politique appliqués à la législation du commerce*, Genève, Paschoud, t. 2, 1803, p. 144.

⁵ Voir « Tolérance », CNRTL (*Centre national de ressources textuelles et lexicales*) [en ligne]. [Consulté le 21 février 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.cnrtl.fr/lexicographie/tol%C3%A9rance>> : « *Fait de tolérer quelque chose, d'admettre avec une certaine passivité, avec condescendance parfois, ce que l'on aurait le pouvoir d'interdire, le droit d'empêcher* ».

⁶ Voir, pour mémoire, les édits de Sardique en 311, de Constantin en 313 ou de Julien en 361.

⁷ Voir, pour mémoire, les édits de Saint-Germain en 1562 (bien qu'il ne fût pas enregistré par le parlement de Paris), de Nantes en 1598 et de Versailles en 1787, dans le contexte des guerres de religion opposant les huguenots aux catholiques.

⁸ Voir F.-M. AROUET dit VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, Paris, Cosse et Gautier-Laguonnie (rééd. 1838), 1764, « Tolérance », p. 908 : « Le sang a coulé longtemps pour des arguments théologiques, et la tolérance seule a pu épancher le sang qui coulait d'un bout de l'Europe à l'autre » ; et l'auteur d'ajouter son souhait, après avoir défini la tolérance comme « l'apanage de l'humanité », « qu'à la bourse d'Amsterdam, ou de Londres, ou de Surate ou de Bassora, le guèbre, le banian, le juif, le mahométan, le déicole chinois, le bramin, le chrétien grec, le chrétien romain, le chrétien protestant, le chrétien quaker trafiquent ensemble ».

⁹ Voir, pour un exemple de la seconde moitié du XIX^e siècle, M. W. DUCKETT (dir.), *Dictionnaire de la conversation et de la lecture*, 2^e éd., Paris, Firmin-Didot, vol. 16, 1872, « Tolérance », p. 605 : « On appelle tolérance civile la disposition de la loi qui, n'entrant dans aucune appréciation intime de telle ou telle doctrine en particulier, laisse la plus entière liberté à la conscience de chacun, et assure à tous les citoyens d'un État une protection égale dans l'exercice du culte qui les a reçus à la naissance ou qu'ils ont embrassé librement ».

applications de cette notion, dont il apparaîtra qu'elle s'invite au sein même de la gestion du système normatif, au carrefour de l'histoire du droit et de sa théorie.

Les trois règnes dont Versailles fut le siège emblématique forment la séquence temporelle du rayonnement de cette *tolérance royale* comme ressort ponctuel de l'autorité du souverain. Cette page d'histoire s'étend peu ou prou d'une Révolution à la suivante, de part et d'autre de la Manche – de la Glorieuse Révolution anglaise de 1688 à celle de 1789 en France. Tout à l'inverse de la mise au pas du monarque britannique sous la pression de son parlement, cette époque voit le souverain français porter à son apogée le pouvoir que la Couronne centralise patiemment depuis le dépassement des logiques féodales¹⁰. Les contemporains de la Première République auraient volontiers qualifié cette période « d'ancien style »¹¹, en référence au nouveau calendrier qu'ils adoptent en 1793¹², et plus encore pour souligner, au-delà de la divergence de datation, la dimension passéiste que cette longue séquence politique acquiert dès son lendemain.

Dans le domaine des idées, la doctrine de *l'absolutisme royal* accompagne cet essor, qu'elle inspire dès le XVI^e siècle par les écrits de Jean Bodin¹³, Guy Coquille¹⁴ ou encore Charles Loyseau¹⁵, et dont elle entretient l'écho en continuant d'en polir les concepts au XVII^e, à travers les réflexions de Cardin Le Bret¹⁶ ou Richelieu¹⁷. Coulée dans le profond sillon de cette magnification de l'autorité du souverain, la *tolérance royale* apparaît donc comme un effet de la magnanimité d'un monarque fontaine de toute justice et source de tout le droit. Elle se présente ainsi sous les traits d'une majestueuse *abstention*, sûre d'elle et gracieuse, à l'image de la non moins majestueuse *suspension* par laquelle Louis XIV répondait « Nous verrons » aux suppliques de ses courtisans.

¹⁰ Sans doute le règne de Philippe IV Le Bel, à la charnière des XII^e et XIV^e siècles, peut-il être retenu comme l'amorce fondamentale de ce mouvement centralisateur, par l'effet duquel le monarque ramène peu à peu à lui les prérogatives seigneuriales.

¹¹ À l'origine, cette expression désignait le calendrier julien, une fois qu'il fut abandonné au profit du calendrier grégorien en 1582. Durant les années révolutionnaires, son usage se renouvelle avec l'ajout d'une tonalité condescendante à l'égard du régime *ancien*, comme en témoignent, à titre d'illustration, les débats tenus au sein de la jeune Banque de France sous le Consulat (cf. Arch. B.d.F., collection numérisée : Conseil général, « Procès-verbal de la séance du Conseil général de régence de la Banque de France du 2 germinal an VIII », Paris, 23 mars 1800, in BANQUE DE FRANCE, *Procès-verbaux du Conseil général*, vol. 1, p. 20-22).

¹² Cf. « Décret de la Convention nationale concernant l'ère des Français », en date du 5 octobre 1793.

¹³ J. BODIN (1529-1596), dont sont notamment retenus les *Six Livres de la République* (en 1576), pour leurs réflexions sur l'indivisibilité de la souveraineté royale.

¹⁴ G. COQUILLE (1523-1603), dont les *Institutions au droit des Français* (en 1595) mettent en valeur la suprématie du monarque, notamment à travers l'idée selon laquelle « le roi n'a point de compagnon en sa majesté royale ».

¹⁵ C. LOYSEAU (1566-1627), dont le *Traité des ordres et simples dignités* (en 1610) magnifie la *plenitudo potestas* du roi sur les trois ordres composant la société.

¹⁶ C. LE BRET (1558-1655), dont le *Traité de la souveraineté du roi* (en 1632) affirme avec une tonalité proverbiale que « la souveraineté du roi n'est non plus divisible que le point en géométrie ».

¹⁷ A. J. PLESSIS (du), dit RICHELIEU (1585-1642), dont les développements doctrinaux publiés au sein de son *Testament politique* (en 1633) exposent notamment la théorie du ministériat, comme antagonisme au concept de monarchie consultative.

Déjà l'idée d'une abstention affichée, édictée, donc *active*, prend-elle les contours d'un oxymore juridique, mais son examen à l'aune des diverses applications qu'elle reçoit révèle toute l'épaisseur sémantique d'une figure politique chargée de sens, de nuances et de tabous. Aussi est-il intéressant d'interroger la mesure dans laquelle l'allégation d'une *tolérance royale* en matière normative peut être perçue comme une véritable figure de style – et pour quelles significations – dans la rhétorique de l'Ancien Régime. En l'espèce, ce discours apparaît comme une allégation commode (I) au service d'une rhétorique à tiroirs (II).

I.- Une allégation commode

La rhétorique de la tolérance royale se rencontre en de multiples occurrences (A), au travers de développements législatifs et doctrinaux qui intéressent notamment les questions religieuses (dans le domaine du droit des personnes) et la gestion normative (à la lisière de l'histoire et de la théorie du droit). Ce recours apparaît dans tous les cas salvateur (B) en termes de politique juridique.

A.- Des occurrences multiples

L'évidence commande d'accorder tout d'abord un droit de cité aux applications de la tolérance royale en matière religieuse. L'édit rendu par Louis XVI au mois de novembre 1787¹⁸ en offre la toute dernière illustration, quelques dix mois avant l'ouverture des états généraux qui précipiteront la fin de l'Ancien Régime. En substance, cette réforme intègre à l'état civil¹⁹ les sujets étrangers à la confession catholique (essentiellement protestants, et éventuellement sans religion). En parallèle des institutions ecclésiastiques que sont les sacrements du mariage et du baptême, l'État confère ainsi une reconnaissance officielle, par l'effet d'actes administratifs²⁰, aux unions maritales et aux filiations de cette frange de la population française jusqu'ici ignorée par les textes²¹. Sans employer le terme spécifique de « tolérance » dans sa lettre, cet édit déploie parfaitement la rhétorique duale sous-tendue par cette notion logée dans son intitulé : entre magnanimité et puissance. Louis XVI déclare ainsi sa profonde sensibilité à la condition de ses sujets non-catholiques, que « [sa] justice et l'intérêt de [son] royaume ne [lui] permettent pas d'exclure plus longtemps des droits de l'état civil »²², tout en faisant part de son intention de « ne plus souffrir que [ses] lois les punissent inutilement

¹⁸ Cf. « Édit de tolérance », texte normatif, 28 novembre 1787, in F. A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Paris, vol. 28, p. 472 s.

¹⁹ Cf. *ibid.*

²⁰ Ce texte établit ainsi, en marge du droit canonique, une première esquisse du mariage civil, dont l'institution sera pleinement érigée sous la Révolution, par la loi du 20 septembre 1792.

²¹ Voir l'Édit de Fontainebleau rendu par Louis XIV le 18 octobre 1685 (mieux connu sous l'appellation de « Révocation de l'Édit de Nantes » intervenu 87 ans plus tôt), cf. Arch. Na., série AE/II, carton n° 887. Voir également, pour analyse, E. BENOIST, *Histoire de la révocation de l'Édit de Nantes*, Delft, Adrien Beman, t. 3, 1695.

²² « Édit de tolérance », *op. cit.*, p. 472.

du malheur de leur naissance »²³. Mais à cette sensibilité tirant sur la *souffrance*²⁴, s'articule aussitôt une implacable sévérité – vers laquelle la qualification de *malheur de leur naissance*, comme une malédiction terrestre pour qualifier l'absence de réception de la foi catholique, jette déjà la passerelle de la condescendance. Le roi rassure ainsi le clergé²⁵ en affirmant que « la religion catholique, [qu'il a] le bonheur de professer, jouira seule, dans [son] royaume, des droits et des honneurs du culte public »²⁶, tout en confirmant que « [ses] sujets non-catholiques, [resteront] privés de toute influence sur l'ordre établi dans [ses] états, déclarés d'avance et à jamais incapables de faire corps »²⁷ dans ce même royaume.

Accueillis dans un domaine du droit privé, les sujets non-catholiques demeurent ainsi rigoureusement exclus de la chose publique. Mais en dehors même de cette partition ancrée, sur le fond, dans la division de la société d'Ancien Régime en trois ordres inamovibles²⁸, un équilibre s'établit dans la forme entre la compassion avec laquelle le monarque accueille les concernés dans une certaine sphère, et la sévérité avec laquelle il maintient leur proscription à l'égard d'une autre. Cette dichotomie est particulièrement frappante à l'échelle du temps, dont le roi n'hésite pas à se faire le maître. En effet, si l'exclusion des sujets non-catholiques vis-à-vis de la gestion des affaires publiques se trouve prolongée « à jamais », la concession qui leur est accordée en droit des personnes s'établit au contraire à titre provisoire – « *en attendant*²⁹ que la divine Providence bénisse [les] efforts [de la Couronne] et opère cette heureuse révolution [qui conduira ses] peuples à l'unité si désirable du même culte »³⁰. Louis XVI accorde ainsi ce qu'il donne l'impression de pouvoir dénier ; puisqu'il interdit plus encore, avec grande vigueur et *ad vitam aeternam*, or qui peut le plus doit pouvoir le moins. Il renvoie, de ce fait, l'image d'un souverain aussi magnanime que puissant ; ou, plus exactement, d'un souverain *dont la toute-puissance est retenue par sa magnanimité*.

La doctrine offre un tout autre champ d'application à la tolérance royale, en l'étendant notamment à la gestion politique du système juridique. Dans le contexte de l'Ancien Régime, la coexistence d'une pluralité de corpus normatifs sur le territoire du

²³ *Ibid.*, p. 473.

²⁴ Loin d'être anodine, cette mise en perspective de l'idée de tolérance avec celle de souffrance réclamera une analyse sémantique attentive, cf. *Infra*, II. B.

²⁵ Clergé aux yeux duquel le roi cherche à minorer sa part de responsabilité dans cette réforme, en invoquant notamment l'autorité du droit naturel comme substitut à la sienne propre. Voir, *ibid.*, p. 474 : « [Ces sujets non-catholiques] ne tiendront de la loi que ce que le droit naturel ne nous permet pas de leur refuser ».

²⁶ « Édit de tolérance », *op. cit.*, p. 473.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Voir, parmi une littérature pléthorique, A. DE LAON, *Poème au Roi Robert*, s. l., Les Belles Lettres (rééd., trad. C. CARROZZI, 1979), XI^e s., p. 14 : « Les uns prient, les autres combattent, les derniers travaillent. Ces trois ordres ne forment qu'un seul tout et ne sauraient être séparés ; ce qui fait leur force c'est que si l'un d'eux travaille pour les deux autres, ceux-là, à leur tour, en font de même pour celui-ci ; c'est ainsi que tous trois se soulagent l'un l'autre ».

²⁹ Souligné par nous.

³⁰ « Édit de tolérance », *op. cit.*, p. 472.

royaume, observée depuis la dislocation de l'Empire romain, n'est pas encore résorbée. La législation royale doit donc s'articuler – ou, au mieux, articuler à elle – le droit romain, qui exerce encore son influence dans les pays de langue d'oc, et la coutume, qui fait école dans ceux de langue d'oïl³¹. Dans ce contexte, le jurisconsulte et romaniste Claude Serres écrit, sous le règne de Louis XV, que si le droit issu du *Corpus iuris civilis* peut être exploité comme fondement de la résolution des litiges dans les provinces au sud de la Loire (dites *pays de droit écrit*), c'est seulement « par privilège et concession [des] rois »³². « Dans ce royaume », justifie-t-il, « le droit de Justinien n'est à proprement parler qu'un droit étranger »³³. Cette présentation mobilise habilement, d'une part, le sentiment national, quoiqu'avec sans doute un brin d'artifice s'agissant du droit romain, attendu qu'il s'est exercé sur le sol de France³⁴ de plus longue date que celle-ci n'en porte le nom. La focalisation sur le « royaume » rappelle implicitement, d'autre part, que le pays se définit avant tout par rapport à son roi, comme la surface du rayonnement de son autorité³⁵, ce qui rend du même coup évident, et presque pléonastique, que le pouvoir royal s'y applique à toute chose.

La réception du lecteur ainsi préparée, C. Serres conclut son propos en l'assurant que ce droit antique « n'est en vigueur que par *tolérance* », en insistant sur le fait que « [les] rois ont bien *voulu*³⁶ accorder à plusieurs provinces de France la permission de se régler par le droit romain »³⁷. Se dessine ainsi en termes très nets cette tolérance royale conçue comme une *permission* publique, c'est-à-dire un *laisser-faire* affiché à l'égard d'une pratique extérieure aux politiques entreprises par le souverain (ici, le recours à un corpus normatif antérieur pour le règlement des litiges entre ses sujets). Ce discours dépeint à nouveau un roi puissant, qui serait parfaitement capable d'interdire l'objet sur lequel il choisit délibérément – en dehors de toute contrainte – de relâcher le joug de son autorité, pour tenir compte des inclinations de ses peuples. Dans cette perspective, le souverain demeure le maître de l'ensemble du droit applicable en son royaume, conformément à l'idée de Bodin selon laquelle « les lois du prince [...] ne dépendent que de sa pure et franche volonté »³⁸. Ceci à tel point que le droit qu'il ne produit pas lui-même se déploie toujours en son nom, par l'effet d'une délégation de son autorité. *Plusieurs droits mais un seul pouvoir* – tel pourrait donc être le mantra de la doctrine absolutiste dans le domaine

³¹ Voir G. CUNIBERTI, *Grands systèmes de droits contemporains*, Paris, LGDJ, 2015, p. 39.

³² C. SERRES, *Les institutions du droit français suivant l'ordre de celles de Justinien*, Paris, Veuve Cavelier & Fils, 1753, Livre I^{er}, p. 4. (Dans le texte : « de nos rois ».)

³³ *Ibid.*, p. 5.

³⁴ Voir G. HANART, *Précis de droit romain*, Bruxelles, FUSL, 1997, p. 53 – 54.

³⁵ Voir F. POIRAT, « Territoire », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, qui définit la notion de « territoire espace » comme « un lieu dans le cadre duquel se déploie la puissance étatique », pour en conclure que « le territoire confère ainsi le titre à agir ».

³⁶ Les expressions « tolérance » et « bien voulu » sont soulignées par nous.

³⁷ C. SERRES, *op. cit.*, p. 5.

³⁸ J. BODIN, *Les Six livres de la République*, Lyon, 1579, liv. 1, chap. 9 (toute édition). Cette formule transpose à n'en pas douter l'adage latin « *Quod principi placuit legis habet vigorem* » révélé par Ulpien au III^e siècle, durant l'essor du Dominat impérial romain.

de la politique juridique. Sa mise en évidence se fonde ici sur l'image d'une puissance retenue de la part du souverain, que traduit précisément le concept de tolérance royale.

Le pas de recul qu'invite à faire cette analyse à l'égard de ces allégations pourrait laisser présager qu'il soit à présent question de remettre en cause l'intention libérale du souverain dans ces occasions. Mais il est d'évidence que le degré exact de sincérité des rois de France quant à l'attention qu'ils portent à la condition des religionnaires ou aux habitudes de jugements des pays de droit écrit, ne pourrait être recherché que dans l'intime secret de leurs consciences. Tel n'est donc pas l'objet des réflexions à suivre, qui doivent interroger, non pas la *volonté* qui anime le souverain lors de sa concession, mais plutôt le niveau de *liberté* qui la conditionne ; laquelle liberté se mesure bien plus aisément, à l'aune de la situation factuelle du monarque et des moyens de coercition dont disposerait son action.

B.- Des convocations salvatrices

Si le recours au discours de la tolérance royale peut être regardé comme salvateur, c'est qu'il tire le monarque d'un mauvais pas. La *dignité*³⁹ de sa fonction, reflet du corps mystique du roi, dépositaire de la souveraineté perpétuelle et absolue⁴⁰ (ou absolue car perpétuelle)⁴¹, lui interdit en effet d'incliner la tête devant une réalité défavorable, de crainte que la Couronne n'en vienne à glisser. Dans cette optique, l'alliance de la magnanimité et de la puissance que traduit la tolérance mise en avant par le monarque ou ses laudateurs, ne fait pas seulement la publicité de sa vertu et de sa force (quoiqu'elle en soit toujours un utile rappel). Elle parvient avant tout à expliquer pourquoi le souverain admet une réalité qui lui est étrangère et qui ne satisfait pas particulièrement les intérêts de sa politique ; pourquoi le dominateur de l'ordre juridique y intègre un fait social qu'il n'a pas désiré ; pourquoi le chat laisse la vie au rat. De la part du roi, avouer sa potentielle incapacité à tordre le cou à la pratique visée, ou ne serait-ce que son incertitude d'y parvenir, reviendrait en effet immanquablement à déchoir, s'agissant d'une autorité forgée sur l'image – voire le mythe – de la toute-puissance objective (avant même d'être légale).

Une image à laquelle il suffirait, selon La Boétie, que la population cesse d'adhérer, pour

³⁹ Le penseur anglais Walter Bagehot, journaliste spécialisé dans les questions économiques et constitutionnelles, distingue ainsi, dans la monarchie britannique, l'élément *d'efficience* qui revient au Premier ministre, et l'élément *de dignité*, incarné par le souverain, ce qui revient à dire que la dignité relève de l'essence du monarque (l'être), alors que l'efficience (le faire) peut en revanche échoir à une entité politique distincte. Voir R. H. HUTTON, *The works of Walter Bagehot*, Hartford, The Travelers Insurance Company, vol. 1, 1891, p. 314.

⁴⁰ Voir J. BODIN, *op. cit.* : « La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une république » ; le terme de *république* devant ici s'entendre dans son acception philosophique intemporelle de gouvernement dans l'intérêt général (*res publica*).

⁴¹ Dans les écrits de la doctrine absolutiste, le caractère perpétuel de la souveraineté royale n'est pas, en effet, le moindre argument en faveur de sa dimension absolue. Cf. *ibid.* ; et *infra*, note n° 98.

que le régime monarchique s'effondre sur lui-même tel un colosse aux pieds d'argile⁴².

Rappelant, d'une part, la toute-puissance du souverain comme un fait acquis, et expliquant, surtout, la rétention de ce pouvoir par une intention libérale, la tolérance royale jette donc un voile pudique sur une éventuelle impuissance du roi, dont la seule possibilité demeure inavouable. Cette précaution se retrouve d'ailleurs au-delà de l'absolutisme, dans la circonstance particulière de la concession, par le roi, d'une charte constitutionnelle (ou proto-constitutionnelle avant les temps modernes) visant à encadrer, et partant à limiter, ses prérogatives. Telle est notamment la situation de Jean sans Terre suite à la révolte des grands barons anglais en 1215, ou celle de Louis XVIII, lorsqu'il entreprend de renouer « la chaîne des temps »⁴³ un quart de siècle après l'anéantissement de l'Ancien Régime par la Révolution de 1789. À six siècles d'intervalle, ces deux monarques emploient ainsi un discours empreint de tolérance royale, en dépit du caractère encadré (soit non absolu) de leurs souverainetés respectives. En ce sens, Jean sans Terre soutient, dans le préambule de la *Magna carta*, avoir « d'abord accordé à Dieu »⁴⁴ les concessions que lui impose sa défaite politique (et, avant même cela, militaire). Outre le fait qu'il tourne par là même le dos à l'aristocratie qui l'a défait par les armes, pour ne traiter qu'avec Dieu seul, le souverain anglais traduit surtout, par l'idée d'un *octroi*, la permanence de sa volonté. Il n'accepte donc pas la réduction de ses prérogatives : il la décide – ou comment le monarque reprend la main par une majestueuse action normative, face au diktat des circonstances. Louis XVIII poursuit la même intention lorsqu'il déclare, dans le préambule de sa charte octroyée, procéder « volontairement, et par le libre exercice de [son] autorité royale »⁴⁵ aux aménagements constitutionnels promus par le dispositif de ce même texte. Une autre manière d'ignorer l'opposition politique, désincarnée sans doute en 1814, mais non moins imprégnée dans les mentalités, qui lui interdit tangiblement de rétablir les conditions de règne de l'Ancien Régime. Ceci tout en simulant sa pleine liberté pour transfigurer la contrainte en volonté⁴⁶, gagné à l'idée qu'à l'inverse de la résignation, « la clémence honore le pouvoir »⁴⁷. Ces illustrations laissent dès lors à penser que si l'emploi du discours de la

⁴² Cf. E. LA BOÉTIE (de), *Discours de la Servitude volontaire, ou le Contr'un*, Paris, Les Marchands de nouveautés (rééd. 1826), p. 10-11 : « Soyez résolu à ne plus servir, et vous voilà libres. Je ne vous demande pas de le pousser, de l'ébranler, mais seulement de ne plus le soutenir, et vous le verrez, tel un grand colosse dont on a brisé la base, fondre sous son poids et se rompre ».

⁴³ « Charte constitutionnelle du 4 juin 1814 », Paris, texte normatif, 1814, préambule, l. 38, disponible sur le site du Conseil constitutionnel [en ligne]. [Consulté le 4 mars 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/charte-constitutionnelle-du-4-juin-1814>>.

⁴⁴ *Magna Carta* (fr. : La Grande charte des libertés), Londres, texte normatif, 1215, préambule, l. 15, disponible sur le site *Digithèque des matériaux juridiques et politiques (DMJP)* [en ligne]. [Consulté le 4 mars 2021] Disponible sur Internet : <<https://mjp.univ-perp.fr/constit/uk1215.htm>>.

⁴⁵ « Charte constitutionnelle du 4 juin 1814 », *op. cit.*, préambule, l. 43 ; et Louis XVIII d'ajouter, pour marquer l'insistance, que le souverain procède à cet octroi délibéré « sûr de [ses] intentions, [et] fort de [sa] conscience ». *Ibid.*, l. 45.

⁴⁶ Le trait d'esprit serait facile qui relierait cette posture des rois à la « servitude volontaire » que La Boétie décèle chez le tiers-État – la différence résidant seulement dans la parfaite conscience, et plus encore dans la recherche de cet état, à dessein, par les souverains.

⁴⁷ Citation proverbiale imputée au Calife Ali ibn Abi Talib, au VII^e siècle.

tolérance royale est encore plus nécessaire dans le contexte de l'absolutisme, il constitue un baume tout aussi salubre pour une monarchie tempérée ; son action visant avant tout à ménager la dignité royale⁴⁸, plus encore que le pouvoir qui s'y trouve attaché. Vu sous cet angle, ce recours apparaît donc nécessaire *a fortiori* – bien plutôt qu'exclusivement – au monarque absolu.

Encore reste-t-il, pour s'assurer de la viabilité de cette interprétation, à observer factuellement l'impuissance, ou ne serait-ce que son éventualité (à savoir l'incertitude de la puissance), dans les deux hypothèses ci-devant présentées. Cette limite factuelle inadmissible – au sens premier du terme – d'un pouvoir royal supposément absolu, constitue en effet l'impératif politique qui requiert l'emploi de la rhétorique juridique de la tolérance ; l'hémorragie dont elle sera le garrot. S'agissant de l'accueil des protestants au sein de l'état civil en 1787, la dérive affirmée des « mariages au désert »⁴⁹ suffit à attester cette réalité. Cette pratique postérieure à la révocation de l'Édit de Nantes par Louis XIV, voit les sujets protestants s'unir dans la plus parfaite clandestinité, lors de cérémonies cultuelles informelles éloignées des villes, ce qui présente pour leur congrégation « le double avantage de satisfaire les consciences et de créer un état civil clandestin »⁵⁰. Averti de cette réalité imparable, Louis XVI admet sans détour la « fiction »⁵¹ qui avait jusqu'alors consisté à supposer « qu'il n'y avait plus que des sujets catholiques dans ses états »⁵². À travers cette *fiction* (à entendre au sens de « ce qui est feint (*fictum*), ou fabriqué par l'esprit »⁵³), adoptée à Fontainebleau⁵⁴, Louis XIV avait bel et bien cherché à imposer, par l'effet de son autorité, l'unicité religieuse sur son territoire. Mais face à l'impuissance du politique à infléchir le spirituel en décrétant l'harmonisation des consciences, force est de reconnaître, pour son second successeur, que le burin de son pouvoir s'exerce ici sur une matière qu'il ne parvient pas à sculpter.

L'appréciation s'avère plus délicate dans l'exemple de la survivance du droit romain rapportée par C. Serres. Mais si les phénomènes sociaux dans le domaine des idées – ici juridiques – sont par nature moins aisément mesurables que dans le registre factuel, certains marqueurs doivent tout de même permettre de dégager une représentation fiable de cette autre forme de réalité. En l'espèce, la question se pose de savoir s'il eût été envisageable pour le monarque d'Ancien Régime de faire cesser, par le fait de son autorité, l'influence séculaire du droit romain dans les pays de droit écrit. À cette interrogation, la

⁴⁸ Voir, sur le concept de dignité royale, W. BAGEHOT, *The English constitution*, Londres, Chapman and Hall, 1867, p. 18-21.

⁴⁹ Voir H. BOST, « Le Désert des huguenots : une poétique de l'épreuve », *Revue des sciences humaines*, 2000, n° 258, p. 177-206.

⁵⁰ H. CHAUNU, « Le mariage civil des protestants au XVIII^e siècle et les origines de l'état civil », *Annales économiques, sociétés, civilisations*, 5^e année, 1950, n° 3, p. 341-343, p. 342.

⁵¹ *Ibid.*, p. 343.

⁵² *Ibid.*

⁵³ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 18^e éd., Paris, PUF, 1996, coll. « Fiction », p. 34.

⁵⁴ Cf. « Édit de Fontainebleau », *op. cit.*

simple liberté de pensée des agents sociaux, et plus particulièrement des acteurs du système judiciaire, dans le cas présent, suffit déjà à apporter un premier élément de réponse. Se pourrait-il, en effet, qu'une autorité publique parvienne à empêcher tel avocat de nourrir sa plaidoirie d'un raisonnement compilé dans le Digeste, ou tel magistrat d'inspirer sa décision d'une explication retranscrite dans les Institutes ? L'évidence de la négative, constatant une impossibilité patente, rend ici la question purement rhétorique. De manière plus tangible encore, les travaux entrepris par la doctrine depuis la Renaissance, à travers le *mos gallicus*⁵⁵ notamment, rendent concrètement possibles ces références intellectuelles à un droit romain positivement redécouvert⁵⁶. Louis XIV lui-même consacre officiellement la valeur scientifique du droit romain à travers l'Édit de Saint-Germain-en-Laye en date de 1679, par lequel il ordonne son enseignement dans les facultés parisiennes⁵⁷ (pourtant géographiquement situées en pays de droit coutumier). Il semble donc évident que si le roi venait à décréter que le droit romain ne puisse plus faire office de fondement aux décisions judiciaires dans les pays de droit écrit, il ne pourrait espérer de la part des agents de sa justice déléguée, qu'une obéissance de façade, par l'absence de référence formelle. Mais il ne saurait empêcher que « l'équité et la raison »⁵⁸ enseignées par le droit romain ne conditionnent encore bien des décisions. La vérité de ce théorème se prouve d'ailleurs aussi bien par sa réciproque : attendu qu'aucun décret positif ne rend obligatoire la référence au droit romain. Celle-ci résulte d'habitudes d'argumentation et de jugement qui se fraient spontanément un chemin vers une source du droit viable (à savoir complète, exploitable et rigoureuse), en état de disponibilité (c'est-à-dire aisément consultable et raisonnablement intelligible). Il ne faut d'ailleurs point douter que si la coutume de Paris parvient sous l'Ancien Régime à supplanter le droit romain dans les provinces du nord du royaume, dans l'office supplétif des coutumes

⁵⁵ Le *mos gallicus* se présente comme un mouvement de relecture analytique du droit romain, durant la Renaissance (XVI^e siècle), consécutif au *mos italicus* de l'École de Bologne, et dont les travaux contribuent à rendre le droit romain disponible pour son exploitation judiciaire dans le Royaume de France. Voir I. ZAJTAY, « La permanence des concepts du droit romain dans les systèmes juridiques continentaux », *Revue internationale de droit comparé*, 1966, vol. 18, n^o 2, p. 853-863, p. 854.

⁵⁶ Voir, pour l'analyse d'une illustration de cette réception intellectuelle du droit romain, au lendemain de l'Ancien régime, P. TESSIER, « Dot et douaire de l'épouse dans les consultations de Tronchet : l'éclairage du droit romain », in O. DESCAMPS, *Le droit romain : un droit pour demain ?*, colloque du 17 décembre 2017 à la Cour de Cassation (prise de notes dans l'assistance).

⁵⁷ « Édit touchant à l'étude du droit civil et canonique et du droit français et les matricules des avocats », Saint-Germain-en-Laye, texte normatif, avril 1679, in F. A. ISAMBERT, *op. cit.*, vol. 19, p. 187 s, préambule : « Nous avons cru ne rien pouvoir faire de plus avantageux pour le bonheur de nos peuples que de donner à ceux qui se destinent à ce ministère [l'exercice de la justice] les moyens d'acquérir la doctrine et la capacité nécessaires, en leur imposant la nécessité de s'instruire des principes de la jurisprudence, tant des canons de l'Église et des lois romaines que du droit français » ; ce sur quoi il est disposé, *ibid.*, art. 1^{er} : « Que dorénavant les leçons de droit romain seront rétablies dans l'université de Paris ».

⁵⁸ C. SERRES, *op. cit.*, p. 7.

locales⁵⁹, c'est certainement bien davantage en raison de sa rationalisation objective⁶⁰, qui rend sa consultation plus commode, qu'en vertu d'une quelconque promotion politique ou normative. Pour cet ensemble de raisons, il apparaît donc plus que probable que la proscription du droit romain – à l'inverse de sa tolérance – n'ait pu être autre chose qu'une pétition de principe.

Toute la difficulté en ces situations requérant l'emploi de la tolérance royale, provient par conséquent de la limite objective du pouvoir du monarque⁶¹. Cette limite s'explique parfaitement par la précarité des moyens de police et d'administration dont dispose alors le pouvoir central pour faire respecter son autorité⁶². Il n'est certes pas à démontrer que, jusqu'à la Révolution, il suffit de marcher loin des villes et en dehors des routes principales pour se mettre à bonne distance de la législation du roi ou des cours souveraines⁶³. Par ailleurs, et à titre d'exemple, le Parlement de Paris s'est vainement obstiné à marteler ses interdictions des billets au porteur⁶⁴ ou en blanc⁶⁵ tout au long du règne de Louis XIV, au

⁵⁹ *Ibid.*, p. 6-7 : « Lorsqu'il se présente à décider dans les pays coutumiers quelque cas qui n'a pas été prévu ou qui a été omis par la coutume, comment faut-il se régler ? [...] On a tenu longtemps qu'il fallait alors se régler par le droit romain [...] ; mais enfin la dernière jurisprudence est contraire à cela, et l'on juge qu'il faut recourir à la coutume de Paris ».

⁶⁰ Voir, au sujet de ce mouvement de rationalisation des coutumes par leur transcription ordonnée, initié par l'Ordonnance de Montils-les-Tours rendue par Charles VII en 1453, M. GRINBERG, « *La rédaction des coutumes et les droits seigneuriaux : nommer, classer, exclure* », *Annales histoire, sciences sociales*, 1997, vol. 52, n° 5, p. 1017-1038.

⁶¹ Voir M. MARION, *Histoire financière de la France depuis 1715*, Paris, Rousseau et C^{ie}, t. 1, 1927, p. VI : « Tout puissant en apparence, ce gouvernement est en réalité constamment tenu en échec par des corps privilégiés plus forts que lui, par un esprit général de résistance qu'il se sent incapable de surmonter ».

⁶² Soit l'image du bandit de grand chemin auquel il suffit bien souvent de sortir du ressort de sa paroisse et de mentir sur son identité pour échapper à la maréchaussée. Conscient de cette limite matérielle à son contrôle social, l'Ancien régime perpétue d'ailleurs certaines techniques médiévales teintées d'archaïsme, telle que la marque au fer rouge, pour tenter de distinguer ses délinquants, en l'absence de toute centralisation opérationnelle d'informations, comme peut l'être de nos jours le casier judiciaire.

⁶³ Voir V. DENIS et V. MILLOT, « Police et identification dans la France des Lumières », *Genèses*, 2004, n° 54, p. 4-27, p. 6-7 : « La libre circulation et la distance sont deux handicaps : en effet, la police s'exerce à partir d'un point fixe, sur un ressort limité. En l'absence d'un système uniformisé de sûreté publique à l'échelle de tout le royaume, cet obstacle met en cause la coordination des multiples forces investies de pouvoirs de police et des juridictions » ; or « dans le royaume, l'uniformisation des forces et des méthodes est encore à faire en 1789 ».

⁶⁴ Le billet au porteur peut se définir en quelques mots comme une promesse de paiement dont la remise à un tiers ne requiert aucune signature de la part de son porteur, ce qui lui permet de s'acquitter d'une dette dans les mêmes conditions qu'avec un débours d'espèces, sans avoir à contracter les obligations cambiales qu'implique l'endossement. Voir notamment P. A. MERLIN, *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus fréquemment dans les tribunaux*, 5^e éd., Paris, Danel, 1827, vol. 12, « Porteur (billet au) », p. 594 : « Lorsqu'on donne des billets de cette espèce en paiement, on n'y met aucun endossement, parce que celui qui les emploie en transfère la propriété de la main à la main » ; ainsi que P. LESCOT et R. ROBLOT, *Les effets de commerce, lettre de change, billets à ordre et au porteur, warrants*, Paris, Rousseau et C^{ie}, vol. 2, 1853, p. 293 : « La forme au porteur, en permettant la tradition manuelle, permet d'esquiver les formalités ».

⁶⁵ Sans se définir comme un type d'effet de commerce à part entière, le billet (*i.e.* la promesse de paiement) est dit « en blanc » lorsque son porteur le remet à un tiers, le plus souvent pour solder une dette, sans y apposer sa signature. À défaut d'endossement – et partant, d'engagement du cédant en qualité de garant au regard du droit cambial – cet effet (billet à ordre ou lettre de change dans les cas les plus courants)

motif de l'assimilation monétaire aisée de cette promesse de paiement non endossable⁶⁶. Interdite par le biais de trois arrêts successifs, en 1611⁶⁷, 1624⁶⁸ et 1650⁶⁹, la circulation de ces effets de commerce particuliers, perçue comme une prédation sur le privilège régalien de battre monnaie⁷⁰, persiste néanmoins avec une vigueur croissante, faute de contrôle matériel efficient⁷¹. Ayant démontré sa résistance d'adventice, cette pratique finit d'ailleurs par infléchir la législation royale, qui admet une première fois⁷² sa licéité en 1673⁷³. Là encore, la réalité factuelle fait donc entendre raison à la norme, ce qui fera dresser à un juriconsulte du XIX^e siècle le sage constat selon lequel « le fait, comme il arrive toujours, finit par se traduire en droit »⁷⁴. La monarchie française n'est, en outre, pas un cas isolé de gouvernement essuyant ce genre de revers aux temps modernes. Tel est aussi bien le sort de l'Église, dans le domaine de l'encadrement du mariage. Dans un contexte de concurrence avec le mouvement de la Réforme, le Concile de Trente en vient ainsi à admettre, par le décret *Tametsi*⁷⁵, les unions consenties en fraude des consentements parentaux, en menaçant même d'excommunier ceux qui les prétendraient

s'assimile donc pleinement à un billet au porteur en termes de régime. Voir, sur cette assimilation, A. BOISTEL, *Précis de droit commercial*, 3^e éd., Paris, Ernest Thorin, 1884, p. 517 s.

⁶⁶ Voir J. PERROUD, *Essai sur la nature du billet de banque*, Paris, Arthur Rousseau, thèse de doctorat, 1901, p. 51 : « Le billet de banque est un billet au porteur. Il circulera donc par simple tradition, comme le ferait un meuble corporel ».

⁶⁷ Arrêt du Parlement de Paris en date du 7 juin 1611 (au sujet de la circulation de billets en blanc), rapporté dans Arch. B.d.F., bordereau n° 1069 1997 08, boîte n° 2 : Sénard, « Consultation de M^e Sénard », Paris, document manuscrit, 7 janvier 1839, p. 4 s.

⁶⁸ Arrêt du Parlement de Paris en date du 26 mars 1624 (au sujet de la circulation de billets en blanc) ; voir *ibid.*

⁶⁹ Arrêt de règlement du Parlement de Paris en date du 16 mai 1650 (au sujet du billet au porteur) ; voir *ibid.*

⁷⁰ Voir G. COQUILLE, *Institution au droit des Français*, Paris, Impr. Royale, 1607, p. 7 : « L'un des principaux droits de la majesté et autorité du roi est de [...] [à la suite d'une énumération de six autres privilèges] faire monnaie d'or et d'argent ou de métaux mêlés et alloyés ».

⁷¹ Qu'est-ce qui aurait bien pu empêcher, en effet, le propriétaire d'une filature de coton de payer son fournisseur, importateur colonial, par la remise d'une telle promesse, si ce dernier l'accepte, conscient qu'il pourra la remettre au même titre à l'armateur de ses navires ? Voir, au sujet du développement constant de cette pratique au XVII^e siècle, P. LESCOT et R. ROBLLOT, *op. cit.*, p. 292.

⁷² Il ne s'agit certes là que d'une victoire première – et non définitive – des billets au porteur et en blanc, qui feront encore l'objet de proscriptions à plusieurs reprises au XVIII^e siècle, dans un contexte de sauvegarde du monopole d'une entreprise monétaire initiée ou soutenue par l'État (celle de Law sous la Régence, et celle des assignats durant la Révolution).

⁷³ Cf. *Ordonnance de Louis XIV Roy de France et de Navarre, pour le Commerce, donnée à Saint-Germain-en-Laye au mois de mars 1673, ou Édit du Roi servant de règlement pour le commerce des négociants et marchands, tant en gros qu'en détail*, texte normatif, mars 1673, tit. VII, art. 1 (à propos de la contrainte par corps). Licéité confirmée par la suite par la Déclaration du Roi du 26 fév. 1692.

⁷⁴ Arch. B.d.F., bordereau n° 1069 1997 08, boîte n° 2 : M. GAUTIER, « Note sur l'affaire de la société dite de l'Unité », Paris, document manuscrit, s. d.

⁷⁵ Cf. Concile de Trente, *Décret Tametsi*, texte normatif, 1563, (toute édition) : « Quoiqu'il ne faille pas douter que les mariages clandestins, faits par le libre consentement des parties contractantes, ne soient de vrais et valides mariages, tant que l'Église ne les a pas rendus invalides ».

nulles⁷⁶, tout en reconnaissant que l'Église « déteste »⁷⁷ ces mariages. Seule la conscience lucide des limites matérielles de sa faculté de coercition peut alors décider le législateur canonique à concéder cette validation, pour accompagner une dérive qu'il conçoit pourtant bel et bien comme telle, mais contre laquelle il se sait incapable de lutter.

Ces deux illustrations révèlent en conséquence le caractère fictif de la puissance normative alléguée. Cette fictivité, reconnue au détour d'une phrase par Louis XVI au sujet de la législation antérieure à son édit, s'avère ainsi parfaitement transposable à sa propre action normative, comme à toute manifestation de la tolérance royale. En toute rigueur, il est vrai, si le *déploiement* du pouvoir (par un acte d'interdiction) est apparu (ou apparaîtrait) fictif, en raison d'une tension avec une réalité sociale persistante, sa *réention* (par l'effet d'une supposée tolérance), ne saurait l'être moins, attendu que le sujet ne retient jamais que ce qu'il aurait pu déployer. La libre abstention présupposant la faculté d'action, la fictivité de la seconde contamine de fait la première. D'ailleurs, en dépit de son image délétère de contre-vérité⁷⁸, la fiction est cependant loin de se voir ostracisée de la matière juridique⁷⁹, tant s'en faut⁸⁰. Permettant de « sauver les apparences »⁸¹, au sens du Professeur D. Costa, elle opère, du point de vue de son utilisateur, « l'assimilation consciente d'une pertinence non souhaitée avec une pertinence nouvelle désirée »⁸², et révèle dès lors, selon l'analyse de B. Schramm, « le pouvoir presque infini de l'entendement humain de créer des pertinences et de peupler son monde imaginaire – qui en fin de compte est le seul monde “factuel” que l'homme connaisse – de nouvelles créatures, certaines plus audacieuses que d'autres »⁸³.

Sans doute la tolérance royale est-elle précisément à mettre au nombre de ces *créatures*, tel le Cerbère de la monarchie absolue. Commodément alléguée pour la

⁷⁶ *Ibid.* : « [...] Et que par conséquent il faille condamner, comme le saint concile les frappe d'anathème, ceux qui nient que ces mariages soient vrais et valides ».

⁷⁷ *Ibid.* : « [...] Et ceux qui assurent faussement que les mariages contractés par les enfants de famille sans le consentement de leurs parents sont nuls, et que les pères et les mères ont le pouvoir de les rendre ou valides ou nuls, néanmoins la sainte Église, pour de très-justes causes les a toujours détestés et défendus ».

⁷⁸ Voir E. WYLER, « Avant-propos », in B. SCHRAMM, *La fiction juridique et le juge*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. XVII-XXII, p. XVII : « Dans un climat intellectuel encore imprégné de positivisme, le préjugé contre la fiction “trahissant les réalités”, “inutile”, voire “nuisible”, subsiste encore, [...] [dans la lignée des] célèbres attaques, fort virulentes à l'époque, d'un Bentham ou d'un Scelle, décochées à partir d'une conception scientiste du droit prétendant assigner à celui-ci la finalité d'atteindre la Vérité au même titre que les sciences dites “exactes” ».

⁷⁹ Voir B. SCHRAMM, *La fiction juridique et le juge*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 32 : « La fiction fait advenir au droit, quand elle est juridique, et au monde, lorsqu'elle est tout court » ; et D. COSTA, « Apparences, fictions et présomptions juridiques », in N. NAQUINOT (dir.), *Juge et apparence(s), Actes de colloque*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse, LGDJ, 2010, p. 133-149, p. 134 : « La fiction est évidemment contraire à la vérité, ce qui, du reste, la distingue de la présomption [...], mais elle est tenue pour la vérité du droit ».

⁸⁰ Voir G. WICKER, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy, 2003, « Fiction », p. 716-720, p. 716 : « Présente dès l'Antiquité grecque et orientale, la fiction a connu un fort développement en droit romain et peut aujourd'hui encore s'observer dans tous les systèmes juridiques contemporains ».

⁸¹ D. COSTA, *op. cit.*, p. 136.

⁸² B. SCHRAMM, *op. cit.*, p. 87.

⁸³ *Ibid.*

défense de l'autorité d'un souverain parvenu au point de limite de son pouvoir réel, elle se déploie à travers une rhétorique complexe, qui réclame, en complément de la compréhension de sa convocation politique, une rigoureuse étude sémantique.

II.- Une rhétorique à tiroirs

Le déploiement de toute rhétorique s'inscrit par nature dans un choix alternatif au silence, qui semble en l'espèce dicté par les conditions politiques propres à l'absolutisme (A). Au-delà de la première strate que constitue ce choix de l'expression, le discours spécifique de la tolérance royale se construit ensuite sur un enchevêtrement de figures de style agrégées, qui forment autant de ressorts intellectuels permettant à cette entreprise de persuasion d'atteindre son but sans révéler sa motivation – de concéder sans paraître céder (B).

A.- Une parole dictée par les circonstances

Face aux limites objectives auxquelles se trouve confronté le pouvoir lors de chaque exhibition de la tolérance royale, l'alternative du silence s'invite spontanément à l'esprit. Est-il en effet raisonnable, de la part du souverain, de prendre le risque d'exposer sa faiblesse derrière ce seul voile rhétorique, quand il lui serait tout aussi loisible de demeurer impassible, sans prendre l'initiative de la norme ? La question est bien sûr transposable à la doctrine partisane de l'absolutisme, quant aux argumentaires qu'elle s'attache à déployer pour démontrer la puissance du roi. Ainsi, dans l'illustration fournie par C. Serres, la mise en perspective de la survivance du droit romain et de l'autorité de la Couronne ne fait guère figure de passage obligé dans son exposé, et pourrait donc *a priori* fort bien être éludée sans suggérer pour autant un silence embarrassé⁸⁴.

Mais outre la confiance des souverains et de leurs apologistes dans la fiabilité éprouvée de cette rhétorique du pouvoir, il s'avère que son emploi ne soit pas tant un choix – c'est-à-dire un risque délibérément bravé – qu'une nécessité. Ceci dans la mesure où le monarque absolu ne saurait demeurer étranger à aucune affaire de son royaume. Là où il peut être prudent, pour le chef d'État d'une démocratie moderne, de laisser la main sur certains dossiers en arguant éventuellement des limites objectives de sa compétence pour se disculper auprès de l'opinion⁸⁵, le monarque absolu ne peut en effet s'autoriser un tel répit, attendu que l'absolutisme se nourrit avant tout de l'allégation de son omnipotence

⁸⁴ Ceci en considérant bien que le thème de l'ouvrage en présence – *Les institutions du droit français suivant l'ordre de celles de Justinien* (op. cit.) – n'est pas précisément l'autorité du roi sur la matière juridique, mais seulement les inspirations romaines du droit applicable sous l'Ancien régime.

⁸⁵ Ce peut être le cas, notamment, dans le débat public, au sujet de la réglementation des sociétés numériques multinationales, à l'image des GAFAs. Voir J. DELÉPINE, « Réguler les GAFAs : mode d'emploi », *Alternatives économiques*, rubrique « numérique » [en ligne], 16 octobre 2019. [Consulté le 2 mars 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.alternatives-economiques.fr/reguler-gafa-mode-demploi/00090660>>.

sous la seule limite du respect des lois fondamentales du royaume⁸⁶. Aussi la norme rayonne-t-elle en toute matière « par lui, avec lui et en lui » – pour paraphraser la doxologie de la sainte Trinité catholique. *Par lui*, lorsqu’il l’édicte à titre personnel, à travers ses actes royaux ; *avec lui*, ou plus exactement *sous lui* (le monarque n’ayant point de compagnon en sa majesté royale)⁸⁷, lorsqu’elle est secrétée par les ramifications de son autorité⁸⁸ ; et *en lui*, soit à *travers lui*, ou plus simplement *en son nom*, lorsqu’elle est promue par les émanations de l’État les plus indépendantes de son pouvoir, qui n’agissent jamais cependant qu’en vertu d’une concession de sa part⁸⁹. De manière plus ou moins médiate, le monarque absolu est donc rendu nécessairement, tangiblement présent en toute chose temporelle, à l’instar des dieux des religions monothéistes dans le domaine spirituel⁹⁰. Aussi est-il possible de résumer ce pan de l’absolutisme par un syllogisme construit autour d’une formule apocryphe bien connue de Louis XIV, pour faire dire au souverain : « L’État est partout, *or l’État c’est moi*⁹¹, donc je suis partout⁹² ».

Vu sous cet angle, l’absolutisme ne se présente donc pas tant comme un *caractère* de l’autorité royale – son degré, son échelle, son étendue – que comme *l’essence* de l’une de ses formes particulières. Autrement dit, le souverain absolu ne possède pas seulement un pouvoir royal ordinaire dans son essence, qui se trouverait être absolu dans son intensité – auquel cas le pouvoir absolu ne serait que l’extension du pouvoir tempéré – mais bien

⁸⁶ Voir L. JAUCOURT (de), « Monarchie absolue », in D. DIDEROT et J. LE ROND D’ALEMBERT, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences des arts et des métiers*, Paris, Briasson, vol. 10, 1765, p. 636 : « Forme de monarchie dans laquelle le corps entier des citoyens a cru devoir conférer la souveraineté au prince avec l’étendue et le pouvoir absolu qui résidait en lui originairement, et sans y ajouter de restriction particulière, que celle des lois établies », référence étant faite plus loin aux « lois fondamentales du royaume ».

⁸⁷ Cf. *Supra*, note n° 12.

⁸⁸ Voir « Édit de février 1771 », texte normatif, in F. A. ISAMBERT, *op. cit.*, vol. 22, p. 137 s : « Les offices n’étant en eux-mêmes que le droit de remplir à notre décharge des fonctions essentielles liées à notre juridiction et à notre administration ».

⁸⁹ Voir « Procès-verbal de la séance du Parlement de Paris en date du 3 mars 1766, dite “séance de la flagellation” », rapportée par D. TEYSSEIRE, « Un modèle autoritaire : le discours de la “flagellation” », *Mots*, juin 1995, n° 43, p. 118-127 (annexe : p. 125-127), l. 44-47 : « C’est de moi seul que mes cours tiennent leur existence et leur autorité ; [...] la plénitude de cette autorité, qu’elles [n]’exercent qu’en mon nom, demeure toujours en moi ».

⁹⁰ Ce constat fait écho à la partition entre les domaines temporel et spirituel, actée par la querelle qui oppose Philippe Le Bel au pape Boniface VIII à l’orée du XIV^e siècle, au sujet de laquelle lire notamment F. M. AROUET dit VOLTAIRE, *Essai sur les mœurs et l’esprit des nations et sur les principaux faits de l’histoire depuis Charlemagne jusqu’à Louis XIII*, Paris, 1756, t. 1, chap. 65 (toute édition), rapportant la réponse du roi de France selon laquelle « Nous [de majesté] ne sommes soumis à personne dans le temporel ».

⁹¹ Voir, au sujet de cette formule dont l’authenticité divise les historiens, L. BÉLY, *Louis XIV : Le plus grand roi du monde*, Paris, Jean-Paul Gisserot, 2005, coll. « Les classiques Gisserot de l’histoire », p. 77 : « Cette formule lapidaire a été attribuée à Louis XIV par l’historien Lemontey en 1818, à propos de la journée du 13 avril 1655, lorsque le roi en personne interdit aux parlementaires parisiens de délibérer sur des édits enregistrés en lit de justice. [...] [Mais] pour beaucoup d’historiens, une telle formule ne correspond pas à la vision que Louis XIV a de sa fonction ».

⁹² L’observation selon laquelle « l’État est partout », ou plus précisément *se doit d’être partout*, s’appuie sur les conclusions des récents travaux de Dardot et Laval sur la souveraineté et son incarnation étatique depuis la période médiévale, in P. DARDOT et C. LAVAL, *Dominer : Enquête sur la souveraineté de l’État en Occident*, Paris, La Découverte, 2020.

un *absolu pouvoir*. L'indicateur de l'intensité se révèle par là-même incapable de saisir certains traits fondamentaux de l'absolutisme, tels que la réunion des trois pouvoirs entre les mains du roi⁹³. En toute rigueur, la superposition des prérogatives exécutive, législative et judiciaire chez un souverain absolu, ne saurait en effet se concevoir comme *le prolongement* ou *l'approfondissement* de l'autorité simplement exécutive d'un monarque constitutionnel. Il n'y a donc pas là une plus grande intensité de la même chose, mais bien une (ou plusieurs) autre(s) chose(s). Les deux modes du gouvernement royal, absolu ou tempéré, se trouvent dès lors davantage dissociés par une différence de nature que par une différence de degré. De là l'impérieuse nécessité, pour le roi devenu absolu, dont cette essence d'autorité particulière apparaît acquise dans les esprits de la population qu'il domine, de ne jamais interrompre la fiction de son omnipotence. Ce présupposé suffit en effet à situer le souverain au sein du système politique qu'est l'absolutisme, en ce qu'il débouche amphibologiquement sur l'idée selon laquelle *tout lui est dû*, qui induit à la fois que tous les bienfaits du gouvernement lui soient imputables⁹⁴, et que tous les honneurs doivent lui être déférés⁹⁵.

L'abstention du monarque (et plus précisément de la carence d'un rayonnement, positif ou intellectuel, pour son autorité), dans quelque domaine politique que ce soit, apparaît dès lors sous un jour tout à fait différent, révélant toute sa gravité. En s'estompant dans les esprits, la conviction de son omnipotence n'annoncerait pas seulement, en effet, un recul de cette autorité, mais un possible point de décrochage. De fait, ce silence – comme un *laisser-faire* sans le *dire*⁹⁶ – porterait inmanquablement une remise en cause de la dimension absolue du pouvoir royal des temps modernes, non pas dans sa pertinence politique (comme s'y attacheront les Lumières), mais bien dans le postulat factuel sur lequel il repose alors. Or, privé de cet absolutisme qui s'impose sous les règnes Bourbons comme un effet de droit naturel⁹⁷, l'autorité royale ne se trouverait pas

⁹³ Voir à ce sujet les incontournables développements de C. L. SECONDAT (de) dit MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Genève, liv. 11 : « De la constitution anglaise » (toute édition), 1748.

⁹⁴ De la même façon, au sens de certains philosophes grecs, tels Socrate, *tout est dû aux lois*, jusqu'à la naissance même des agents sociaux, au motif que la législation encadre le mariage de leurs parents. Cf. PLATON, *Criton ou Du devoir*, trad. E. CHAMBRY, Bibliothèque électronique du Québec, vol. 2 [éd. de référence Paris, Garnier-Flammarion, n° 75], p. 42-47.

⁹⁵ Voir, en ce sens, cette autre citation imputée à Louis XIV, révélatrice, malgré l'incertitude de son authenticité, des mœurs de son temps, selon laquelle le roi aurait répondu au surintendant des finances Nicolas Fouquet, qui lui offrait symboliquement la propriété de son château de Vaux-le-Vicomte (celui-là même qui inspira Versailles), que ce présent était fort inutile puisqu'il demeure qu'en France « le roi est partout chez lui » ; et, face à la nuance de son interlocuteur qui lui avait répondu « D'une certaine façon », le monarque de rétorquer « Non Monsieur, d'une façon certaine ». Dialogue rapporté in L. HEYNEMANN, *Le roi, l'écureuil et la couleuvre*, téléfilm, Nelka films, part. 1, 2011, extrait de 54'37" à 55'03".

⁹⁶ Se référer à la définition de la tolérance royale sous la forme d'un *dire laisser-faire*, présentée en introduction de ces réflexions.

⁹⁷ Cf. N. TOMMASSEO, *Relations des ambassadeurs vénitiens sur les affaires de France au XVI^e siècle*, Paris, Impr. royale, t. 1, 1838, p. 507 : « Le roi de France est prince par droit naturel puisque cette forme de gouvernement dure dans ce pays depuis plus de mille ans ». Dans cette approche, la tradition séculaire de la monarchie française tend à s'assimiler au caractère immémorial dont est pétri le droit naturel ; mais il lui manquerait encore la dimension immanente qui définit encore ce type de droit, s'il ne lui était pas conféré l'omnipotence factuelle sur laquelle se fonde l'absolutisme.

uniquement amputée d'une extension récente, mais bel et bien sapée dans son nouveau fondement. Le rôle politique du roi serait alors entièrement à rebâtir – tâche herculéenne, que la monarchie constitutionnelle de 1791 ne parviendra pas à remplir en son temps⁹⁸. L'absolutisme en tant que système condamne par conséquent le roi à la production normative, directe ou indirecte, aussi sûrement que la Genèse condamne l'homme au travail. Tout comme le cérémonial adopté par le Roi Soleil auprès de sa Cour lui imposait une inlassable représentation publique⁹⁹, l'absolutisme interdit ainsi au souverain toute mise en retrait de la scène normative, jusqu'à l'obliger quelquefois à accompagner des réalités sociales qui lui sont étrangères, voire déplaisantes, pour demeurer à tout prix l'acteur central de la politique de son royaume. Cette propension à l'exercice proactif de la gouvernance se conçoit d'ailleurs d'autant mieux s'agissant de la monarchie française, dont l'un des plus notables renouvellements, lors de la *mutatio regni* de 751, se fonde précisément sur l'idée selon laquelle *il convient mieux d'appeler Roi celui qui exerce effectivement le pouvoir*¹⁰⁰.

Contraints d'acquiescer au trait de sagesse de Shakespeare selon lequel « ce qui ne peut être évité, il faut l'embrasser »¹⁰¹, les souverains absolus et les adeptes de leur mode de gouvernement concentrent dès lors leurs efforts sur un habile emploi du verbe, pour compenser une impuissance factuelle inadmissible, par l'ascendant qu'un style maîtrisé peut prendre sur l'opinion.

B.- Un verbe renforcé par le style

Peut-être est-ce à raison de l'intention inavouable qui motive son emploi, que la tolérance royale ne bénéficie d'aucune conceptualisation doctrinale à l'époque de sa vigueur, à l'inverse de notions telles que *le roi fontaine de justice*, *la raison d'État*, *l'indivisibilité* ou *la perpétuité de la souveraineté royale*¹⁰². Chacun de ces concepts véhicule

⁹⁸ Voir « Constitution de 1791 », texte normatif, disponible sur le site du Conseil constitutionnel [en ligne]. [Consulté le 2 mars 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1791>>, chap. 1, tit. 3, art. 4 : « Le gouvernement est monarchique : le pouvoir exécutif est délégué au roi » ; *ibid.*, chap. 2, sect. 1, art. 2 : « La personne du roi est inviolable et sacrée. Son seul titre est *Roi des Français* » ; et *ibid.*, art. 3 : « Il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi. Le roi ne règne que par elle et ce n'est qu'au nom de la loi qu'il peut exiger l'obéissance ».

⁹⁹ Voir J. LEVRON, *La cour de Versailles aux XVII^e et XVIII^e siècles*, Paris, Perrin, 2010, sur la journée de Louis XIV, du petit lever de 8h30 au coucher de 23h30.

¹⁰⁰ Selon la réponse du Pape Zacharie à la question du maire du palais Pépin (appelé à devenir le premier roi carolingien sous le nom de Pépin III dit Le Bref), qui interrogeait, d'une façon relativement orientée « Lequel mérite d'être roi, de celui qui demeure sans inquiétude et sans péril en son logis, ou de celui qui supporte le poids de tout le royaume ? » ; ce à quoi le Saint-Père tranche naturellement en faveur du second. Cf. R. F. ROHRBACHER, *Histoire universelle de l'Église catholique*, rééd., Paris, Letouzey et Ané, t. 5, 1853, p. 14 s.

¹⁰¹ Dans le texte original : « *What cannot be eschewed must be embraced* », cf. W. SHAKESPEARE, *Les joyeuses épouses de Windsor*, Londres, 1602, acte 5, scène 5 (toute édition).

¹⁰² Voir A. JOUANNA, *Le Pouvoir absolu : Naissance de l'imaginaire politique de la royauté*, Paris, Gallimard, 2013, coll. « L'esprit de la cité ».

pourtant, au même titre que la tolérance royale, une *image politique*, à savoir la proposition d'une conciliation des réalités et des croyances dans le faisceau d'une mise en cohérence orientée. Mais il est vrai que ceux-ci participent à *l'affirmation* de l'absolutisme, quand celle-là concourt uniquement à *sa préservation*. Là où l'explicitation – assumée par une conceptualisation unitaire vouée à être facilement transportable dans les esprits – se fait l'arme de l'absolutisme dans sa conquête de l'opinion, le ressort implicite, la progression masquée, apparaît donc bien plus indiqué dans une posture défensive. Aussi la tolérance royale ne pouvait-elle en aucun cas rejoindre l'arsenal notionnel du pouvoir monarchique absolu, pour figurer parmi les cartes hautes que le roi peut abattre publiquement pour remporter une partie politique.

Or, l'emploi discret auquel elle se trouve reléguée n'est pas sans impact sur la tolérance royale en tant que représentation idéelle. À défaut de prendre corps au travers d'une conceptualisation ferme et arrêtée, qui desservirait sa vocation, elle s'épanouit ainsi d'une manière plus diluée, sous la forme d'un *discours*, au sens, non pas de l'exercice d'expression en lui-même, mais d'une orientation particulière de cet exercice, articulant des idées constantes suivant une logique invariable¹⁰³. Les analyses conduites plus haut révèlent précisément les allégations de *puissance* et de *magnanimité* comme ces constantes, et *la rétention de l'une par l'autre* comme leur logique d'articulation. Empruntant ce chemin fléché, l'argutie légale ou doctrinale parvient dès lors, à travers une pluralité de formules variables (adaptées à chaque occurrence), à dissimuler la fébrilité factuelle du pouvoir aux yeux de ses observateurs, en l'habillant d'un majestueux manteau de robustesse et de bonté, cousu dans l'étoffe de la tolérance royale – dissuasive parure aux regards de l'adversité.

Reste donc à identifier, pour finir, les ressorts précis de ce discours-type. Il s'agit, en substance, de combinaisons psychologiques correspondant à des façons précises de susciter l'impression recherchée chez le récepteur. Pour autant, il semble permis de les assimiler, par souci de clarté, à trois figures de style distinctes qui traduisent explicitement les démarches respectives de ces ressorts de persuasion. Le premier d'entre eux, pour les aborder dans un ordre décroissant d'évidence, apparaît sous les traits d'une *emphase*¹⁰⁴ de la puissance royale, autrement dit, de son expression délibérément exagérée. En d'autres termes, lorsque le souverain mobilise le discours de la tolérance royale, *il prétend consciemment pouvoir au-delà de ce qu'il peut objectivement* – ce qui se retrouve bien sûr à l'identique dans les écrits doctrinaux de ses partisans. Dans l'exemple

¹⁰³ Cela peut par exemple s'entendre de nos jours du discours de l'antisémitisme, de l'immigration, ou de l'écologie ; le pronom *de* n'indiquant plus dans ces expressions l'émetteur de la pensée, mais signalant une figure intellectuelle sur le thème indiqué à sa suite – figure schématisée, archétypale, empruntée par une multitude d'acteurs alignés sur la même position, et articulant un concert d'arguments partagés, suivant une logique constante dans ses principaux traits.

¹⁰⁴ Cf. « Emphase », *CNRTL (Centre national de ressources textuelles et lexicales)* [en ligne]. [Consulté le 26 février 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.cnrtl.fr/lexicographie/emphase>> : « Figure consistant à employer un mot ou un groupe de mots d'une force expressive exagérée par rapport à l'idée exprimée ».

de son Édît de tolérance en date de 1787, Louis XVI trahit d'ailleurs cette pleine conscience lorsqu'il évoque, au sujet des unions au désert qui se déroberont à la législation de Fontainebleau, « *l'alternative inévitable*¹⁰⁵ [...] de mariages frappés d'avance de nullité par la législation de [son] royaume »¹⁰⁶. C. Serres n'apparaît pas moins averti de l'impuissance du roi à modeler la réalité s'agissant du recours au droit romain dans les pays de droit écrit, lorsqu'après avoir avancé que « [les] rois [avaient] bien voulu accorder à plusieurs provinces de France *la permission*¹⁰⁷ de se régler par le droit romain »¹⁰⁸, il ajoute, comme un aveu, que lesdites provinces « étaient dans l'habitude de [le] suivre »¹⁰⁹. L'image d'un pouvoir autorisant ce qui connaît déjà une vigueur séculaire n'est dès lors pas sans rappeler l'ordre de bâiller, donné au Petit Prince par le roi qu'il rencontre, après que la lassitude de son voyage lui a inspiré un bâillement spontané¹¹⁰. Rien d'original, pourtant, à ce que la norme ratifie un état de fait pour lui conférer une consécration ; et le législateur demeure, certes, positivement libre de s'en abstenir. Mais il y a un pas non négligeable entre la transcription normative qui prend acte de l'usage et en solidifie les modalités, et une supposée *permission*. Car, comme le fit dire Michel Audiard à Jean Gabin, campant le financier Noël Schoudler dans l'adaptation cinématographique des *Grandes familles* de Maurice Druon : « Pour permettre il faut pouvoir interdire ; il faut être le patron »¹¹¹. La toute première édition du *Dictionnaire de l'Académie française*, parue en 1694, perçoit d'ailleurs à jour cette combinaison dialectique en définissant la notion de tolérance comme « l'indulgence qu'on a pour ce qu'on ne peut empêcher [sic] »¹¹².

À côté de ce premier ressort rhétorique, et un peu plus en profondeur dans l'analyse, la tolérance royale emprunte aussi la forme d'un *euphémisme* au sujet de la délicatesse dans laquelle se trouve le monarque qui y a recours (ou au sujet duquel y ont recours les auteurs). Dans cette optique, ce discours minimise sensiblement l'embarras du souverain de se trouver confronté à l'objet de sa *tolérance* – cette pratique qui lui est étrangère et ne sert pas les intérêts de sa politique, mais qu'il ne peut (ou n'ose) cependant réprimer. Une passerelle sémantique bien connue saisit cette dimension en vertu du lien qu'elle établit entre la tolérance et la souffrance, à travers l'expression de registre soutenue (et aujourd'hui désuète) : « Je ne saurai souffrir que... »¹¹³. Sous cette acceptation, en effet,

¹⁰⁵ Souligné par nous.

¹⁰⁶ « Édît de tolérance », *op. cit.*, p. 472.

¹⁰⁷ Souligné par nous.

¹⁰⁸ C. SERRES, *op. cit.*, p. 7.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ A. SAINT-EXUPÉRY (de), *op. cit.* : « Je t'ordonne de bâiller. Je n'ai vu personne bâiller depuis des années. Les bâillements sont pour moi des curiosités. Allons ! bâille encore. C'est un ordre ; Ça m'intimide... je ne peux plus... fit le petit prince tout rougissant ; Hum ! Hum ! répondit le roi. Alors je... je t'ordonne tantôt de bâiller et tantôt de... » [dialogue interrompu ainsi par l'auteur].

¹¹¹ D. LA PATEILLÈRE (de), *Les Grandes familles*, Filmsonor Marceau, long-métrage, 1958, extrait de 31'55" à 31'59".

¹¹² ACADÉMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire de l'Académie Française*, Paris, 1694, « Tolérance », définition disponible sur le site *Dictionnaire-academie.fr* [en ligne]. [Consulté le 25 février 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A8T0717>>.

¹¹³ Cf. « Souffrance », CNRTL (*Centre national de ressources textuelles et lexicales*) [en ligne]. [Consulté le 27 février 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.cnrtl.fr/definition/souffrance>>.

l'idée de *souffrir* s'assimile par synonymie à celle de *tolérer* (« je ne saurais tolérer que... »), pour faire sentir avec élégance que la réalité en cause est « intolérable ». Or, la passerelle empruntée dans un sens (lorsque la souffrance sous-tend la tolérance), doit logiquement être praticable aussi bien dans l'autre (lorsque la tolérance sous-tend elle-même la souffrance). Cette acceptation trouve d'ailleurs un exemple précis sous l'Ancien Régime, en matière monétaire, lorsqu'il est question de la *tolérance des monnaies*, autrement dit, de l'acceptation par le peuple d'une dépréciation des espèces monétaires sur la décision du prince (qui redéfinit leur cours)¹¹⁴. Dans cette occurrence, en effet, la population *tolère* – contrainte et forcée, elle aussi¹¹⁵ – que le roi révisé à la baisse la valeur monétaire, et partant, le pouvoir d'achat, des pièces en circulation, à la faveur de la distinction alors en vigueur entre les espèces circulantes (louis d'or, écus d'or ou d'argent, liards de cuivre...) et les monnaies de compte (livres tournois et parisis, et leurs subdivisions en sols et deniers)¹¹⁶. Le plus souvent, cette décote légale permet au roi de raboter son endettement, en décidant, schématiquement, que les trois quintaux d'or dont il dispose, qui valait jusqu'alors 10 millions de livres, en vaudront désormais 15 (ce qui revient à dire que le détenteur d'une fortune de 500 000 livres n'a plus accès aux 15 kg d'or que valaient ses espèces lorsqu'ils les a acquises, mais seulement à 10)¹¹⁷. Il semble dès lors évident qu'à travers un tel « sacrifice »¹¹⁸, la population *souffre* bel et bien une dépréciation de ses avoirs monétaires, dans une mesure que la philosophie des Lumières n'hésite pas à assimiler à un vol légal, ou, plus ironiquement, à un effet de prestidigitation politique immoral¹¹⁹. Or, cette pratique monétaire n'en est pas moins retenue sous le terme de

¹¹⁴ Voir Ouv. inst., *Histoire des doctrines économiques, Diplôme d'études supérieures d'économie politique*, Paris, Sorbonne, 1936, coll. « Les cours de Droit », p. 17 : Les rois capétiens « altèrent eux-mêmes leurs monnaies [...]. Ils en modifient la taille, l'aloi et le cours, c'est-à-dire, le poids, le titre ou le rapport entre la monnaie manuelle et la monnaie de compte ; ils les affaiblissent ou les enforcent. L'affaiblissement [amoindrissement de la teneur métallique des espèces] ressemble à une inflation [hausse du niveau général des prix] par son caractère et par ses effets, et l'enforcement [augmentation de la teneur métallique des espèces] à une déflation [baisse du niveau général des prix] ».

¹¹⁵ Cf. G. SIMMEL, *Philosophie de l'argent*, trad. S. CORNILLE et P. IVERNEL, Paris, PUF, 1987, coll. « Quadrige », p. 210 : « La monnaie que frappaient les seigneurs ayant ce privilège était l'équivalent indûment accru de la valeur fonction de l'argent ; c'est la raison pour laquelle les sujets étaient contraints d'accepter cet échange de monnaie ».

¹¹⁶ Voir G. JACOUD, *La monnaie dans l'économie*, 2^e éd., Paris, Nathan, 1996, p. 15 : « Les monnaies utilisées pour les paiements sont des louis d'or, des écus d'argent, des pièces constituées d'alliages divers, voire des pièces étrangères » ; et « pour réaliser un paiement, le débiteur doit, à partir du prix exprimé dans la monnaie de compte, déterminer quelle quantité de pièces il doit fournir ».

¹¹⁷ Du IX^e au XVIII^e siècle, la livre tournois perd ainsi plus de 90 % de sa valeur, soit environ 10 % par siècle, le plus souvent à l'occasion de « refontes de détresse » initiées par des souverains à cours d'argent, incapables de faire face à leurs créanciers. Cf. M. MORINEAU, « Monnaie, mode d'emploi – Discussion », in G. DEPEYROT, T. HACKENS, G. MOUCHARTE (dir.), *Rythmes de la production monétaire de l'Antiquité à nos jours, Actes de colloque*, Louvain-la-Neuve, CNRS, Cultura, 1987, p. 649-661, p. 661.

¹¹⁸ Voir G. SIMMEL, *op. cit.*, p. 210, évoquant « le sacrifice » de la valeur du métal.

¹¹⁹ Cf. C. L. SECONDAT (de) dit MONTESQUIEU, « Lettre XXIV, Rica à Ibben », in *Ibid.*, *Lettres persanes*, Cologne, Pierre Marteau, t. 1, 1721, p. 53 : « D'ailleurs ce roi est un grand magicien : il exerce son empire sur l'esprit même de ses sujets ; il les fait penser comme il veut. S'il n'a qu'un million d'écus dans son trésor, et qu'il en ait besoin de deux, il n'a qu'à leur persuader qu'un écu en vaut deux, et ils le croient ».

*tolérance*¹²⁰. Symétriquement, l'idée selon laquelle le roi *tolère* telle ou telle réalité sociale peut donc aussi bien s'entendre comme la souffrance qu'il en éprouve, sans pouvoir y réagir d'une autre manière qu'en l'accompagnant. Reçue en ces termes, l'allégation de tolérance apparaît donc comme le trompe-l'œil euphémistique de la souffrance du monarque absolu – un trompe-l'œil élaboré, qui agit par projection sur la menace dirigée contre le pouvoir du roi, pour redéfinir la réalité subie en réalité cautionnée.

En troisième et dernier lieu, le ressort le plus comprimé au sein de cette mécanique rhétorique, et par là même sans doute le plus puissant, semble prendre la forme d'une *litote*¹²¹, au sujet de la faculté d'action du roi. Dans cette perspective, la tolérance du monarque est mise en avant pour mieux rappeler, tout au contraire, toute l'intransigeance de sa position. En substance, c'est faire dire au souverain : « Je peux tolérer cette pratique », pour faire entendre à ses sujets que « le roi ne peut pas admettre qu'ils s'y adonnent sans sa permission ». Par là même, le souverain fait sienne une pratique qui lui était jusqu'alors, par définition, étrangère. Il reprend donc la main sur elle, non pour la diriger (car son incapacité à la faire cesser ne lui en confère pas les moyens), mais au mieux pour l'influencer, et avant même cela, pour empêcher l'existence dans son royaume de tout fait social extérieur à son autorité. Dans son déploiement, ce ressort pointe ainsi vers le fondement conceptuel de l'absolutisme : *l'omniprésence* du souverain dans l'espace normatif – un rail tracé à destination de la finalité politique de ce mode de gouvernance, qu'est en définitive son *omnipotence*.

En conclusion, la dissection de la rhétorique particulière construite autour de l'idée d'une tolérance de la part du monarque d'Ancien Régime offre l'image d'une riche orfèvrerie sémantique au service de l'absolutisme. Ce discours intervient, en un mot, lorsqu'il revient au monarque absolu d'accepter officiellement telle réalité qu'il est incapable de réprimer, et sur laquelle il ne peut pour autant s'autoriser à garder le silence. Trempées dans son encre, les plumes de la loi et de la doctrine ratifient alors la pratique en cause, au nom du monarque, *sans admettre le fait qu'il doive l'accepter* ; transformant le *subir* en *agir* par le biais du *dire*. Cette entreprise cible avant tout la réception inconsciente de la manifestation de pouvoir du souverain par sa population, en ciselant l'image de sa praxis normative (positive ou symbolique). Les subtilités dialectiques de ce discours, cultivées au coup par coup – sans uniformité conceptuelle mais dans le sillage d'une même démarche de persuasion – confèrent ainsi au pouvoir royal les moyens de préserver la fiction de sa dimension absolue, dans un contexte historique où cette dernière semble relever davantage de son essence que d'un simple caractère. Aussi est-il permis de voir dans cet artifice, si construit et si impérieux pour préserver la crédibilité d'un pouvoir

¹²⁰ Voir N. CONDORCET (de), « Mémoire sur les monnaies par M. de Condorcet, inspecteur général des monnaies », Paris, 1790, reproduit in B. COURBIS et L. GILLARD, *Mémoires et discours sur les monnaies et les finances (1790-1792)*, Paris, L'Harmattan, 1994, p. 43-50, p. 45.

¹²¹ Voir « Litote », *CNRTL (Centre national de ressources textuelles et lexicales)* [en ligne]. [Consulté le 27 février 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.cnrtl.fr/definition/litote>> : « Figure de rhétorique consistant à dire moins pour laisser entendre beaucoup plus qu'il n'est dit ».

réputé sans borne factuelle, une composition que le monarque d'Ancien Régime ne saurait tenir indéfiniment. Quelles que soient les ressources intrinsèques de cette technique et l'habileté de son déploiement, son hémotase passagère révèle en effet une déficience théorique – invincible à terme – dans tout type de gouvernement absolu, dans la mesure où l'omnipotence alléguée semble vouée à se trouver tôt ou tard démentie par les faits ou par l'émancipation des esprits.

De nos jours, ce type d'argutie dévolue au sauvetage d'une fiction politique (ou d'un prolongement fictif du pouvoir) pourrait suggérer un parallèle avec le rapport trouble à la vérité qu'entretiennent certains chefs d'État controversés. S'impose alors à l'esprit le concept médiatique de fausses nouvelles (ou *fake news*)¹²², dans ses occurrences pour ainsi dire « institutionnelles » constatées dans le débat public au cours de la seconde moitié des années 2010. Il serait en effet tentant de voir dans l'attitude d'un roi se prétendant capable d'interdire ce qui, en réalité, échappe à son contrôle, la lointaine ascendance de celle d'un président qui alléguerait, par exemple, avoir remporté un scrutin perdu dans les urnes. Mais la comparaison se trouve néanmoins tenue en échec par les mouvements divergents de ces deux postures vis-à-vis de la réalité objective. En effet, là où la tolérance royale avance vers le réel pour embrasser ses aspérités en y conciliant la perception du pouvoir, la *fake news* institutionnelle tente, tout au contraire, d'aspirer la réalité, de la ramener sur la position qu'elle énonce, en misant pour cela sur l'influence qu'exerce son discours (au moyen notamment de prophéties auto-réalisatrices)¹²³. Qu'importe cependant que cette rhétorique d'ancien style ne bénéficie pas d'une résurrection médiatique à l'époque actuelle, car la seule richesse de ses procédés subtilement argumentatifs suffit à motiver le recensement de ses multiples occurrences sous la monarchie absolue, pour approfondir une compréhension que la présente étude n'aura pu qu'esquisser.

En définitive, au vu de la dimension normative que sous-tend le discours de la tolérance royale, et au regard de la satisfaction politique qu'en retire le souverain, si comme l'écrivait Jules Lemaître « la tolérance est la charité de l'intelligence »¹²⁴, celle du monarque absolu est sans nulle doute *bien ordonnée*.

¹²² Voir Commission d'enrichissement de la langue française, *Recommandation sur les équivalents français à donner à l'expression "fake news"*, J.O.R.F. du 4 octobre 2018 (n° 0229), texte n° 113, p. 1 : « Portée par l'essor des médias sur la toile et l'activité des réseaux sociaux, l'expression anglo-saxonne *fake news* [...] désigne un ensemble de procédés contribuant à la désinformation du public ».

¹²³ Voir D. TROUILLOUD et P. SARRAZIN, « *Les connaissances actuelles sur l'effet Pygmalion : processus, poids et modulateurs* », *Revue française de pédagogie*, 2003, n° 145, p. 89-119, p. 90 : « Une prophétie autoréalisatrice (PA) apparaît quand une croyance erronée conduit à sa propre réalisation ».

¹²⁴ Jules LEMAÎTRE (1853-1914), citation en date de 1895.

La force dissuasive de la responsabilité délictuelle

Jean LEFEBVRE¹

Docteur en droit privé, enseignant-chercheur à l'université d'Angers
Centre Jean Bodin

Résumé : Si la responsabilité délictuelle revêt une fonction préventive, la mise en œuvre de sanction complémentaire à la réparation apparaît comme un moyen puissant d'influer en amont sur le comportement des acteurs juridiques. Cette logique est traditionnellement présente dans le droit positif et revêt une dimension binaire. La gravité de la faute emporte une qualification de cette faute qui influera tantôt sur la responsabilité de son auteur, tantôt sur son droit à réparation. La sanction délictuelle permet de dépasser ce cadre. D'une part, ces sanctions permettent de dépasser le plafond pécuniaire induit par le principe de réparation intégrale du dommage. D'autre part, ces sanctions mises en œuvre de manière proportionnelle sont progressives notamment en fonction de la gravité de la faute. Ce faisant, la sanction permet d'assurer l'effectivité de certaines normes de comportement comme la prudence, la prévention. En cela, elle confère à la responsabilité une dimension dissuasive sur les auteurs potentiels de faits dommageables.

Cette effectivité est enfin garantie par la place centrale du juge qui doit pouvoir s'auto-saisir, indépendamment des parties prenantes au procès afin de permettre le prononcé de la sanction délictuelle.

Mots-clés : Responsabilité délictuelle, réparation intégrale du dommage, prévention, sanction délictuelle, gravité de la faute, faute lucrative, faute scélérate, dissuasion, proportionnalité, office du juge, auto-saisine.

The dissuasive force of delictual responsibility

Summary: *While responsibility has a preventive function, the implementation of a penalty complementary to compensation appears to be a powerful means of influencing the behavior of legal actors upstream. This logic is traditionally present in positive law and has a binary dimension. The seriousness of the fault entails a qualification of the fault which will sometimes influence the responsibility of its author, as well as his right to compensation. The penalty makes it possible to go beyond this framework. On the one hand, these sanctions make it possible to exceed the financial ceiling induced by the principle of full compensation for damage. On the other hand, these sanctions implemented in a proportional manner are progressive, in particular according to the seriousness of the fault. In doing so, the sanction makes it possible to ensure the effectiveness of certain standards of behavior such as caution and prevention. In this, it gives responsibility a dissuasive dimension on the potential perpetrators of harmful facts.*

¹ @ : jean.lefebvre@univ-angers.fr ; idHAL : 1034150.

This effectiveness is finally guaranteed by the central position of the judge, who must be able to take a decision on his own, independently of the parties to the trial in order to allow the pronouncement of the tort sanctions.

Keywords: *Delictual responsibility, full compensation for damage, prevention, delictual sanction, gravity of the fault, lucrative fault, villainous fault, dissuasion, proportionality, judge's office, self-referral.*

Pour citer cet article : Jean LEFEBVRE, « La force dissuasive de la responsabilité délictuelle », *Revue juridique de la Sorbonne* [en ligne], n° 3, juin 2021, p. 82-114.

URL : https://irjs.pantheonsorbonne.fr/sites/default/files/inline-files/La_force_dissuasive_de_la_responsabilite_delictuelle_J_LEFEBVRE.pdf

*

La prévention constitue « *un ensemble de mesures et institutions destinées à empêcher – au moins à limiter – la réalisation d'un risque, la production d'un dommage, l'accomplissement d'actes nuisibles, etc., en s'efforçant d'en supprimer les causes et les moyens* »².

À l'évidence, la prévention a pour vocation de réduire les risques. Cette neutralisation en amont des conséquences dommageables causées par la réalisation des risques est évidemment fondamentale et bénéfique pour la Société.

La responsabilité civile délictuelle intègre dans une certaine mesure la prévention des risques dans la détermination de la responsabilité³.

Ainsi, paradoxalement, alors que la prévention est décisive pour réduire les risques, elle n'est prise en compte que sporadiquement par le droit positif⁴.

L'enjeu est alors de renforcer cette prévention en agissant, *a priori*, sur le comportement des acteurs juridiques. Ce faisant, la fonction préventive de la responsabilité civile peut s'ancre dans la crainte de la sanction à laquelle s'expose

² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF, 2003, coll. « Quadrige », p. 669 s.

³ C. THIBIERGE, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D.* 2004, p. 557 ; C. THIBIERGE, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité », *RTD civ.* 1999, p. 561 ; M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, éd. LGDJ, 2005 ; M. BOUTONNET, « Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile », *D.* 2010.2662 et s. ; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ 2013, p. 87 s. et p. 153 s. ; G.-J. MARTIN, « Apparition et définition du principe de précaution », *Le principe de précaution*, Colloque Paris 1, LPA, 30 nov. 2000, p. 9 ; L. MAYAUX, « Réflexions sur le principe de précaution et droit des assurances », *RGDA*, 2003, p. 27 ; S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges dans la prévention des dommages*, préf. G. Viney, éd. LGDJ 2009, p. 154 s. ; A. GUEGAN-LECUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, préf. P. Jourdain éd. LGDJ 2006, p. 188 et 281 s. ; C. LACROIX, *La réparation du dommage en cas de catastrophe naturelle*, préf. M.-F. Teinle-Feuerbach, éd. LGDJ 2008.

⁴ L. WILLIATTE-PELLITTERI, *Contribution à l'élaboration d'un droit civil des événements aléatoires dommageables*, préf. F. Dekeuwer-Defossez, éd. LGDJ 2009, p. 255 s. ; J. LEFEBVRE, « La responsabilité délictuelle face aux mesures préventives », *LPA*, 8-9 sept. 2020, n°180, p. 5 s.

l'acteur juridique fautif, et ce, en plus de sa condamnation à réparer les conséquences de sa faute. Ainsi, la prévention fondée sur la responsabilité peut être fondée sur sa force dissuasive.

Pourtant, la fonction traditionnelle de la responsabilité civile est d'indemniser la victime du dommage⁵. Celui qui commet une faute doit réparer le dommage qu'il cause⁶. La logique est de replacer la victime dans la situation où elle se trouvait avant la survenance du dommage⁷, sans perte ni profit⁸.

La Cour de cassation considère traditionnellement que « *le propre de la responsabilité civile consiste à rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* »⁹.

Se pose immédiatement la question de savoir si cette condamnation à payer des dommages et intérêts devant réparer le préjudice peut avoir un impact, *a priori*, sur le comportement des acteurs juridiques, au-delà de sa propension naturelle à respecter la loi. Autrement dit, un acteur juridique va-t-il modifier son comportement pour éviter d'engager sa responsabilité ? Ce changement de comportement revêtirait, dès lors, une dimension préventive.

D'emblée, on peut en douter dans la mesure où l'indemnisation n'est pas déterminée en fonction de la faute ou du comportement de l'auteur de l'acte, mais uniquement du préjudice subi par la victime qu'il convient de réparer.

Or en l'état du droit, l'auteur d'une faute d'imprudence subira les mêmes conséquences financières que l'auteur d'une faute dolosive, protégé par le principe de réparation intégrale du dommage qui plafonne l'indemnité à l'entier préjudice, mais pas plus¹⁰.

Pourtant, au-delà de cette fonction réparatrice de la responsabilité civile délictuelle, et de la cessation de l'illicite¹¹, la responsabilité civile peut revêtir une fonction punitive, de par la sanction à laquelle s'expose l'auteur fautif du dommage. La sanction s'entend

⁵ Y. CHARTIER, *La réparation du dommage*, Paris, Dalloz, 1983 ; M. E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, th. Toulouse, préf. P. HEBRAUD, Paris, LGDJ, 1975 ; C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, préf. F. POLLAUD-DULLIAN, Aix-en-Provence, PUAM, 2002 ; C. LE GALLOU, *La notion d'indemnité en droit privé*, préf. A. SERIAUX, Paris, LGDJ, 2007.

⁶ C. civ., art. 1240.

⁷ Cass. civ. 2^e, 28 oct. 1954, *Bull. civ. II*, n° 328 ; *JCP G*, 1955.II.8765, n. R. SAVATIER.

⁸ Cass. civ. 2^e, 8 juill. 2004, *Bull. civ. II*, n° 393 ; *RTD civ.*, 2004.739, obs. P. JOURDAIN : « Les dommages-intérêts alloués à la victime doivent réparer le préjudice subi sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit » ; P. STOFFEL-MUNCK, P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit des obligations*, Paris, Lextenso, 9782275082318, sept. 2020, n° 153 s. ; C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, préf. C. THIBIERGE et P. NOREAU, Paris, Dalloz, 2011, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », p. 364 s.

⁹ Cass. civ. 2^e, 28 oct. 1954, *Bull. civ. II*, n° 328.

¹⁰ Cass. civ. 2^e, 8 juill. 2004, *ibid.*

¹¹ C. BLOCH, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, éd. Dalloz 2008, p. 133 s. ; S. GRAYOT, *op. cit.*, p. 174 s. ; B. MENARD, *L'anormalité en droit de la responsabilité civile*, préf. S. Porchy-Simon, éd. LGDJ 2020, p. 433.

alors du « *moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation* »¹².

À cet égard, la sanction est privilégiée dans son acception punitive et non préventive¹³.

La responsabilité peut ainsi donner lieu à des sanctions privées, cumulées à la réparation du dommage. Ce faisant, la responsabilité délictuelle peut dégager une force dissuasive. Cette force est susceptible de modifier *a priori* le comportement des acteurs juridiques incités à privilégier un comportement plus prudent, limitant les risques¹⁴.

Cet effet dissuasif importe en ce qu'il va contraindre l'auteur à modifier, en amont, son comportement afin d'éviter le dommage, renforçant ainsi l'objectif de prévention et l'effectivité de normes préventives.

L'enjeu est d'éviter les fautes les plus graves, et plus encore celles d'entre elles qui sont commises par esprit de lucre : les fautes lucratives ; ainsi que les fautes volontaires, scélérates, celles pour lesquelles l'auteur, ne pouvant ignorer les conséquences de ses actes, a persisté dans sa voie dommageable. Indépendamment du lucre, cette persistance doit être sanctionnée pour moduler, en amont, le comportement des acteurs juridiques. La dissuasion permet ainsi d'éviter les comportements à risque et sert donc un objectif de prévention.

Traditionnellement, la fonction punitive de la responsabilité civile est déjà active dans le droit positif. Elle repose sur la prise en compte de la gravité de la faute du responsable pour aggraver la responsabilité de son auteur.

D'abord, la gravité de la faute prive son auteur de certaines immunités qui l'exonéraient de sa responsabilité.

En outre, le droit positif intègre déjà cette logique en sanctionnant l'auteur des fautes les plus graves et en adaptant la sanction à la gravité de la faute, sur la base du principe de proportionnalité. Cependant, le principe de proportionnalité assurant une certaine progressivité de la sanction à la gravité de la faute n'est pas appliqué systématiquement et reste cantonné à certains domaines du droit.

Ensuite, la gravité de la faute emporte une qualification spécifique de la faute, comme par exemple la faute dolosive, qui va emporter des conséquences fondamentalement liées à cette qualification.

La prise en compte de la gravité achoppe, donc, sur une forme d'effet de seuil : la qualification emporte des conséquences automatiques. Ce faisant, si le droit positif prend en considération la faute pour aggraver sa responsabilité ou réduire son droit à réparation, cette prise en considération n'est pas progressive en fonction de la gravité de

¹² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 793.

¹³ Cf. S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. VINEY, Paris, LGDJ, 1995, coll. « Bibliothèque de droit privé ».

¹⁴ A. TUNC, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique*, *Mélanges offerts à M. Ancel*, t. 1, Paris, Pedone, 1975, p. 407 s.

la faute, elle est binaire (**Partie 1**). Cette dimension binaire doit être dépassée par une application progressive de la sanction assurée par la mise en œuvre du principe de proportionnalité (**Partie 2**).

Ce changement de paradigme quant à la sanction délictuelle est confronté à un enjeu important : l'effectivité de la sanction comme corollaire de l'effectivité des normes transgressées. Cette effectivité doit être garantie par l'office du juge, qui doit avoir un rôle essentiel dans la mise en œuvre des sanctions délictuelles (**Partie 3**).

Partie 1.- L'influence binaire de la gravité de la faute sur la responsabilité de l'auteur

Le droit positif prend effectivement en compte la gravité de la faute de son auteur. Traditionnellement, ce dernier se verra privé tantôt de mécanisme protecteur ou exonérateur (I), tantôt de son indemnisation intégrale lorsque l'auteur est aussi une victime (II).

I.- L'influence de la faute sur l'exonération de responsabilité de son auteur

La personne physique, en raison de ses fonctions, peut bénéficier d'une immunité la protégeant des fautes qu'elle commet dans leur cadre (A). La personne morale, en tant que personne juridique autonome, confère aussi une immunité à certaines de ses parties prenantes en ce qu'elle monopolise la responsabilité en raison de leurs actes (B). Pourtant, les bénéficiaires de cette protection juridique peuvent perdre leur immunité, en raison de la gravité de leur faute. Ce faisant, en prenant en considération la faute des auteurs pour les priver d'une immunité, la responsabilité contient une dimension dissuasive.

A.- La faute de l'auteur exclusive d'immunité civile

La faute prive son auteur de l'immunité qui le protège dans le cadre de ses fonctions¹⁵ ou en raison du cadre de son exercice¹⁶. Dans ce cas, la faute traduit un comportement dont l'objet ou l'excès est incompatible avec les fonctions de son auteur, si bien que la protection que sa profession lui confère n'a plus lieu d'être. Si le salarié bénéficie d'une immunité conférée par son employeur, la personne morale confère à plusieurs parties prenantes des sociétés une forme d'immunité dont leur faute peut les priver.

¹⁵ Conv. de Vienne, 18 avr. 1961, art. 31.

¹⁶ L'immunité judiciaire prévue par l'article 41, alinéa 4, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse dispose que : « *Ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage, ni le compte rendu fidèle fait de bonne foi des débats judiciaires, ni les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux* ». La Cour de cassation lui a toujours reconnu une fonction primordiale : garantir la liberté d'expression et d'argumentation des avocats pour la défense de leurs clients, dans leurs plaidoiries et leurs conclusions. Cf. Cass. crim., 14 novembre 2006, n° 06-83.120, F-P+F, Bull. crim., n° 283 ; Cass. crim., 8 juin 1999, n° 96-82519, PB, Bull. crim., n° 127.

1.- Le salarié fautif est privé de la responsabilité de son employeur

En principe, l'employeur est responsable de plein droit des fautes commises par son salarié¹⁷. Le salarié est donc exonéré de toute responsabilité¹⁸. Si le salarié commet la faute dans le cadre de son travail, le commettant est systématiquement responsable quelle que soit la gravité de la faute du salarié¹⁹. La victime ne peut pas engager la responsabilité personnelle du salarié, pas plus qu'elle ne peut cumuler les deux responsabilités²⁰.

Cependant, la gravité de la faute du salarié va le priver de cette immunité. D'une part, lorsque sa faute est constitutive d'un abus de fonction. Dans ce cas, il a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions²¹.

D'autre part, alors même que le salarié a agi dans le cadre de ses fonctions, la gravité de sa faute le prive de son immunité et fonde sa responsabilité personnelle pour faute. Ainsi, le préposé qui commet une infraction pénale intentionnelle – qu'il soit déjà condamné²² ou non²³ – ou une faute civile intentionnelle²⁴.

Dans la même logique, le préposé, titulaire d'une délégation de pouvoir, est responsable de la faute d'imprudence²⁵ ou de la violation, de façon manifestement délibérée, d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité qu'il a commise²⁶ dans le cadre de ses fonctions.

¹⁷ C. civ., art. 1244 al. 5.

¹⁸ Cass. crim., 27 mai 2014, n° 13-80.849.

¹⁹ Cass. ass. plén., 25 févr. 2000, n° 97-17.378, n° 97-20.152 : Cass. civ. 2^e, 12 mai 2011, FS-P+B, n° 10-20.590, concernant des faits de violence ; Cass. civ. 2^e, 17 mars 2011, n° 10-14.468, Bull. 2011, II, n° 69, concernant des faits de pédophilie ; Cass. crim., 16 févr. 1999, n° 96-86.225, Bull. crim., 1999 n° 23 p. 53, concernant des faits de vol.

²⁰ Cass. civ. 2^e, 28 mai 2009, n° 08-13.310, Bull. 2009, II, n° 128 ; Cass. crim., 27 mai 2014, n° 13-80.849, Bull. crim., 2014, n° 137.

²¹ Cass. civ. 2^e, 12 mai 2011, FS-P+B, n° 10-20.590.

²² Cass. ass. plén., 14 déc. 2001, n° 00-82.066 ; Cass. crim., 11 sept. 2018, n° 16-84.059 ; Cass. crim., 10 avr. 2002, n° 00-82.029, concernant des faits d'escroquerie.

²³ Cass. crim., 7 avr. 2004, n° 03-86.203. En l'espèce, le tribunal, saisi de la seule action civile, a déclaré l'infraction constituée en tous ses éléments et n'a prononcé contre lui aucune condamnation pénale.

²⁴ Cass. civ. 2^e, 20 déc. 2007, n° 07-13.403.

²⁵ Au sens de l'article L. 121-3 du Code pénal : « Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui. 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. »

²⁶ Cass. crim., 28 mars 2006, n° 05-82.975 ; Cass. crim., 12 nov. 2008, n° 08-80.681 ; *adde* CA Douai, 29 nov. 2012, n° 11/04237 ; Cass. crim., 13 mars 2007, n° 06-85.422.

2.- *Les parties prenantes d'une société, fautives, sont privées de l'immunité fondée sur l'autonomie de la personne morale*

En principe, en application de la théorie de la représentation, la personne morale fait écran entre le dirigeant et les tiers²⁷. La personnalité morale autonome d'une société concentre exclusivement la responsabilité liée à son activité. Il existe au profit de ces parties prenantes une forme d'immunité assurée par la société. La société assume la responsabilité, du fait de ses organes comme son représentant légal agissant au nom de la société et dans le cadre de ses fonctions.

Pourtant, lorsque les parties prenantes de cette société – dirigeant, liquidateur, actionnaire – causent un préjudice à raison de leur faute d'une certaine gravité, la personnalité morale de la société s'efface au profit de leur propre personnalité juridique.

D'abord, la chambre sociale de la Cour de cassation a admis, sur le fondement de l'article 1240 du Code civil, que des salariés engagent une action en responsabilité extracontractuelle à l'encontre d'une société qui n'est pas leur employeur si celle-ci a commis des manquements ayant contribué à la dégradation des résultats de leur employeur et aux licenciements qu'ils ont subis²⁸.

Dans la même logique, la responsabilité de la société mère peut être engagée du fait de la perte d'emploi de plusieurs salariés, dès lors qu'elle a commis un ensemble d'agissements préjudiciables à la filiale et imputables à la société mère, qui a privilégié systématiquement son propre intérêt. La faute a ainsi consisté en la contribution de la filiale au groupe, au-delà de ses moyens financiers, au transfert gratuit d'une licence à une autre société du groupe, à une garantie immobilière au profit d'une autre société, vente d'un stock faisant l'objet d'un droit de rétention, factures partiellement acquittées par les autres sociétés du groupe pour les services rendus par la filiale²⁹.

À cet égard, la Cour de cassation fait référence à la seule faute et non pas à la légèreté blâmable³⁰. Il ne peut, en revanche, s'agir « *seulement* » de l'absence de concours de la société mère : son refus de financer à perte un plan sauvegarde de l'emploi (PSE), ou son abstention à mettre en place une stratégie industrielle et commerciale ou une politique de gestion des ressources humaines, de nature à prévenir la dégradation de la situation économique de sa filiale, ne suffisent pas à engager sa responsabilité³¹.

²⁷ F. DANOS, « La réparation du préjudice individuel de l'actionnaire », *RJDA*, 5/2008, chron., n° 29.

²⁸ Cass. soc., 28 sept. 2010, n° 09-41.243 F-D : RJS 12/10, n° 897 ; Cass. soc., 8 juil. 2014, n° 13-15.573 FS-PB et n° 13-15.845 FS-D : RJS 10/14, n° 676 ; Cass. soc., 8 juil. 2014, n° 13-15.470 FS-PB : RJS 10/14, n° 703.

²⁹ Cass. soc., 24 mai 2018, n° 16-18.621, PB. Cass. soc., 24 mai 2018, n° 16-22.881, PB ; Cass. soc., 13 juin 2018, n° 16-25.873, PB.

³⁰ Cass. soc., 8 juil. 2014, n° 13-15.573 FS-PB et n° 13-15.845 FS-D : RJS 10/14, n° 676.

³¹ Cass. soc., 24 mai 2018, n° 16-18.621.

Ensuite, un associé engage sa responsabilité personnelle à l'égard des tiers de la société s'il commet une faute intentionnelle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à sa qualité d'associé³².

Par exemple, la responsabilité délictuelle d'actionnaires majoritaires a pu être engagée en raison du vote d'une augmentation de capital réalisée en fraude des droits des minoritaires³³.

Enfin, à l'égard des tiers, la société est en principe responsable du fait des fautes commises par le dirigeant qui en est le mandataire social et qui la représente. La responsabilité des dirigeants ne peut être engagée que s'ils ont commis une faute séparable de leurs fonctions et qui leur soit imputable personnellement³⁴. Il en est ainsi lorsque le dirigeant commet, intentionnellement, une faute d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales³⁵.

La responsabilité personnelle du dirigeant peut être retenue même s'il n'a pas excédé les limites de ses attributions³⁶.

À défaut d'établir l'existence d'une faute séparable, le tiers ne peut obtenir réparation de son préjudice qu'en agissant en responsabilité contre la société. Seule cette dernière peut être tenue de réparer le dommage causé par elle, du fait, par exemple, de la non-exécution de ses obligations contractuelles³⁷.

Dans ce cas, c'est la particulière gravité de la faute qui prive le dirigeant de l'exonération de sa responsabilité assumée par la société.

B.- La faute de l'auteur exclusive des causes d'exonération

La responsabilité civile délictuelle revêt aussi un caractère dissuasif en ce qu'elle prive l'auteur d'un dommage de cause d'exonération fondée sur la faute de la victime ou sur la force majeure.

³² Cass. com., 18 févr. 2014, n° 12-29.752, Bull. 2014, IV, n° 40.

³³ Cass. com., 30 sept. 2020, n° 18-22.076. J.-F. HAMELIN, « La dilution frauduleuse d'un minoritaire par les majoritaires, comme un parfum d'abus... ? », *LEDC*, déc. 2020, n° 113p4, p. 6 ; E. GUEGAN, « La collusion frauduleuse des actionnaires, source de responsabilité civile », *BJS*, déc. 2020, n° 121p0, p. 22 ; X. LEMARECHAL, « La collusion frauduleuse des associés majoritaires au détriment d'un associé minoritaire constitue une faute engageant leur responsabilité civile », *Gaz. Pal.*, 15 déc. 2020, n° 392q7, p. 75 ; « Apport : caractérisation de la collusion frauduleuse des associés majoritaires au détriment d'un associé minoritaire », *Deffrénois flash*, 21 oct. 2020, n° 158g1, p. 12.

³⁴ Cass. com., 27 janv. 1998, n° 313 : *RJDA*, 5/98 n° 610 ; Cass. com., 12 janv. 1999, n° 91 : *RJDA*, 3/99 n° 301 ; Cass. com., 20 mai 2003, n° 851.

³⁵ Cass. com., 20 mai 2003, n° 851 ; Cass. com., 7 juil. 2004, n° 1158 ; Cass. com., 18 sept. 2019, n° 16-26.962, PB, concernant une faute pénale intentionnelle.

³⁶ Cass. com., 10 fév. 2009, n° 07-20.445 ; Cass. com., 18 juin 2013, n° 12-17.195 ; Cass. com., 10 fév. 2009, n° 07-20.445, F-PB, Sté de gestion Pierre Cardin c/ Lucky : *RJDA*, 5/09, n° 445 ; Cass. com., 18 fév. 2013, n° 12-17.195 F-D, Sté Étoiles de nuit c/ Le Goff : *RJDA*, 12/13, n° 1022.

³⁷ Cass. com., 21 oct. 2008, n° 07-18.310.

1.- La faute inexcusable de l'employeur exclusive de l'exonération à raison de la faute de la victime

Dès lors que l'employeur a commis une faute inexcusable, il ne peut pas se prévaloir de la faute du salarié pour réduire l'indemnisation qui lui est due.

En vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés dans l'entreprise ; le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable³⁸, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver³⁹ et notamment les mesures de prévention nécessaires pour éviter le dommage⁴⁰.

Si le salarié a commis une faute, cela ne fait en aucun cas obstacle à son indemnisation. Ainsi, peu importe que la faute inexcusable commise par l'employeur ait été la cause déterminante de l'accident du travail survenu à un salarié ; il suffit qu'elle en soit une cause nécessaire pour que la responsabilité de l'employeur soit engagée, alors même que d'autres fautes, dont celle de la victime, auraient concouru au dommage⁴¹.

La jurisprudence rappelle, ainsi, que la faute de la victime n'a pas pour effet d'exonérer l'employeur de la responsabilité encourue en raison de sa faute inexcusable, seule la propre faute inexcusable commise par le salarié⁴² – c'est-à-dire une faute d'une exceptionnelle gravité, exposant sans raison son auteur à un danger dont il aurait dû avoir connaissance – pouvant permettre une réduction de la rente et non sa suppression⁴³.

2.- La faute de l'auteur du dommage exclusive de l'exonération fondée sur la force majeure

La jurisprudence prive la SNCF du bénéfice exonératoire de la force majeure, dans la mesure où les manquements en matière de prévention neutralisent le critère d'imprévisibilité permettant de caractériser la force majeure.

³⁸ Au sens de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale.

³⁹ Cass. soc., 28 févr. 2002, n° 99-17201, n° 99-21255, n° 99-18839 : Bull. civ. V, n° 81 ; *Dr. ouvrier*, 2002, p. 166, note F. MEYER ; *D.* 2002, p. 2696, note X. PRETOT ; *Dr. soc.*, 2002, p. 445, note A. LYON CAEN ; et étendue aux accidents du travail Cass. soc., 11 avr. 2002, n° 00-16535, Bull. civ. V, n° 81.

⁴⁰ Cass. civ. 2^e, 8 oct. 2020, n° 18-26.677, PB ; Cass. civ. 2^e, 8 oct. 2020, n° 18-25.021, PB.

⁴¹ Cass. ass. plén., 24 juin 2005, n° 03-30.038, Bull. 2005 Ass. plén. n° 7, p. 16 ; Cass. soc., 31 oct. 2002, *Bull.* 2002, V, n° 336, pourvoi n° 00-18.359 ; Cass. soc., 19 déc. 2002, Bulletin 2002, V, n° 400 (2), p. 394 ; Cass. 2^e civ., 27 janv. 2004, Bulletin 2004, II, n° 25, p. 20.

⁴² Au sens de l'article L. 453-1 du Code de la sécurité sociale.

⁴³ CA Toulouse, 4^e ch. sect. 3 : 6 mars 2020, n° 19/04002 ; 25 oct. 2019, n° 18/02463 ; 5 juill. 2019, n° 18/01501 ; 24 mai 2019, n° 15/05988 ; 28 sept. 2018, n° 16/01588.

La jurisprudence a pu considérer que :

« *Le transporteur est tenu à une obligation de sécurité de résultat envers le voyageur à partir du moment où celui-ci commence à monter dans le véhicule, jusqu'au moment où il achève d'en descendre et ne peut s'en exonérer totalement que par la preuve d'une faute exclusive de la victime présentant les caractères de la force majeure, ou d'un fait imprévisible et irrésistible à l'origine exclusive du dommage.*

Une telle preuve n'est pas rapportée dans l'hypothèse d'un accident survenu à la suite de l'ouverture d'une portière par un tiers, ce qui aurait pu être évité par la mise en place d'un système approprié interdisant cette ouverture pendant la marche du train »⁴⁴.

La Cour de cassation a, à plusieurs reprises, censuré les décisions qui avaient retenu, pour exonérer la SNCF des conséquences d'une chute, qu'un système de fermeture absolue des portières n'était pas exigé par la réglementation⁴⁵ ou qu'il n'était pas démontré que la SNCF avait l'obligation d'installer sur ce type de train un système de verrouillage empêchant l'ouverture des portes avant l'arrêt complet⁴⁶. Un arrêt a même relevé, pour écarter la force majeure, que l'accident « *aurait pu être évité par la mise en place d'un système approprié, interdisant l'ouverture des portières pendant la marche du train* »⁴⁷. Plus généralement, la circonstance qu'une précaution ne soit pas imposée par la réglementation n'est pas de nature à dispenser de la prendre, dès lors que la prudence l'impose⁴⁸.

Cette position de la Cour de cassation est conforme à la logique de la CEDH, qui considère que vu le nombre important et la gravité des manquements aux prescriptions de sécurité observées dans la présente affaire, la Cour n'estime pas que les autorités nationales puissent légitimement se retrancher derrière l'imprudence des victimes. Celles-ci n'ont pas pris les mesures de sécurité les plus élémentaires susceptibles de préserver la vie des proches des requérants. L'État a manqué ainsi à son obligation positive de mettre en œuvre une réglementation visant à protéger la vie des voyageurs⁴⁹.

En somme, le défaut de précaution rend prévisible la survenance du dommage, neutralisant dès lors le critère d'imprévisibilité de la force majeure.

C'est la logique retenue par la jurisprudence en matière de pollution de l'eau.

La réalisation du risque de pollution, engendré par le défaut de mesures jugées trop coûteuses par le fournisseur, était prévisible. La force majeure n'est donc pas constituée.

La Cour de cassation et les juges du fond ont ainsi reconnu la responsabilité des distributeurs d'eau potable pour avoir délivré à un contractant une eau impropre à la

⁴⁴ Cass. civ. 1^{re}, 21 oct. 1997, n° 95-19.136, Bull. 1997 I, n° 288, p. 194.

⁴⁵ Cass. civ. 2^e, 27 févr. 2003, P. JOURDAIN, note D. 2006, 1577 et obs. *RTD civ.*, 2006, 775 ; P. BRUN, obs. D. 2006, Somm. 1933.

⁴⁶ Cass. civ. 2^e, 15 mars 2001, P. JOURDAIN, note D. 2006, 1577.

⁴⁷ Cass. civ. 1^{re}, 21 oct. 1997, *op. cit.*

⁴⁸ V. not. P. JOURDAIN, obs. *RTD civ.*, 2001, 376 ; F. CHABAS, note *Gaz. Pal.*, 2002, p. 1761.

⁴⁹ CEDH (2^e sect.), Aff. Kalender c/ Turquie, 15 décembre 2009, 4314/02.

consommation courante, en raison du taux de nitrates et de pesticides. Dans chacune des affaires, le distributeur d'eau potable invoquait la force majeure comme cause d'exonération de son obligation contractuelle de résultat.

La Cour de cassation constate l'absence d'événement imprévisible et irrésistible constitutif d'un cas de force majeure, le débiteur d'eau potable ayant estimé considérables le coût et l'ampleur des travaux permettant d'assainir l'eau⁵⁰.

II.- L'influence de la faute sur le droit à réparation de son auteur

La gravité de la faute peut influencer sur la fonction réparatrice de la responsabilité, dès lors que la victime commet une faute d'une certaine gravité. La victime fautive se voit tantôt privée d'indemnisation, tantôt sa réparation est réduite.

A.- La gravité de la faute de la victime, cause d'exclusion de son indemnisation

En premier lieu, à titre de sanction de son comportement fautif, le processus d'indemnisation d'un assuré est exclu dès lors qu'il a commis les fautes les plus graves. Ainsi, le droit des assurances exclut le droit à réparation, en cas de faute dolosive. L'assuré se voit privé de son droit à garantie, en cas de faute intentionnelle ou de faute dolosive⁵¹.

D'une part, le comportement qui a pour effet de rendre inéluctable la réalisation du dommage et de faire disparaître l'aléa attaché à la couverture du risque, constitue une faute dolosive excluant la garantie de l'assureur⁵².

D'autre part, la faute intentionnelle implique que l'assuré a voulu non seulement l'action ou l'omission génératrice du dommage, mais encore le dommage lui-même⁵³.

Ce qui est sanctionné est la volonté d'influencer l'aléa attaché à la couverture du risque, en le faisant disparaître ou en le faussant⁵⁴.

⁵⁰ Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2006, n° 03-16.335, Bull. 2006 I, n° 279, p. 244 ; Cass. civ. 2^e, 15 juin 1972, n° 71-10.368, Bull. civ. II, n. 187, p. 151.

⁵¹ L'article L. 113-1 al. 1^{er} du Code des assurances dispose que : « *Les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police* ». L'article L. 113-1 al. 2 du Code des assurances dispose que « *l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré* ».

⁵² Cass. civ. 2^e, 25 oct. 2018, F-P+B, n° 16-23.103 ; Cass. civ. 2^e, 12 sept. 2013, n° 12-24.650 ; Cass. civ. 2^e, 28 fév. 2013, n° 12-12.813 ; Cass. civ. 2^e, 14 juin 2012, n° 11-17.367 ; Cass. civ. 2^e, 30 juin 2011, n° 10-23.004 ; Cass. civ. 2^e, 28 févr. 2013, n° 12-12813, PB : RDC, 2013, p. 1435, note F. LEDUC ; D. BAKOUCHE, « La faute dolosive exclusive de garantie », *Resp. civ. et assur.*, 2013, étude 8, n° 9 ; F. LEDUC, « Faute de l'assuré excluant l'aléa : autonomie de la faute dolosive (suite) », *RDC*, 2014, n° 1105, p. 239.

⁵³ Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 1991, n° 88-18.097, Bull. 1991 I, n° 174, p. 115 ; Cass. civ. 1^{re}, 19 déc. 1989, Bull. 1989, I, n° 395, CA Versailles, 12^e ch., 15 sept. 2015, n° 13/06160. Cass. civ. 1^{re}, 16 juin 1987, n° 84-14.762, Bull. 1987 I, n° 194, p. 143. Cass. civ. 2^e, 18 oct. 2012, n° 11-13084, *Resp. civ. et assur.*, 2013, comm. n° 36, note H. GROUDEL ; *RGDA*, 2013, p. 59, note J.-P. KARILA ; Cass. civ. 1^{re}, 15 janv. 1985, n° 83-14742 : Bull. civ., I, n° 20 : « *Mais attendu que la cour d'appel a justement estimé que, dans une assurance de chose, telle que l'assurance-incendie, la faute intentionnelle devait s'apprécier à l'égard de l'assureur* » ; Cass. civ. 1^{re}, 11 oct. 1994, n° 93-11295 : Bull. civ., I, n° 277.

⁵⁴ Cass. civ. 2^e, 14 juin 2012, n° 11-17.367 ; Cass. civ. 2^e, 30 juin 2011, n° 10-23.004.

Dans la même logique, la victime d'accident de la circulation peut aussi voir son droit à réparation neutralisé par la sanction de sa faute. En effet, la victime non-conductrice est indemnisée des dommages qu'elle a subis, sans que puisse lui être opposée sa propre faute. Cependant, sa faute inexcusable pourra lui être opposée si elle a été la cause exclusive de l'accident⁵⁵. La Cour de cassation la définit comme la « *faute volontaire d'une exceptionnelle gravité exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience* »⁵⁶.

Pour autant, les victimes « *surprivilégiées* »⁵⁷ sont, dans tous les cas, indemnisées des dommages résultant des atteintes à leur personne qu'elles ont subis.

Toutefois, la victime n'est pas indemnisée par l'auteur de l'accident des dommages résultant des atteintes à sa personne, lorsqu'elle a volontairement recherché le dommage qu'elle a subi⁵⁸.

La faute commise par le conducteur du véhicule terrestre à moteur a pour effet de limiter ou d'exclure l'indemnisation des dommages qu'il a subis⁵⁹.

Les juges doivent examiner dans quelle mesure la faute a contribué à l'accident ; car il peut y avoir une faute qui n'a pas contribué à l'accident ; ou bien encore une faute qui y contribue de manière importante. Il faut donc apporter cette nuance dans l'appréciation des faits.

Or, le comportement de l'autre conducteur n'a pas à être pris en compte.

« *Les juges devaient, abstraction faite du comportement de l'autre conducteur dont le véhicule était impliqué dans l'accident, rechercher si le conducteur avait commis une faute qui était de nature à limiter ou à exclure son droit à indemnisation* »⁶⁰.

Ainsi, le fait que le défendeur n'ait commis aucune faute n'implique pas la privation totale et automatique de l'indemnisation du conducteur.

Le juge doit apprécier dans quelle mesure la faute a contribué à la réalisation du dommage « *lorsque plusieurs véhicules sont impliqués dans un accident de la circulation, chaque conducteur a droit à l'indemnisation des dommages qu'il a subis, directement ou par ricochet, sauf s'il a commis une faute ayant contribué à la réalisation de son préjudice ; il appartient alors au juge d'apprécier souverainement si cette faute a pour effet de limiter l'indemnisation ou de l'exclure* ».

⁵⁵ L. n° 85-677, 5 juil. 1985, art. 3, al. 1^{er} ; Cass. civ. 2^{ème}, 28 mars 2019, n° 18-15.168 ; Cass. civ. 2^{ème}, 28 mars 2019, nos 18-14.125 et 18-15.855.

⁵⁶ Cass., ass. plén., 10 nov. 1995, n° 94-13.912.

⁵⁷ Loi n° 85-677, 5 juil. 1985, art. 3, al. 2 : « les victimes surprivilégiées sont âgées de moins de seize ans ou de plus de soixante-dix ans, ou lorsque, quel que soit leur âge, elles sont titulaires, au moment de l'accident, d'un titre leur reconnaissant un taux d'incapacité permanente ou d'invalidité au moins égal à 80 % . »

⁵⁸ *Ibid.*, art. 3, al. 3.

⁵⁹ *Ibid.*, art. 4.

⁶⁰ Cass. civ. 2^e, 11 juil. 2002, n° 00-22445, Cass. crim., 3 mai 2017, n° 16-84485.

La jurisprudence analyse chaque situation, au cas par cas, pour réduire⁶¹ voire supprimer⁶² le droit à réparation du conducteur fautif. La Cour applique le principe de proportionnalité entre la gravité de la faute et le dommage.

Ainsi, la faute de victime peut exclure son indemnisation. Dans une logique binaire, la qualification de telle faute, caractérisée par sa gravité, vient exclure l'indemnisation. Pour autant, cette logique binaire est atténuée lorsque la faute de la victime vient seulement limiter sa réparation.

B.- La faute de la victime, cause de limitation de son indemnisation

Le salarié qui subit un accident résultant de sa faute intentionnelle ou de sa faute inexcusable perd en toute ou partie son indemnisation⁶³.

En matière de transport ferroviaire, la faute du passager d'un train va réduire son droit à réparation.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 11 décembre 2019⁶⁴ considère qu'en application du droit communautaire, la faute de la victime est exonératoire de responsabilité pour le transporteur (la SNCF) dans le cadre d'un trajet national.

Avant l'arrêt du 11 décembre 2019, les juges du fond avaient déjà exonéré le transporteur ferroviaire de sa responsabilité en raison de la faute de la victime⁶⁵. Les juges du fond ont ainsi modulé le droit à réparation de la victime, en fonction de la gravité de la faute ayant concouru à son dommage.

D'une part, les juges du fond avaient exonéré le transporteur, en raison d'une faute d'imprudence et d'inattention de la victime⁶⁶.

La jurisprudence retient la faute d'inattention et le défaut de vigilance manifeste de la victime, qui a chuté en étant dans un état d'imprégnation alcoolique avéré. Les juges ne manquent pas de caractériser le rôle causal important de la faute dans la réalisation de son dommage⁶⁷.

D'autre part, les juges du fond ont pu retenir l'exonération du transporteur en cas de comportement dangereux et déraisonnable de la victime.

⁶¹ Cass. civ. 2^e, 28 mai 2009, n° 08-16672, concernant un excès de vitesse ; Cass. crim., 18 nov. 2014, n° 13-85391, concernant un excès de vitesse et une faute d'inattention par mauvais temps.

⁶² Cass. civ. 2^e, 7 oct. 2010, n° 09-11259, concernant le non-respect d'un panneau cédé le passage ; Cass. civ. 2^e, 9 juill. 2009, n° 08-10483, concernant un dépassement interdit d'une file de voiture à l'arrêt ; Cass. civ. 2^e, 3 sept. 2009, n° 08-18298, concernant un conducteur roulant en sens inverse.

⁶³ Art. 453-1, C. séc. soc.

⁶⁴ Cass. civ. 1^{re}, 11 déc. 2019, n° 18-13.840, PB.

⁶⁵ CA Paris, pôle 2, ch. 3, 25 sept. 2019, n° 17/16119 ; CA Poitiers, 8 avr. 2016, n° 14/04688 ; CA Douai, 3^e ch., 22 juin 2017, n° 16/03119 ; CA Paris, pôle 2, ch. 3, 12 mars 2018 / n° 2018/45, RATP ; CA Versailles, ch. 3, 26 juin 2008, n° 07/05533.

⁶⁶ CA Paris, pôle 2, ch. 3, 25 sept. 2019, n° 17/16119. En l'espèce le transporteur ne démontre pas la faute d'inattention de la victime. CA Poitiers, 8 avr. 2016, n° 14/04688 ; CA Douai, 3^e ch., 22 juin 2017, n° 16/03119 ; CA Paris, 14 sept. 2015, n° 14/07264.

⁶⁷ CA Versailles, ch. 3, 26 juin 2008, n° 07/05533.

La cour d'appel de Paris⁶⁸ a réduit le droit à réparation de la victime en retenant la faute de la victime : le *comportement prohibé et d'une particulière dangerosité caractérise une faute d'imprudance grave*, à savoir tenter de monter dans un train en marche, portes fermées, en état d'alcoolémie important.

Partie 2.- L'influence de la gravité de la faute sur la progressivité de la sanction délictuelle

Le système actuel de responsabilité civile délictuelle est fondé sur le principe de réparation intégrale du dommage.

Ce principe constitue, malgré lui, un plafond aux conséquences pécuniaires de la responsabilité de l'auteur du fait dommageable. Il n'existe pas, en droit civil, de sanction pécuniaire cumulée à la réparation du dommage.

Dès lors, ce principe cantonne le risque auquel s'expose l'auteur en commettant une faute civile, et ce, quelles que soient la nature et la gravité de sa faute.

Le fautif intentionnel sera traité de la même manière que l'auteur d'un quasi-délit.

Il existe donc une rupture d'égalité de l'auteur du dommage qui est sanctionné de la même manière, indépendamment de la gravité de sa faute.

Sans remettre en cause le principe de réparation intégrale du dommage, la mise en œuvre du principe de proportionnalité permettrait d'adapter les conséquences pécuniaires de la faute dues par l'auteur à la gravité de sa faute : d'une part, la sanction plancher reste l'indemnisation intégrale du dommage (I). D'autre part, la sanction peut être aggravée par le recours à des pénalités financières supplémentaires fondées sur la gravité de la faute (II).

I.- Une influence limitée par le principe de réparation intégrale du préjudice

L'influence de la gravité de la faute est fondée sur le principe de proportionnalité. *A priori*, plus la faute sera grave, plus les conséquences pour son auteur seront lourdes (A).

Pourtant, cette logique n'est pas évidente concernant les conséquences pécuniaires du fait dommageable. En effet, dès lors que ces conséquences sont qualifiées d'indemnité, l'application du principe de réparation intégrale du dommage constitue un plafond limitant le jeu du principe de proportionnalité (B).

A.- L'influence de la gravité de la faute fondée sur le principe de proportionnalité

Plus la faute sera grave, plus la peine sera lourde. Le principe de proportionnalité vient assurer l'égalité du responsable quant à la gravité de sa faute. Cette égalité est altérée par le « plafonnement » de l'indemnisation dont bénéficie l'auteur des fautes les plus graves.

⁶⁸ CA Paris, pôle 2, ch. 2, 14 mars 2019, n° 16/02225 ; CA Paris, pôle 2, ch. 3, 12 mars 2018, n° 2018/45 RATP.

L'application du principe de proportionnalité permet de sanctionner le fautif au-delà de la seule réparation du dommage et donc de dépasser ce seuil. L'objectif est de neutraliser l'économie de la faute lucrative spéculative, selon laquelle l'acteur juridique décide de transgresser les normes car cette transgression est rentable pour lui. Dans cette logique, la responsabilité civile revêt un caractère punitif.

En matière d'appréciation de la faute et de ses conséquences, la jurisprudence fait déjà application du principe de proportionnalité pour sanctionner la faute.

D'abord, le principe de proportionnalité⁶⁹ est appliqué pour sanctionner la faute des dirigeants de société en procédure collective⁷⁰. La jurisprudence doit vérifier l'influence de la faute de gestion du dirigeant dans la génération du passif de la société, dans le cadre de l'interdiction de gérer⁷¹ ou de faillite personnelle⁷².

Toutefois, le principe de proportionnalité ne s'applique pas en matière d'action en comblement de passif qui n'est pas considérée comme une sanction⁷³, contrairement à la faillite personnelle⁷⁴.

Pour autant, l'application du principe de proportionnalité s'étend à d'autres domaines du droit dont il était, jusqu'alors, exclu. En droit des biens, l'empiètement réalisé sur l'assiette d'une servitude conventionnelle de passage ne peut être démolit sans rechercher, au préalable, si cette mesure n'est pas disproportionnée au regard du droit au respect du domicile invoqué par son propriétaire⁷⁵. Traditionnellement, que l'auteur de l'empiètement soit de bonne foi ou que l'empiètement soit minime, la jurisprudence fait prévaloir le droit de propriété sur tout autre droit pour ordonner la démolition pour empiètement⁷⁶. La Cour a progressivement assoupli sa position en prenant en

⁶⁹ Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, cons. 22 ; Décision n° 2014-415 DC ; Cons. const., 7 mars 2014, n° 2013-371 QPC ; Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC ; Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-546 QPC ; Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014453_454 QPCET ; Cons. const., 4 déc. 2013, n° 2013-679 DC ; Cons. const., 22 juill. 2016, n° 2016-556 QPC ; Cons. const., 23 nov. 2018, n° 2018-745 QPC ; Cons. const., 1^{er} juill. 2016, n° 2016-550 QPC.

⁷⁰ Décision n° 2016-570 QPC du 29 septembre 2016.

⁷¹ Cass. com., 17 avr. 2019, n° 18-11.685, *RJDA* 8-9/19, n° 584. Aux termes de l'article L. 651-2 du Code de commerce, en cas de liquidation judiciaire d'une personne morale faisant apparaître une insuffisance d'actif, « le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion » ; Cass. com., 14 juin 2017, n° 15-27.851.

⁷² Cass. com., 16 janv. 2019, n° 17-25.778 ; Cass. com., 12 juin 2019, n° 16-25.025 ; Cass. com., 28 févr. 2018, n° 16-27.591 ; Cass. com., 1^{er} déc. 2009, n° 08-17.187, *Bull.* 2009, IV, n° 155.

⁷³ Cass. crim. QPC 11-9-2019 no 19-90.026 F-D. L'action en comblement de passif n'est pas considérée comme une sanction, au sens de l'article 8 de la déclaration des DHC : DC 26 septembre 2014.

⁷⁴ Cons. const., 29 sept. 2016, n° 2016-570 QPC et n° 2016-573 QPC : *RJDA*, 1/17, n° 40.

⁷⁵ Cass. civ. 3^e, 19 déc. 2019, n° 18-25113, FS-PBI. En l'espèce, les propriétaires d'un fonds servant avaient fait construire une maison d'habitation empiétant sur l'assiette d'une servitude de passage. Les propriétaires du fonds dominant, qui bénéficiaient de cette servitude conventionnelle depuis près de trente ans, les ont assignés en démolition de la construction et en suppression de tous les équipements et plantations obérant la servitude.

⁷⁶ Cass. civ. 3^e, 14 mars 1973, n° 72-11752 ; Cass. civ. 3^e, 26 juin 1979, n° 78-10567.

considération l'ampleur de l'empiètement⁷⁷ ou encore ses effets limités⁷⁸ pour écarter une démolition systématique. Ce faisant, la Cour a introduit récemment la nécessité d'opérer un contrôle de proportionnalité en ce domaine⁷⁹.

Si le principe de proportionnalité est appliqué dans certains domaines pour adapter la sanction, le principe de réparation intégrale du dommage vient limiter le jeu de cette proportionnalité.

B.- La limitation de la proportionnalité par le principe de réparation intégrale du dommage

La réparation du préjudice doit effectivement être intégrale c'est-à-dire que la victime doit être replacée dans l'état où elle se serait trouvée si le dommage n'était pas survenu. Il y a donc une équivalence entre le dommage et la réparation. Le responsable doit certes réparer tout le dommage qu'il a causé⁸⁰, mais rien que ce dommage. Ainsi, la victime ne doit pas subir de perte, mais ne doit pas non plus faire de profit par le jeu de la réparation⁸¹.

Ce principe constitue, malgré lui, un plafond aux conséquences pécuniaires de la responsabilité de l'auteur. Il n'existe pas, en droit civil, de sanction pécuniaire supplémentaire à la réparation du dommage.

Dès lors, ce principe cantonne le risque auquel s'expose l'auteur en commettant une faute civile, et ce, quelle que soit sa faute.

Du point de vue de la réparation du dommage, le fautif intentionnel sera sanctionné de la même manière que l'auteur d'un quasi-délit. En conséquence, la « sanction » à laquelle il est exposé, la réparation du dommage causé, n'est pas dissuasive. L'auteur d'une faute grave, voire intentionnelle, n'est absolument pas dissuadé par les conséquences pécuniaires de sa faute puisque l'indemnité qu'il devra payer sera déterminée par l'étendue du préjudice et non par la gravité de sa faute.

Ainsi, le principe de réparation intégrale du dommage est contreproductif. Il protège l'auteur du fait dommageable qui voit les conséquences pécuniaires de sa faute plafonnées.

⁷⁷ Cass. civ. 3^e, 23 juin 2015, n° 14-11870.

⁷⁸ Cass. civ. 3^e, 14 janv. 2016, n° 14-20247.

⁷⁹ Cass. civ. 3^e, 10 nov. 2016, n° 15-25113 ; Cass. civ. 3^e, 19 déc. 2019, n° 18-25113, FS-PBI.

⁸⁰ Cass. civ. 2^e, 20 décembre 1966, N. 979, *D.* 1967, p. 670, note M. LE ROY ; Cass. civ. 2^e, 24 mai 1976, n° 75-10.353, *Bull. civ. II*, n. 174, p. 135. Cass. civ. 3^e, 21 nov. 2019, n° 18-18.826 ; Cass. civ. 3^e, 16 mai 2019, n° 18-14.477 ; Cass. civ. 3^e, 18 avr. 2019, n° 17-26.768.

⁸¹ CA Versailles, 16^e ch., 19 mars 2020, n° 19/05427 suite à Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 2019, n° 18-13.246 ; CA Paris, pôle 2, ch. 2, 12 mars 2020, n° 18/02931 ; Cass. civ. 3^e, 30 janv. 2020, n° 19-10.176, PB ; Cass. civ. 3^e, 23 janv. 2020, n° 18-21.357 ; Cass. crim., 17 déc. 2019, n° 19-80.298 ; Cass. soc., 4 déc. 2019, n° 18-16.937 ; Cass. civ. 3^e, 21 nov. 2019, n° 18-23.081.

C'est d'ailleurs pourquoi les juges du fonds peuvent utiliser leurs pouvoirs souverains⁸² d'appréciation du préjudice pour surévaluer les dommages et intérêts⁸³ afin de prendre en compte la gravité de la faute de l'auteur⁸⁴.

Cette pratique dénature le principe de réparation intégrale du dommage et de sa fonction exclusivement indemnitaire⁸⁵. Il apparaît donc opportun de qualifier les conséquences de la faute de sanction pour quitter le domaine de l'indemnisation⁸⁶. L'avantage est d'appliquer le principe de proportionnalité, sans limite, seul mécanisme à même de dissuader l'auteur du fait dommageable.

II.- Une influence libérée par la mise en œuvre d'une « sanction » délictuelle

Le caractère dissuasif de la fonction punitive de la responsabilité s'infère du libre jeu du principe de proportionnalité qui doit adapter la sanction à la gravité de la faute sans que son amplitude soit entravée.

Dans une logique dissuasive, l'enjeu est alors de reconnaître une sanction délictuelle⁸⁷ qui, cumulativement à l'indemnité, vient sanctionner l'auteur de la faute (A) de manière proportionnelle à la gravité de sa faute (B).

A.- Contours de la sanction délictuelle

L'opportunité de consacrer une sanction délictuelle pour moduler en amont le comportement des acteurs juridiques est évidente tant ses vertus préventives sont réelles. Cette sanction peut prendre deux formes. D'un côté, avant la consécration légale de l'amende légale (2), la jurisprudence a pu étendre le champ d'application de la responsabilité par le recours à la solidarité, dans une logique *a priori* punitive (1).

⁸² Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 1911, DP 1912. 1. 421

⁸³ L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. III, éd. Montchrétien 1960, n° 2365. Les auteurs considèrent que les juges « chiffrent le dommage en pesant la faute ».

⁸⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 3 janvier 2006, 04-11016, concernant l'allocation de 100 000 euros de dommage et intérêt en réparation du préjudice résultat des circonstances d'une rupture de concubinage ; *contra* CA Colmar, ch. 2 b, 8 janv. 2010, n° 07/03468 ; Cass. civ. 2^{ème}, 8 mai 1964, Bull. civ., II, n° 358 : la Cour de cassation sanctionne rarement cette modulation implicite du préjudice (cf. Cass., ass. plén., 26 mars 1999, no 95-20.640, Bull. ass. plén., n°3; *adde* C. COUTANT DE LAPALUS, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, éd. PUAM 2002, p. 428 s. ; S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. Viney, éd. LGDJ 1995, p. 135. ; M.-S. BONDON, *Le principe de réparation intégrale du préjudice, contribution à une réflexion sur l'articulation des fonctions de la responsabilité civile*, éd. PUAM 2020, p. 130.

⁸⁵ *Contra* : B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, éd. LGDJ 1947, p. 423 ; C. COUTANT DE LAPALUS, *ibid.*, n°539 ;

⁸⁶ G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, préf. A. Tunc, éd. LGDJ 1965, n° 225 s. ; L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, th. Dact. Dijon 1904 et Rev. crit. 1906, L. HUGUENEY, « L'idée de la peine privée en droit contemporain, Revue critique de législation et de jurisprudence », 55e année, nouvelle série, tome XXXV, 1906, p. 416 s. et p. 490 s.

⁸⁷ Cf. C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, préf. C. THIBIERGE et P. NOREAU, Paris, Dalloz, 2011, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses ».

1.- Une sanction indirecte par le recours à la solidarité des auteurs

Certes, la condamnation *in solidum* des coresponsables délictuels ayant causé un même dommage est un principe acquis⁸⁸. Mais, dans certains cas, la jurisprudence opte pour une condamnation solidaire des responsables, alors que ni l'origine de la faute, ni le lien de causalité, ni l'intérêt réparatoire de la victime ne le commandent. La jurisprudence prend ainsi le contre-pied du projet de réforme selon lequel les coauteurs responsables de leur fait personnel ne contribuent à la réparation du dommage qu'à concurrence de leurs fautes respectives⁸⁹.

En effet, le recours punitif à la solidarité, notamment en matière de responsabilité civile professionnelle, découle d'une mise en œuvre extensive, sinon forcée, des conditions de la responsabilité du professionnel.

Un arrêt de la première chambre de la Cour de cassation du 9 décembre 2020⁹⁰ vient illustrer cette pratique consistant à condamner solidairement l'ensemble des professionnels intervenus dans une opération de restructuration patrimoniale.

En l'espèce, un avocat conseille à ses clients souhaitant transmettre la nue-propriété des actions qu'ils détiennent dans une société à leurs enfants en bénéficiant de l'exonération de 75 % des droits de mutation à titre gratuit⁹¹. Cette exonération est subordonnée à la modification des statuts qui doivent limiter les droits de vote de l'usufruitier aux décisions portant sur l'affectation du résultat, le reste des prérogatives revenant au nu-propriétaire⁹². Si cette condition avait été transmise par l'avocat en charge de la globalité du dossier dans l'une de ses consultations, le notaire en charge exclusivement de la donation des actions ne l'avait pas rappelée. De plus, les clients avaient souhaité gérer eux-mêmes la modification des statuts.

Or, les clients n'ont jamais modifié les statuts et l'administration fiscale a notifié un redressement à hauteur de l'exonération des droits de mutation indue, faute d'avoir rempli la condition statutaire.

Les clients ont engagé la responsabilité de l'avocat et du notaire et la Cour de cassation, comme la cour d'appel, ont retenu la responsabilité solidaire de l'avocat et du notaire.

Cet arrêt illustre le recours sévère, sinon punitif, à la solidarité et une interprétation très large des conditions de la responsabilité du notaire, pour l'inclure dans le champ de la responsabilité et ainsi assurer sa sanction.

⁸⁸ P. DELEBECQUE et F. J. PANSIER, *Droit des obligations, responsabilité civile, Délit et quasi délit*, Paris, LexisNexis, 2000, p. 273.

⁸⁹ Cf. article 1378 al. 2 de l'avant-projet CATALA et article 1265 issu du projet de réforme du 13 mars 2017 selon lequel « *Si toutes ou certaines d'entre elles ont commis une faute, elles contribuent entre elles à proportion de la gravité et du rôle causal du fait générateur qui leur est imputable (...)* ».

⁹⁰ Cass. civ. 1^{re}, 9 déc. 2020, n° 19-14.016.

⁹¹ CGI, art. 787 B.

⁹² *Ibid.*

En effet, le notaire est sanctionné parce qu'il ne devait instrumenter que la donation (n'étant mandaté que pour cet acte) et ne pas gérer la transmission d'actions dans un cadre fiscal exceptionnel.

D'abord, concernant la faute, il est reproché au notaire le défaut d'information concernant la refonte des statuts. Or, cette condition avait été expliquée au client qui devait finalement s'en charger. Ce faisant, selon la Cour, le notaire aurait dû vérifier l'intégralité des étapes du dossier global, bien au-delà de sa mission, dès lors que les actes accomplis par les parties pouvaient avoir une incidence sur l'acte instrumenté⁹³. D'une part, le notaire devient le censeur des autres conseils et d'autre part, il doit lui-même informer les clients de l'ensemble des conditions, sauf à refuser d'instrumenter⁹⁴.

Ensuite, au niveau du lien de causalité, l'abstention du notaire a un lien causal très ténu, distendu, avec le préjudice subi (le montant réclamé par l'administration). La Cour semble faire application de la théorie de l'équivalence des conditions⁹⁵ pour déceler artificiellement une cause du dommage dans l'intervention du notaire.

Enfin, concernant le préjudice, la responsabilité du notaire n'apporte rien au client dont le préjudice sera intégralement réparé par la mise en œuvre de la responsabilité de l'avocat et de son assureur. Le risque de défaut de l'avocat est nul.

Ainsi, le notaire devient responsable du fait des autres professionnels à l'origine du montage juridique dans lequel il intervient de manière périphérique⁹⁶. Dès lors, la solidarité apparaît comme une démonstration de sévérité à l'égard du notaire, qui aurait

⁹³ Cass. civ. 1^{re}, 14 nov. 2012, n° 11-24726.

⁹⁴ Règl. national du notariat, art. 3. 2. 2. *Adde* Règl. national du notariat, art. 2.

⁹⁵ Cass. civ. 2^e, 2 juin 2005, Bull. civ. II, n° 146 ; *JCP G*, 2006.I.111, n° 6, obs. P. STOFFEL-MUNCK : éboueur contaminé par le virus du sida après s'être piqué en manipulant un sac d'ordures contenant, entre autres déchets d'un cabinet médical, une seringue usagée ; responsabilité du syndicat des copropriétaires de l'immeuble où se situe le cabinet, car si l'éboueur a dû manipuler ce sac, c'est parce qu'il n'était pas dans le bac collectif où il aurait dû être. Le principe vaut aussi pour la responsabilité contractuelle : Cass. com., 16 nov. 2004, no 02-10337, n.p. B. : « le fait qu'un dommage procède d'une pluralité de causes, et non seulement de l'inexécution reprochée au défendeur, ne justifie pas à lui seul l'absence de lien de cause à effet entre le fait générateur de responsabilité et le préjudice subi et, partant, l'exclusion de toute indemnité ».

⁹⁶ Cass. civ. 1^{re}, 3 avr. 2007, n° 06-13304 : Bull. civ. I, n° 143 : « *Attendu que le notaire, tenu professionnellement d'éclairer les parties et de s'assurer de la validité et de l'efficacité des actes qu'il instrumente, ne peut décliner le principe de sa responsabilité en alléguant qu'il n'a fait qu'authentifier l'acte établi par les parties* » ; Cass. civ. 1^{re}, 25 mars 1991, n° 89-21221 : Bull. civ. I, n° 110 : « *Le notaire ne peut décliner le principe de sa responsabilité en alléguant qu'il n'a fait que donner la forme authentique aux opérations conclues par les parties* ». En matière de conseil : Cass. civ. 1^{re}, 28 avr. 2011, n° 10-14809, *D* : RCA, comm. n° 265 ; Cass. civ. 1^{re}, 11 oct. 1966 : *D*. 1967, p. 209 s., note M. ANCEL.

⁹⁶ Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2012, n° 11-18166 : *Gaz. Pal.*, 29 nov. 2012, p. 21, J1617, obs. M. MEKKI ; Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 2011, n° 10-18066 : *Gaz. Pal.*, 9 févr. 2012, p. 23, I8595, obs. M. MEKKI : « qu'il résultait de ses constatations que le notaire avait laissé Mme Y régler directement avec les vendeurs la difficulté liée à la jouissance de l'emplacement de stationnement sans établir lui avoir au moins prodigué les conseils nécessaires à la rédaction d'un acte propre à assurer l'efficacité de ce droit, la cour d'appel a violé l'article 1382 du Code civil ».

⁹⁶ Cass. civ. 1^{re}, 13 déc. 2012, n° 11-19098 : l'omission d'un bien dans une convention définitive homologuée engage la responsabilité du notaire qui n'aurait pas dû se contenter de la déclaration spontanée des parties, mais vérifier le mode de financement du bien litigieux.

pu *a minima* bénéficier d'un partage de responsabilités, en fonction de son degré d'implication dans le dommage.

Cette sévérité vient finalement sanctionner l'obligation de produire un acte efficace⁹⁷, fondée sur l'exigence de sécurité juridique⁹⁸, et le défaut de prévention du notaire qui n'a pas été assez prudent dans l'analyse du dossier.

Pour autant, si la sanction du fautif s'avérait justifiée, ne serait-il pas plus pertinent de lui infliger une sanction directe, plutôt que de dénaturer les conditions de sa responsabilité en vue de sanctionner l'auteur du fait dommageable ?

2.- Une sanction directe par l'amende civile

L'enjeu est dès lors de qualifier de sanction la conséquence pécuniaire mise à la charge de l'auteur fautif du dommage, en plus des dommages-intérêts et d'en déterminer les critères.

a. Une qualification naturelle de sanction

Certains auteurs ont préconisé de qualifier les conséquences pécuniaires, complémentaires des dommages et intérêts, de dommages-intérêts punitifs ou de dommages-intérêts restitutoires consistant à reverser à la victime le gain réalisé par l'auteur de la faute⁹⁹. Cette approche n'est pas pertinente, dans la mesure où, si ces dommages et intérêts sont qualifiés comme tels, ils seront soumis au plafond de la réparation intégrale des dommages.

De plus, du point de vue dissuasif, exposer l'auteur de la faute à une privation de ses gains qu'il devrait restituer à la victime, n'est pas une mesure dissuasive. Le seul risque du fautif est la privation d'un gain illicite. Il ne perd finalement rien. Il n'a donc aucun intérêt, aucune dissuasion à changer de comportement en s'abstenant de commettre une faute.

⁹⁷ Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2016, n° 15-15683, F-PB : D. 2016, p. 1497.

⁹⁸ P. THERY, « L'efficacité de l'acte notarié : forces et faiblesses », *JCP N*, 2012, n° 1249, n° 20 ; T. DOUVILLE, « Refus du notaire d'instrumenter un acte et sécurité juridique : bref état des questions », *LPA*, 30 avril 2015, n° PA201508606, p. 21. – M. LATINA, « Le notaire et la sécurité juridique », *JCP N*, 2010, 1325. De manière générale sur la notion de sécurité juridique : T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, thèse, Univ. Paris II, préf. L. LEVENEUR, Paris, Defrénois, 2009, coll. « Doctorat et Notariat ». – B. TEYSSIE, « L'impératif de sécurité juridique », in *Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer, Le monde du droit*, Paris, Economica, 2008, p. 985 s. – F. POLAUD-DULIAN, « À propos de la sécurité juridique », *RTD civ.*, 2001, p. 487 s. – A. CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », *D.*, 2002, chron., p. 2814 s.

⁹⁹ Cf. S. CARVAL, « L'amende civile », *JCP G* 2016, suppl. au nos 30-35, p. 42 et spéc. nos 15 et s., p. 45 ; R. MESA, « L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », *Recueil Dalloz* 2012 p. 2754.

Au vrai, la nature de sanction d'une conséquence pécuniaire ajoutée à la stricte réparation du préjudice, s'évince notamment de la jurisprudence de la Cour EDH et du Conseil constitutionnel, rendue en matière d'amende civile¹⁰⁰.

Pour appliquer le principe du procès équitable et ses émanations, la Cour intègre dans le domaine des « *accusations en matière pénale* », les amendes civiles en raison de la sévérité de la sanction encourue par l'auteur de la norme transgressée. Il doit s'agir notamment d'une amende infligée par une autorité administrative, ayant un but préventif et répressif¹⁰¹. Le critère de la sévérité est notamment retenu en matière d'amende pour pratique anticoncurrentielle¹⁰² et en matière fiscale¹⁰³.

Pour autant, la qualification de sanction relevant de la « *matière pénale* »¹⁰⁴ n'est pas évidente car elle suppose la défense d'un intérêt général¹⁰⁵. Or, le contentieux de la responsabilité oppose principalement des intérêts particuliers sauf peut être en cas de recours collectif¹⁰⁶.

Les sanctions sont déjà applicables en droit positif, notamment en matière procédurale, pour sanctionner les procédures abusives¹⁰⁷ ou en matière de secret des

¹⁰⁰ Cons. const., 23 mars 2017, n° 2017-7 portant sur la Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre ; Cons. const., 18 mai 2016, n° 2016-542 : *RJDA*, 8-9/16 n° 649.

¹⁰¹ Cour EDH, 21 février 1984, Öztürk c/ Allemagne : série A, n° 73.

¹⁰² Cons. const., 18 mai 2016, n° 2016-542 : *RJDA*, 8-9/16, n° 649.

¹⁰³ Cour EDH, 24 février 1994, n° 3/1993/398/476, aff. Bendenoun c/ France : *RJF*, 4/94 n° 503 ; *JCP* 1995, II, 22372, note S. FROMMEL ; Cour EDH, 3 juin 2003, Morel c/France : *RJF*, 11/03, n° 1337.

¹⁰⁴ C. GRARE-DIDIER, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, l'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, 2005, Dalloz, p. 387, n° 514.

¹⁰⁵ M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, éd. LGDJ 2004, n°27 s.

¹⁰⁶ *Ibid.* n° 34.

¹⁰⁷ CPC, art. 32-1 : « Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 10 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés. » Cf. aussi les articles 32-1, 207, 295, 305, 559, 581, 628, 1180-19 et 1216 du Code de procédure civile, R. 121-22 et R. 213-8 du Code des procédures civiles d'exécution et R. 3252-25 du Code du travail. Le juge civil est autorisé, dans des situations très ponctuelles et prévues par des dispositions spécifiques, à condamner à des peines d'amende les parties à un procès. Le champ d'application de ces sanctions est actuellement circonscrit, puisque celles-ci ne concernent que les condamnations pécuniaires, fixées par le juge au cours d'un procès civil, contre celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive. Ce type de sanction financière peut ainsi être prononcé tant devant le tribunal d'instance ou le tribunal de grande instance (article 32-1 du CPC) que devant la cour d'appel (article 559 du CPC) ou la Cour de cassation (article 628 du CPC). Ces sanctions, qui relèvent du Code de procédure civile, sont établies par le pouvoir réglementaire. T. prox. Nogent-sur-Marne, 5 juin 2020, 287/2020.

affaires¹⁰⁸, en droit de la propriété intellectuelle pour sanctionner la contrefaçon¹⁰⁹, en droit de la concurrence¹¹⁰, en droit douanier¹¹¹ et en droit fiscal¹¹².

L'évolution du droit traduit d'ailleurs un renforcement de leur quantum. Le décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile porte de 3 000 à 10 000 euros le montant maximal des amendes civiles¹¹³.

Cette logique est poursuivie dans le domaine de la responsabilité délictuelle, selon le projet de loi du 13 mars 2017 proposant d'instituer une amende civile en cas de faute lucrative.

Ainsi, la sanction délictuelle, source de dissuasion, est intégrée dans le droit. Il reste nécessaire, au-delà du principe, d'en déterminer les critères d'appréciation en poursuivant la logique retenue en droit de la concurrence.

b. Critères d'appréciation

Préalablement, l'amende civile étant qualifiée de sanction, elle doit être conforme au principe de légalité des peines. Ce principe impose que la sanction soit définie en des termes suffisamment clairs et précis, pour que le déclenchement de la répression puisse être prévisible¹¹⁴.

Dans cette logique, l'amende civile vient sanctionner une faute¹¹⁵. D'une part, il s'agit de la faute lucrative « *qui est commise avec l'intention de procurer à son auteur un profit*

¹⁰⁸ C. com, art. L. 152-8 : « Toute personne physique ou morale qui agit de manière dilatoire ou abusive (en matière de protection du secret des affaires) peut être condamnée au paiement d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 20 % du montant de la demande de dommages et intérêts. En l'absence de demande de dommages et intérêts, le montant de l'amende civile ne peut excéder 60 000 €. L'amende civile peut être prononcée sans préjudice de l'octroi de dommages et intérêts à la partie victime de la procédure dilatoire ou abusive ».

¹⁰⁹ CPI, art. L. 614-12 et 613-25 in fine selon lesquels « La partie qui, lors d'une même instance, procède à plusieurs limitations de son brevet de manière dilatoire ou abusive peut être condamnée à une amende civile d'un montant maximum de 3 000 euros, sans préjudice de dommages et intérêts qui seraient réclamés. » ; T. AZZI, « La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, présentation générale », *D.* 2008, p. 700. Cf. C. CARON (dir.), « L'évaluation du préjudice de la contrefaçon », *Cah. dr. entr.*, 2007, n° 4, études n°s 20 à 28.

¹¹⁰ Cass. com., 12 févr. 2020, n° 17-31614, PBRI, *JCP G*, 2020, 792, n. V. REBEYROL ; *RDC*, juin 2020, p. 36, obs. S. PELLET ; *Contrats, conc. consom.*, 2020, comm. 62, n. M. MALAURIE-VIGNAL ; *ibid.*, comm. 35, n. S. BERNHEIM-DEVAUX.

¹¹¹ C. Douanes, art. 414 prévoyant une amende comprise en une et deux fois la valeur de l'objet de la fraude ; art. 465 en matière de transfert de capitaux.

¹¹² CGI, art. 1759 à titre d'exemple.

¹¹³ *D.* n° 2017-892, 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile validé par CE, 6^e et 5^e ch. réunies, 24 avril 2019, n° 412271.

¹¹⁴ Cons. const., 23 mars 2017, n° 2017-7 portant sur la Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Cons. const., 8 décembre 2016, n° 2016-741 portant sur la Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ; Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC, à propos de l'article L. 442-6, I, 2, du Code de commerce.

¹¹⁵ A. GARAUD, « La faute lucrative et sa sanction, ou l'ombre pénaliste sur les effets de la responsabilité civile », *LPA* 16 janv. 2017, n° 123b5, p. 5 ; M. ATTAL, « Le droit français est-il devenu favorable aux

supérieur à la somme que représentait la réparation du dommage subi par la victime et qui a effectivement engendré ce profit »¹¹⁶.

C'est sur la base de cette définition que le projet de réforme du 13 mars 2017 propose la mise en œuvre d'une amende civile, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie. Le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public, et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile¹¹⁷.

D'autre part, dans une logique dissuasive, il est trop réducteur de limiter l'amende à la faute ayant généré un gain pécuniaire illégitime. Il convient d'étendre les amendes aux fautes scélérates, c'est-à-dire celles dont l'auteur, indépendamment de son esprit de lucre, ne pouvant ignorer les conséquences de ses actes, a persisté dans sa voie dommageable.

Ces fautes reposent à la fois sur un critère objectif à savoir l'avantage procurer par la faute et sur un critère subjectif¹¹⁸ découlant du caractère délibéré de la faute¹¹⁹. Ces critères sont alternatifs pour étendre le pouvoir d'appréciation du juge¹²⁰ et ainsi renforcer le caractère dissuasif de la sanction.

dommages et intérêts punitifs ? », *Dr. et patr.*, juill.-août 2011. 42 ; G. VINEY, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *D.* 2009. 2944

¹¹⁶ G. VINEY, « L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile », *D.* 2016. 1378 ; N. FOURNIER DE CROUY, *La faute lucrative*, éd. Economica 2018, p. 192 s. ; N. FOURNIER DE CROUY, « Consécration de la faute lucrative en droit commun : pourquoi ne dit-elle pas son nom ? Regard porté sur la constitutionnalité et l'efficacité de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile », *LPA* 8 nov. 2017, n° 128f3, p. 5 ; P. JOURDAIN, « Rapport introductif », in « Faut-il moraliser le droit français de réparation du dommage ? », colloque M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *LPA* 20 nov. 2002, p. 3 ; S. CARVAL, « L'amende civile », *JCP G* 2016, numéro spécial, p. 42 ; N. RIAS, « L'amende civile : une fausse bonne idée ? », *D.* 2016. Point de vue 2072 ; E. DREYER, « L'amende civile, concurrente de l'amende pénale ? », *JCP E* 2017. Étude ; E. DREYER, « La sanction de la faute lucrative par l'amende civile. Article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile », *D.* 2017. Chron. 1136 ; E. DREYER, « La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée », *JCP G* 2008, doct. 201 ; D. FASQUELLE, « L'existence de fautes lucratives en droit français », *LPA* 20 nov. 2002, p. 27 ; D. FASQUELLE et R. MESA, « Les fautes lucratives et les assurances de dommages », *RGDA* 2005. 351.

¹¹⁷ Projet d'Article 1266-1 du Code civil, issu du projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017. Le projet de loi plafonne l'amende, qui ne peut être supérieure au décuple du montant du profit réalisé. Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes le plus élevé, réalisé en France au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise. Afin de contrer toute logique spéculative de la victime, cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation, en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public. Elle n'est pas assurable. Cf. S. CARVAL, « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile », *JCP G* 2017, n° 15, 401.

¹¹⁸ *Contra* G. DE MONCUIT DE BOISCUILLE, *La faute lucrative en droit de la concurrence*, préf. M. Chagny, éd. Concurrences 2020, n° 1011.

¹¹⁹ L. SICHEL, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, th. dact Paris I, 2012, p. 187, n° 134 : « La démarche délibérée et consciente de l'auteur d'une faute lucrative » ; R. MESA, « La consécration d'une responsabilité civile punitive : une solution au problème des fautes lucratives ? », *Gaz. Pal.* 21 nov. 2009, p. 15 ; R. MESA, *Les fautes lucratives en droit privé*, Thèse dact. université du Littoral-Côte d'Opale, 2006.

¹²⁰ P. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, Dalloz, 2e éd., 1976, no 38.

Ainsi, dans une logique de dissuasion et donc de prévention, il convient de consacrer l'existence d'une sanction délictuelle qui doit être proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur et aux profits qu'il en aura retirés. L'intérêt de cette sanction est d'être progressive, afin de rompre avec la logique binaire en vigueur actuellement.

B.- Mise en œuvre proportionnelle de la sanction

L'intérêt de l'amende civile est de dé plafonner le montant des conséquences pécuniaires d'un dommage limité par le principe de réparation intégrale du dommage. La sanction doit donc être proportionnelle à la gravité de la faute.

Le projet de loi du 13 mars 2017 s'inscrit, en partie, dans cette logique. D'un côté, il prévoit des amendes civiles qui pourront s'ajouter aux dommages et intérêts payés par l'auteur du dommage. De l'autre, le projet prévoit une sanction proportionnelle d'emblée plafonnée. Ce plafond est critiquable en son principe, car il impose une limite à l'amende (même si elle semble importante) et donc au jeu de la proportionnalité. Pour autant, le mécanisme prévu dans le projet fait écho notamment aux amendes civiles infligées par l'Autorité de la concurrence pour sanctionner les pratiques anticoncurrentielles¹²¹.

Dans la logique appliquée par l'Autorité de la concurrence, le législateur pourrait préciser les modalités de détermination de cette amende.

D'une part, la détermination de l'amende doit découler d'une analyse globale de la situation en cause, afin d'individualiser la sanction. Une telle exigence est imposée par le principe de personnalité des peines. Cette analyse se fait *in concreto* pour prendre en considération chaque affaire dont l'importance et la nature peuvent largement varier. Il est exclu d'appliquer un barème automatique.

D'autre part, il convient de définir les critères de détermination de la sanction¹²². D'abord, la gravité des faits et en particulier de la faute commise doit être prise en compte ainsi que l'importance du dommage causé. À cet égard, il ne s'agit pas de se

¹²¹ Art. L. 464-2, C. com. Les sanctions pécuniaires 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 présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné, et de façon motivée pour chaque sanction. L'Autorité de la concurrence peut décider de réduire le montant de la sanction pécuniaire infligée à une entreprise ou à un organisme, lorsque cette entreprise ou cet organisme a, en cours de procédure devant l'Autorité, versé à la victime de la ou des pratiques anticoncurrentielles sanctionnées une indemnité due en exécution d'une transaction, au sens de l'article 2044 du Code civil. Communiqué de l'Autorité de la concurrence du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires ; C. ZOLINSKI, LEDC, sept. 2011, n° EDCO-111126-11108, p. 3 ; Cass. com., 12 févr. 2020, no 17-31614.

¹²² Cf. Aut. Conc., Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires. Cass. com., 22 nov. 2016, n° 14-28.224 sur le caractère normatif de ce communiqué.

cantonner au profit réalisé par l'auteur¹²³ : il convient de prendre en considération la totalité des conséquences de la faute, l'ensemble des perturbations causées. Par exemple, en matière de contrefaçon, le dommage peut dépasser largement le cadre du litige.

De plus, la situation de l'auteur de la faute doit être appréhendée comme en matière de clause pénale, afin d'évaluer sa capacité contributive et d'intégrer les circonstances aggravantes ou atténuantes.

Enfin, l'éventuelle réitération du comportement fautif par son auteur¹²⁴ doit être prise en compte.

Au-delà de la sanction et de sa fonction dissuasive sur l'auteur potentiel d'un dommage, son existence peut avoir un impact décisif sur l'issue d'un litige en cours, en incitant les parties à transiger. L'auteur du fait dommageable, conscient du risque pécuniaire induit par sa condamnation à une amende, sera incité à éviter le contentieux, en privilégiant une issue amiable, cette issue étant la seule à même de réduire son risque.

Cette dissuasion est accentuée par les conditions de recours contre la décision qui prononcerait la sanction délictuelle. D'abord, le prononcé de l'exécution provisoire du jugement imposera au fautif condamné de payer l'amende, même en cas d'appel¹²⁵. Ensuite, son appel et ses perspectives de réformation du jugement ayant notamment prononcé l'amende, supposent l'exécution préalable du jugement attaqué à peine de voir son appel radié¹²⁶. Le jugement doit impérativement être exécuté dans les deux ans, sous peine de voir l'instance s'éteindre par le jeu de la péremption¹²⁷.

La combinaison de ses règles procédurales donne d'autant plus de vigueur au jugement infligeant l'amende et, ce faisant, au caractère dissuasif de la sanction délictuelle. Le fautif condamné à une amende civile ne peut donc pas espérer échapper au paiement de l'amende, le temps d'avoir épuisé ses voies de recours.

¹²³ Cass. com., 12 févr. 2020, n° 17-31.614, PB, obs. J. TRAUILLÉ, « *L'approche renouvelée de l'évaluation du dommage causé par une concurrence déloyale* », *Gaz. Pal.* 21 avr. 2020, n° 37777, p. 36 ; *Contra* G. DE MONCUIT DE BOISCUILLE, *op. cit.*, n°158 soulignant le caractère déterminant du surprofit illicite généré par les pratiques anticoncurrentielles dans la détermination de l'amende.

¹²⁴ CA Paris, 20 décembre 2018, no 17/01304 ; Cass. com., 27 septembre 2017, n° 15-20.087.

¹²⁵ Cpc, art. 515.

¹²⁶ Cpc, art. 524. I. Cass. civ. 2^e, 19 nov. 2020, FS-P+B+I, n° 19-25.100. – DESPRÈS et A. PIC, « Les perturbations du lien d'instance (interruption, radiation, péremption, caducité) », in L. FLISE, E. JEULAND (dir.), *Du lien d'instance aux liens processuels 1975-2015, Actes des 6e rencontres de Procédure civile*, Paris, IRJS Éditions, 2016, p. 55 s., p. 70. – *Adde* Cass. civ. 2^e, 16 mars 2000, no 97-21.029, Bull. civ. II, no 47. – *D.* 2000. 128 ; *RTD civ.*, 2000, 398, obs. R. PERROT. – *Procédures 2000.* Comm. 117, obs. R. PERROT. – J. BEAUCHARD, « La relativité du dilatoire », *Mélanges en l'honneur de Jacques Héron*, Paris, LGDJ, 2009, p. 101 s., spéc. p. 108. – J. HERON, T. LE BARS et K. SALHI, *Droit judiciaire privé*, 7^e éd., Paris, LGDJ, 2019, no 1193, p. 973.

¹²⁷ CPC, art. 383, al. 2 et art. 386. Sauf si l'appelant réalise un acte explicite ou sans équivoque traduisant la volonté d'exécuter la décision attaquée (C. pr. civ., art. 524, al. 7 ; art. 1009-2, al. 1er).

Partie 3.- Vers un office régulateur du juge

L'enjeu est de conférer au juge, en charge du contentieux principal, un rôle régulateur fondé sur l'appréhension des fautes qu'il constate.

Par le prononcé de cette sanction, le juge a le pouvoir d'impacter les acteurs juridiques. Le fautif s'exposant à une sanction dépassant la seule réparation du dommage, il doit en être dissuadé.

Ce faisant, le juge civil contribue, par son pouvoir répressif, à modifier *a priori* le comportement des acteurs juridiques. Il a donc une fonction régulatrice et préventive.

Le juge doit être la pierre angulaire de la mise en œuvre de la sanction délictuelle dont l'initiative ne peut pas être réservée à certaines parties. Le rôle du juge garantit l'effectivité de la norme par l'application de la sanction. Ce faisant, le juge, pour devenir cette pierre angulaire de la sanction délictuelle, doit pouvoir s'auto-saisir dans le cadre des affaires qu'il doit juger (I). Cette auto-saisine doit, néanmoins, être encadrée pour respecter les règles du droit processuel (II).

I.- La nécessité de conférer au juge, en charge du contentieux principal, la faculté de s'auto-saisir afin de prononcer une amende civile

Concernant l'amende civile, l'enjeu porte sur son effectivité, et donc sa capacité dissuasive. D'emblée, le projet de réforme limite la portée de l'amende par une limitation du nombre de titulaires de la qualité à agir (A). C'est pourquoi il importe de conférer au juge la faculté de s'auto-saisir pour neutraliser les obstacles préalables (B).

A.- Une alternative à la fragilité des titulaires de la qualité à agir

L'amende civile est un levier juridique punitif renforçant la force dissuasive de la responsabilité. Pour autant, tout dépend de ceux qui ont qualité pour la demander.

Le projet de réforme du 13 mars 2017 réserve la possibilité de demander la condamnation de l'auteur de la faute à une amende civile à la victime et au Procureur de la République.

D'une part, certains auteurs se sont inquiétés de l'impact, sur l'application des amendes, de la démotivation des victimes qui ne bénéficieraient pas *in fine* de l'amende, dévolue à la solidarité nationale¹²⁸. Cette affectation n'a pas d'impact. En effet, la victime a déjà engagé une procédure pour obtenir réparation de son préjudice. La demande d'amende civile n'est qu'un volet complémentaire du même dossier qu'elle aura constitué pour prouver la faute de l'auteur et l'étendue de son préjudice. De plus, la

¹²⁸ M.-A. CHARDEAUX, « L'amende civile », *LPA*, 30 janvier 2018, n° 22, p. 6.

demande d'amende civile peut constituer une opportunité procédurale pour la victime, en ce que le risque de condamnation potentiel du fautif pourra l'inciter à transiger¹²⁹.

D'autre part, concernant la qualité à agir du Procureur, cette voie semble théorique et marginale quant à la question de l'amende civile.

Soit le contentieux de la responsabilité en cause est déjà le pendant d'un procès pénal et la faute en cause revêt un caractère pénal (violation de la vie privée, contrefaçon). Le procureur est donc déjà partie au litige. Il requerra alors la condamnation du prévenu à une sanction pénale *stricto sensu*. La question de l'amende civile perd, dès lors, sa pertinence.

Soit ce n'est pas le cas, car le dossier revêt exclusivement un caractère civil. Le parquet refusera de s'en saisir, faute de caractère pénal¹³⁰.

Dans tous les cas, si le dossier civil recèle, à l'examen du juge, un volet pénal, le juge devra transmettre le dossier au parquet¹³¹ si la victime n'a pas déjà actionné la justice pénale.

Ainsi, la mise en œuvre de l'amende civile se heurte à un hiatus entre les initiateurs pressentis poursuivant des intérêts privés différant du caractère civil de l'action et la vocation régulatrice de l'amende qui doit poursuivre, dans une certaine mesure, l'intérêt général.

B.- Une auto-saisine cohérente avec le renforcement de l'office du juge

Le juge doit avoir un rôle central dans la mise en œuvre des amendes civiles.

Ce pouvoir d'infliger une amende civile à l'auteur du dommage doit faire partie de l'office du juge. Si le pouvoir de prononcer la sanction lui est dévolu, encore faut-il qu'il puisse se saisir lui-même, de manière autonome, dans le cadre d'un relevé d'office.

Si les victimes ne demandent pas l'application de cette amende, ou si le parquet n'intervient pas, le juge doit pouvoir de manière autonome la prononcer. Cette autonomie de l'office du juge est une condition essentielle de la force dissuasive de la responsabilité civile et de ses conséquences. Au-delà, elle conditionne la fonction régulatoire du juge pour assainir les pratiques des acteurs juridiques et modifier *a priori* leurs comportements.

¹²⁹ Cf. *supra*.

¹³⁰ Cf. C. proc. pén., art. 31, 35 al. 2, 39-1, 39-2.

¹³¹ C. proc. pén., art. 40 : « Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit, est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs. »

Ce faisant, il convient de se demander si le juge, en l'état du droit positif, peut d'office infliger une amende civile dans le cadre d'un contentieux de la responsabilité qu'il aurait à juger.

La réponse n'apparaît pas d'emblée positive, mais le renforcement de l'office du juge rend cette proposition cohérente avec l'évolution du droit positif.

Cette question de l'office du juge est complexe, en raison de l'application simultanée de plusieurs principes directeurs du procès. D'un côté, le « *principe dispositif* » donne aux parties la maîtrise de la matière du procès. L'objet du litige est déterminé par les prétentions des parties¹³². Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé¹³³. Et le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat¹³⁴. D'un autre côté, le juge a la maîtrise du droit et de la qualification juridique des actes et des faits en cause¹³⁵.

Ainsi, en principe, le juge doit-il statuer en droit et appliquer au litige soumis à son examen la règle juridique appropriée et rechercher, si nécessaire, quelle a été la volonté réelle des parties pour, en cas d'erreur, leur donner la formulation adéquate¹³⁶.

Par exception, en matière procédurale, le juge doit relever d'office les fins de non-recevoir et les exceptions de nullité si elles ont un caractère d'ordre public. Dans d'autres cas, en matière de fins de non-recevoir, le juge ne dispose que d'une simple faculté.

Dans ce cadre, l'office du juge, le champ du relevé d'office, apparaît nettement circonscrit, *a fortiori* s'agissant d'une question de droit mélangée de faits, même s'il tend à se renforcer, comme en témoigne la requalification des faits.

Certes, l'assemblée plénière de la Cour de Cassation a estimé que, mis à part les cas où la loi lui fait l'obligation de relever d'office un moyen de droit non expressément invoqué par les parties, le juge n'était pas tenu de le faire¹³⁷.

Le juge du fond a simplement la faculté, et non l'obligation, de requalifier ou de relever d'office les moyens mélangés de fait et de droit s'il doit, pour ce faire, prendre en considération des faits non expressément invoqués par les parties, alors que ces dernières ont exactement indiqué le fondement juridique de leur demande. Cette hypothèse est la plus pertinente concernant les amendes civiles dont le prononcé nécessite une analyse plus large des faits du litige.

Le projet de réforme du 13 mars 2017¹³⁸ préconise un renforcement de l'office du juge, qui aurait l'obligation, sauf dispositions contraires, de relever le moyen de droit,

¹³² CPC, art. 4.

¹³³ CPC, art. 5.

¹³⁴ CPC, art. 7.

¹³⁵ CPC, art. 12 et 7.

¹³⁶ M. DE GOUTTES, avis concernant l'arrêt du 21 décembre 2007.

¹³⁷ Cass. Ass. Plén., 21 décembre 2007, n° 06-11.343.

¹³⁸ Projet de réforme du 13 mars 2017, proposition 24 ; C. CHAINAIS, F. FERRAND et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 33^e éd., Paris, Dalloz, 2016, coll. « Précis », n° 562 s. ; J. HÉRON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 6^e éd., Paris, Lextenso, 2015, coll. « Précis Domat », n° 286.

qu'il soit d'ordre public ou non. Il n'aurait qu'une faculté en cas de moyens mélangés de droit et de fait.

Ainsi, le juge peut dans une certaine mesure requalifier les faits. Pour autant, ce relevé d'office est-il compatible avec la décision de prononcer une amende civile non demandée par une partie au procès ?

À cet égard, il y a un certain décalage entre le relevé d'office du juge et le prononcé d'une amende civile. Cette question constitue à la fois un moyen de droit – l'amende civile serait inscrite dans la loi – et de fait dont une partie n'aurait pas été spécialement évoquée dans le cadre du contentieux de la réparation. En effet, les faits analysés par le juge ont un contour plus large que celui développé par les parties dans le cadre de leur litige originel. De plus, l'enjeu n'est pas de requalifier, mais d'ajouter une nouvelle conséquence judiciaire au litige à travers le prononcé d'une amende.

Il y a là une limite à l'office du juge justifiant la modification de la loi, en introduisant expressément cette possibilité dans la loi.

II.- L'encadrement de l'auto-saisine du juge

En amont, l'auto-saisine du juge en vue de prononcer une amende civile implique une modification de la loi. Cependant, le caractère de sanction de l'amende civile implique des aménagements sur sa mise en œuvre pour assurer le respect de certains droits fondamentaux.

A.- La nécessité de consacrer légalement l'auto-saisine du juge dans le cadre d'un relevé d'office

Il apparaît donc nécessaire de permettre au juge de prononcer d'office une amende civile, si les faits qui lui sont soumis le justifient, et de lui conférer légalement cette faculté.

D'une part, l'ordre public constitue le fondement de l'auto-saisine. Le relevé d'office en matière d'amende est renforcé par son ancrage dans l'ordre public. Les règles d'ordre public sont celles auxquelles les parties ne peuvent déroger par un acte privé.

Le juge a l'obligation de les faire respecter. Si cette obligation est naturelle concernant l'ordre public¹³⁹, elle l'est de plus en plus concernant l'ordre public de protection. En effet, particulièrement en matière d'amende civile, l'ancrage de cette faculté de prononcer une amende dans l'ordre public s'infère d'abord du principe de proportionnalité de la sanction pécuniaire, qui fait partie de l'ordre public et s'impose donc au juge¹⁴⁰.

¹³⁹ Cass. civ. 2^e ch., 2 décembre 1992 ; Cass. civ. 2^e ch., 10 mars 1993, *RTD civ.*, 1993 – 889 obs. PERROT.

¹⁴⁰ C. CHAINAIS, F. FERRAND et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 2016, n° 580, p. 442 ; L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Paris, LexisNexis, 2016, n° 542, p. 467.

Le principe de proportionnalité de la sanction pécuniaire au regard du patrimoine du débiteur, ou par rapport au montant de la condamnation principale du débiteur, fait partie de l'ordre public international français. À cet égard, la Cour de cassation a estimé que le jugement américain liquidant une astreinte à hauteur de plus de 13 millions de dollars n'était pas contraire aux droits fondamentaux dès lors que le débiteur poursuivi devant les juridictions civiles américaines, pour des infractions à la législation boursière, était soupçonné d'avoir détourné environ 200 millions de dollars¹⁴¹. Ce principe de proportionnalité a également été mis en œuvre par la Cour de cassation dans une décision du 1^{er} décembre 2010¹⁴², qui a estimé que les dommages-intérêts punitifs ne sont pas, en principe, contraires à l'ordre public, à la condition qu'ils soient proportionnés au préjudice subi. Par ailleurs, la Cour de cassation a censuré une cour d'appel qui n'avait pas répondu à la partie soutenant que les condamnations étaient disproportionnées au regard du préjudice subi par le créancier, et contraires au principe de la personnalité des peines et de la personnalité juridique distincte des personnes physiques et des personnes morales¹⁴³.

Dans le sens du renforcement de l'office du juge, la jurisprudence a aussi évolué, en considérant que « *si le juge n'a pas, sauf règles particulières, l'obligation de changer le fondement juridique des demandes, il est tenu, lorsque les faits dont il est saisi le justifient, de faire application des règles d'ordre public issues du droit de l'Union européenne, telle la responsabilité du fait des produits défectueux* »¹⁴⁴.

Plus généralement, il ressort de la jurisprudence que le juge doit relever d'office les moyens tirés d'une violation de l'ordre public communautaire¹⁴⁵. Ainsi, l'ancrage de l'amende civile dans la notion d'ordre public va dans le sens de l'auto-saisine du juge. Pour autant, afin de lever toute ambiguïté et de donner une base normative claire au juge pour prononcer une amende civile, une modification de la loi apparaît opportune.

La loi doit prévoir le pouvoir du juge de s'auto-saisir pour infliger une amende civile. En effet, le législateur gagnerait à intégrer dans la loi portant sur l'amende civile en matière délictuelle, la faculté du juge de prononcer d'office une amende civile si les critères d'application sont réunis et d'ordonner, le cas échéant, des mesures d'instruction afin de compléter les éléments issus du dossier judiciaire soumis au contradictoire¹⁴⁶.

En ce sens, le droit positif a évolué en matière de clauses abusives. Le juge doit écarter d'office l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments

¹⁴¹ Cass. civ. 1^{re}, 28 janvier 2009, n° 07-11.729, Bull. 2009, I, n° 15, JDI 2009, comm. 17 par F. MARCHADIER.

¹⁴² Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 2010, n° 09-13.303, Bull. 2010, I, n° 248.

¹⁴³ Cass. civ. 1^{re}, 7 nov. 2012, n° 11-23.871, Bull. 2012, I, n° 228.

¹⁴⁴ Cass. ch. mixte, 7 juil. 2017, n° 15-25.651, PB.

¹⁴⁵ Cass. civ. 1^{re}, 22 janv. 2009, n° 05-20.176, Bull. 2009, I, n° 9 ; Cass. civ. 1^{re}, 19 fév. 2014, n° 12-23.519 ; L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Paris, LexisNexis, 2016, n° 542, p. 467 ; C. CHAINAIS, F. FERRAND et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 2016, n° 580, p. 442.

¹⁴⁶ Sur le pouvoir du juge en matière communautaire.

du débat¹⁴⁷. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) qui a eu l'occasion de dire pour droit que le juge national est tenu « *d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet et que, lorsqu'il considère une telle clause comme étant abusive, il ne l'applique pas, sauf si le consommateur s'y oppose* »¹⁴⁸.

En cette matière, la loi est venue clarifier la jurisprudence et conférer une obligation de relever d'office les clauses abusives.

B.- La nécessaire dissociation judiciaire de l'auto-saisine et du prononcé de l'amende

La proposition de permettre au juge du contentieux de la responsabilité de s'auto-saisir, dans le cadre d'un relevé d'office, afin de prononcer une amende civile pose, d'emblée, la question de sa compatibilité avec l'exigence d'impartialité du juge selon laquelle, « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue [...] par un tribunal impartial* »¹⁴⁹.

Ainsi, en matière de procédure collective, les cas d'auto-saisine du tribunal ont été supprimés, en particulier en matière de sanction¹⁵⁰. En effet, l'organe s'auto-saisissant est déjà convaincu du caractère fautif des faits. Il ne peut donc plus déterminer la sanction de manière impartiale.

Dans le cadre d'affaires civiles donnant lieu à des sanctions pénales, la Cour de cassation interdit au juge ayant siégé au civil de statuer sur le volet pénal de la même affaire¹⁵¹.

Cette logique est consacrée par le Conseil constitutionnel, dès lors que l'enjeu est de prononcer une sanction¹⁵².

¹⁴⁷ Cons. const. art. R. 632-1 ; Cass. civ. 1^{re}, 22 janv. 2009, n° 05-20.176, Bull. 2009, I, n° 9 ; Cass. civ. 1^{re}, 19 février 2014, n° 12-23.519.

¹⁴⁸ CJUE, 4^e ch., 4 juin 2009, n° C-243/08, Pannon GSM Zrt c/ Erzsébet Sustikné Gyórfi ; CJCE 27 juin 2000 ; Océano Grupo Editorial SA c/ Rocio Murciano Quintero et autres, n° C-240/98 ; CJCE 4 oct. 2007, Rampion, n° C-429/05 ; Civ. 1^{re}, 1^{er} oct. 2014, n° 13-21.801 P ; D. 2014. 1996 ; *ibid.* 2015. 588, obs. H. AUBRY, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *RTD eur.*, 2015. 348-3, obs. B. LE BAUT-FERRARESE ; Cass. civ. 1^{re}, 10 oct. 2018, n° 17-20.441.

¹⁴⁹ Art. 6.1, Conv.EDH.

¹⁵⁰ B. BRIGNON et A. CERATI-GAUTHIER, « Les saisines d'office confrontées aux dernières réformes du droit des entreprises en difficulté », *D.* 2014, 2248 ; HENRY, *Gaz. Pal.*, 8 avr. 2014 ; BLÉRY, *RLDC*, mai 2014, n° 115, p. 71 ; PURUT et TEBOUL, *JCP*, 2014, 529 ; ROLLAND, *Procédures*, 2014, étude 7.

¹⁵¹ Cass. crim., 24 nov. 1999, n° 98-85.27, Bull. crim. n° 275 ; *Dr. pénal*, 2000. Comm. 52, obs. MARON ; *RTD civ.*, 2000, 619, obs. NORMAND ; Cass. crim., 16 oct. 1991, n° 90-86.527, Bull. crim. n° 351 ; Cass. crim., 30 nov. 1994, n° 94-82.201, Bull. crim. n° 390 ; *Dr. penal*, 1995. Comm. 53, obs. MARON ; Cass. crim., 26 janv. 2000, n° 99-85.725, Bull. crim. n° 41 ; *RTD civ.*, 2000. 619, obs. NORMAND ; Cass. crim., 21 févr. 1996, n° 95-82.085, Bull. crim. no 82 ; *Dr. penal*, 1996. Comm. 122, obs. MARON.

¹⁵² Cons. const., 7 déc. 2012, n° 2012-286 QPC, *D.* 2013, 338, obs. LIENHARD et note VALLEN SALLES ; *D.* 2013, 28, chron. FRISON-ROCHE ; *JCP*, 2013, 50, GERBAY ; *Procédures*, 2013, étude 3, ROLLAND ; *Gaz. Pal.*, 27 déc. 2012, note ROBERT et 9 mars 2013, note THERON ; *RTD civ.*, 2013. 889, obs. THERY ; Cons. const. 15 nov. 2013, n° 2013-352 QPC, *D.* 2013, 2640 ; Cons. const. 7 mars 2014, n° 2013-368 et 372 QPC, *Gaz. Pal.*,

Cependant, pour appréhender la question des amendes civiles, il importe de souligner la position du Conseil constitutionnel, qui valide l'auto-saisine en matière d'astreinte, dans la mesure où l'astreinte n'est pas une sanction¹⁵³.

En principe, il est interdit de disposer de la faculté d'introduire spontanément une instance au terme de laquelle elle prononce une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée. Cependant, la Constitution ne confère pas à cette interdiction un caractère général et absolu, sauf si la procédure a pour objet le prononcé de sanctions ayant un caractère de punition.

Dans les autres cas, la saisine d'office d'une juridiction ne peut trouver de justification que si elle est fondée sur un motif d'intérêt général et que le respect du principe d'impartialité est garanti.

Ainsi, les amendes civiles étant qualifiées de sanction, l'application de ces règles prétoriennes conduit à exclure que le juge, ayant connu le contentieux de la réparation, puisse prononcer une amende civile.

Ce faisant, l'amende civile doit être prononcée par un autre juge ou par le même tribunal différemment composé, afin de garantir l'indépendance objective du juge qui prononcera l'amende. Ainsi, le premier juge ayant connu le contentieux de la responsabilité peut saisir un autre juge, en vue du prononcé – le cas échéant, par une décision spécialement motivée – d'une amende civile. D'une part, le premier juge n'a plus la faculté de s'auto-saisir, il ne peut que saisir un autre juge. D'autre part, il semble impératif que cette décision de saisine soit précédée d'un débat contradictoire¹⁵⁴, en invitant les parties à faire valoir leurs observations¹⁵⁵.

Enfin, lorsque les faits en cause revêtent tout à la fois un caractère civil, la faute délictuelle, et un caractère pénal, le délit *stricto sensu*, l'application ou non du principe

12 avr. 2014, note FALLON ; *Procédures*, 2014, n° 115, obs. ROLLAND ; *adde* CEDH, 22 oct. 2019, aff. 42010/06, *Deli c/ République de Moldavie*.

¹⁵³ Cons. const. 1^{er} juill. 2016, n° 2016-548, QPC : Le Conseil constitutionnel retient ensuite la conformité à la Constitution de ces dispositions pour les motifs suivants : 1^o l'injonction sous astreinte instituée par les dispositions contestées, qui a pour seul objet d'assurer la bonne exécution des décisions des juridictions, n'est pas une sanction ayant le caractère d'une punition ; 2^o en adoptant les dispositions contestées, le législateur a poursuivi un objectif d'intérêt général de détection et de prévention des difficultés des entreprises ; 3^o le législateur n'a pas privé de garanties légales l'exigence d'impartialité des juridictions puisque le prononcé de l'astreinte et sa liquidation sont les deux phases d'une même procédure et que la constatation par le président du tribunal de commerce du non-dépôt des comptes, qui lui permet de se saisir d'office, présente un caractère objectif. Dès lors, les dispositions contestées ne portent pas atteinte au principe d'impartialité des juridictions.

¹⁵⁴ CPC, art. 16, al. 3, « Le juge ne peut fonder sa décision sur des moyens de droit qu'il a relevés d'office, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations. »

¹⁵⁵ Cass. civ. 2^e, 19 mars 2020, n° 19-11.140 ; Cass. civ. 2^e, 20 mars 2014, n° 12-35.340 ; Cass. civ. 2^e, 5 juin 2014, n° 13-19.920, Bull. 2014, II, n° 130 ; M. KHEBIR, « Fin de non-recevoir relevé d'office : respect du principe de contradiction », *D.* 2014, 24 juin 2014 ; Cass. civ. 1^{er}, 24 avr. 1979, n° 78-80.031, Bull. civ. I, n. 117 ; Cass. civ. 2^e, 16 juill. 1980, n° 78-15.603, Bull. civ. III, n. 186 ; CEDH, 22 oct. 2019, aff. 42010/06, *Deli c/ République de Moldavie*.

non bis in idem, selon lequel nul ne peut être poursuivi et puni deux fois pour les mêmes faits, se pose au regard du cumul des sanctions pénales (amende) et de l'amende civile¹⁵⁶.

La jurisprudence a une interprétation stricte du principe *non bis in idem* et admet largement le cumul des sanctions. Par exemple, les amendes douanières et pénales se cumulent car elles n'ont pas le même objet¹⁵⁷ et sont complémentaires¹⁵⁸.

En l'occurrence, en présence d'un délit pénal (violation de la vie privée, diffamation, contrefaçon...), la faute civile peut revêtir un objet plus large que l'élément matériel du délit pénal.

¹⁵⁶ Art. 8, DDHC ; art. 4, Protocole additionnel n° 7 à la Conv. EDH ; art. 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE ; Cons. Const., 18 mars 2015, n° 2015-462 QPC, Cons. Const., 24 juin 2016, n° 2016-546 QPC ; Cons. Const., 30 mars 2017, n° 2016-621 QPC ; Cass. crim., 14 nov. 1968, n° 68-91.656, Bull. crim. n. 299 ; Cass. com., 24 mai 2018, n° 17-11743, F-D ; T. FAVARIO, « Dirigeant social : conditions d'un cumul de sanctions par les juges pénal et civil », *BJE*, sept. 2018, n° 5, p. 367 ; J.-B. PERRIER, « Cumul du prononcé de la faillite personnelle et de l'interdiction de gérer », *BJS*, nov. 2018, n° 11, p. 65.

¹⁵⁷ Cass. crim., 4 sept. 2002, n° 01-84.011 et n° 01-85.816, *Bull. crim.* n° 157.

¹⁵⁸ CJUE, 20 mars 2018, C-537/16 ; CEDH, 15 novembre 2016, n° 24130/11 et n° 29758/11, A. et B. c/ Norvège.

L'élément manquant à l'équation de la chose jugée au pénal sur le civil

Soufyane MAHSAS¹

Docteur en droit privé de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Résumé : La question de l'autorité de la chose jugée au pénal sur les actions civiles avait fait l'objet de grands débats entre les auteurs. La doctrine n'avait étudié cette question que sous l'angle de la différenciation entre l'action publique et l'action civile, mais jamais sous l'angle du raisonnement judiciaire pris dans son ensemble.

Mots-clés : Actions civiles, action criminelle, action publique, chose jugée, constatation de droit, constatation de fait.

The missing element of the equation of the res judicata in criminal matters over the civil actions

Summary: *The question of the authority of res judicata in criminal matters over the civil actions had been the subject of great debates between the authors. The doctrine had studied this question only from the angle of the differentiation between public action and civil action, but never from the angle of judicial reasoning taken as a whole.*

Keywords: *Civil actions, criminal action, public action, res judicata, juridical findings, factual findings.*

Pour citer cet article : Soufyane MAHSAS, « L'élément manquant à l'équation de la chose jugée au pénal sur le civil », *Revue juridique de la Sorbonne* [en ligne], n° 3, juin 2021, p. 115-123.

URL : https://irjs.panthéonsorbonne.fr/sites/default/files/inline-files/L_element_manquant_a_l_equation_de_la_chose_jugee_au_penal_sur_le_civil_S_MAHASAS.pdf

Introduction

1. La controverse. La discussion doctrinale concernant le fondement du principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil avait pris naissance bien avant sa consécration définitive par la jurisprudence². Le débat le plus animé était celui qui s'éleva entre Merlin et Toullier ; le premier était en faveur de l'autorité de la chose jugée

¹ @ : SoufMah@outlook.com; idHAL : soufyane-mahsas

² Cass. civ., 7 mars 1855 : S. 1855.1.440.

du criminel sur le civil³, alors que le second y était opposé⁴. Bien que le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil eût fini par s'imposer, on ne s'était pas accordé sur le fondement de ce principe. Au fil du temps, la doctrine moderne devenait de plus en plus critique à l'égard de ce principe, et parfois le législateur semblait la suivre, avec beaucoup plus de prudence cependant⁵. La jurisprudence, quant à elle, continue à défendre farouchement son dogme⁶.

2. Les éléments ignorés. Lorsqu'on étudie le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, on se rend compte que les critiques dirigées contre cette théorie résultaient du fait qu'on n'avait pas donné d'importance aux données historiques et logiques relatives à ce principe (I), et qui elles-mêmes étaient porteuses de l'élément manquant à l'équation de la chose jugée au pénal sur le civil (II).

I.- Les fondements du principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil

3. La mutation. Le fondement historique du principe de la chose jugée au pénal sur le civil ne constitue pas un fondement direct, mais un fondement rétrospectif. Seul le fondement logique est de nature à justifier juridiquement un tel principe.

A.- Le fondement historique

4. La maîtrise des procédures judiciaires par la victime. Lors de la structuration de l'administration de la justice, on commençait à faire la distinction entre ce qui relevait du droit criminel et ce qui relevait du droit civil. Le droit romain autorisait déjà à l'époque la victime d'une infraction de porter son action en suivant la voie ordinaire ou la voie extraordinaire (voie criminelle)⁷. Plus tard durant la période de l'Ancien Droit, on voyait dans le procès qui tendait à juger certaines infractions pénales graves, un procès à dominance criminelle, alors même que la victime pouvait demander devant le juge répressif réparation de son préjudice. Il est vrai, toutefois, que ce constat ne concernait que ce qu'on appelait *procédure extraordinaire* (le grand criminel). Dans la *procédure ordinaire* (le petit criminel), on pouvait voir le contraire. En effet, le procès ordinaire était un procès régi par des procédures qui s'inspiraient de la procédure civile,

³ V. concl. MERLIN, Cass. req., 30 avt. 1807 : S. 1807.1.401.

⁴ C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, t. 8, 4^e éd., Paris, Warée oncle et Warée fils aîné, 1824, p. 39 s.

⁵ V. concernant la controverse doctrinale relative aux fondements de la chose jugée au pénal sur le civil, S. MAHSAS, *La chose jugée au pénal et les actions en responsabilité civile en droit maritime et en droit aérien : état du droit français et du droit algérien*, thèse de doctorat, droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2020, p. 5 s.

⁶ Cass. 2^e civ., 12 mars 2020, n^o de pourvoi : 18-21.648, ECLI:FR:CCASS:2020:C200307 ; Cass. 1^{re} civ., 13 janv. 2021, n^o de pourvoi : 19-16.024, ECLI:FR:CCASS:2021:C100030, inédit.

⁷ Digeste, 47, 1, 3 [Office du proconsul] (trad. H. HULOT et J.-F. BERTHELOT, *Les cinquante livres du digeste ou des pandectes de Justinien*, t. 7, Metz, Behmer et Lamort, 1805, p. 191).

et qui prenait en compte l'intérêt privé plus que l'intérêt public, alors même qu'il était question de juger une infraction pénale⁸. Cette conception dualiste (procédure ordinaire et procédure extraordinaire) constituait selon nous une période transitoire, où les infractions privées se transformaient de façon progressive en de véritables infractions pénales et se détachaient de la conception civiliste⁹. Période qui préluait donc à une séparation radicale entre le fait pénal et le fait civil¹⁰. Durant la première phase de cette période de l'histoire judiciaire il n'y avait aucun intérêt à discuter de l'incidence du pénal sur le civil, pour la simple raison que l'action civile exercée devant le juge répressif était absorbée par l'action criminelle, qui était à la fois publique et privée¹¹. Il est vrai toutefois qu'on reconnaissait aussi à la victime le droit de porter son action devant les juridictions civiles, mais le cumul entre action civile et action criminelle n'était pas possible¹². On considérait en effet que lorsque la victime avait choisi une voie, elle était censée avoir renoncé aux autres actions¹³ : c'était là, la véritable application de la règle controversée : « *Electa una via non datur regressus ad alteram* »¹⁴, qui nous semble d'ailleurs avoir été ignorée par le droit romain, du moins à propos du cumul des actions criminelle et civile¹⁵.

Lorsque la victime avait la maîtrise des procédures civile et criminelle, la question de la chose jugée au pénal sur le civil ne se posait pas, puisqu'elle devait choisir l'une des voies qui lui étaient ouvertes, mais jamais les deux. Mais, lorsque le pouvoir central avait pu mettre totalement la main sur l'organisation de la justice, il créa des organes représentant les intérêts du souverain, et par la suite ceux de l'État et de la société, et qui s'étaient vu attribuer la conduite de l'action publique, par sa mise en mouvement et par son exercice.

⁸ V. D. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, t. 1, Paris, Debure père, 1771, p. 563.

⁹ Cette distinction entre délits publics et délits privés était déjà connue en droit romain, elle n'avait pas cependant la même signification qu'en droit français qui divisait les infractions selon la gravité des faits incriminés (v. P.-F. MUYART DE VOUGLANS, *Institutes au droit criminel*, Paris, Le Breton, 1757, p. 26-29). En droit romain, cette distinction influait même sur la nature de la juridiction et non seulement sur les procédures (v. P. AYRAULT, *L'ordre, formalité et instruction judiciaire, dont les anciens grecs et romains ont usé es accusations publiques. Conferé au stil & usage de nostre France.*, 3^e éd., Paris, Michel Sonnius, 1604, p. 180-182).

¹⁰ Sur la confusion qui régnait à l'époque entre le dédommagement et la peine, v. J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3^e éd., P. Vielfaure (coll.) Paris, PUF, 2014, p. 322-323.

¹¹ V. D. JOUSSE, *op. cit.*, p. 561 s.

¹² D. JOUSSE, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'Avril 1667*, t. 1, Paris, Debure père, 1769, p. 39 ; D. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, t. 3, Paris, Debure père, 1771, p. 11.

¹³ F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle, ou théorie du Code d'instruction criminelle*, t. 2 : *De l'action publique et de l'action civile*, 2^e éd., Paris, H. Plon, 1866, p. 64.

¹⁴ On n'a jamais pu déterminer avec certitude les origines du fondement légal de cette règle, qui avait été citée par la doctrine et appliquée par l'ancienne jurisprudence. Sur la controverse, v. A.-F. LE SELLYER, *Études historiques, théoriques et pratiques sur le droit criminel*, VI : *Traité de la compétence et de l'organisation des tribunaux chargés de la répression soit pénale, soit civile, des contraventions, des délits et des crimes*, t. 2, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1875, p. 784 s.

¹⁵ V. Code de Justinien, 9, 31, 1 (trad. P.-A. TISSOT, *Les douze livres du Code de l'empereur Justinien, de la seconde édition*, t. 4, Metz, C. Lamort, 1810, p. 82-83) ; Digeste, 48, 2, 15 [Ulpian] (trad. H. HULOT et J.-F. BERTHELOT, *op. cit.*, p. 310).

5. Recul du rôle de la victime quant à la conduite de l'action publique. Le développement des institutions judiciaires et de la procédure pénale avait fini par limiter le champ d'action de la victime, en la privant dans un premier temps d'exercer l'action publique, et dans un second temps de limiter son droit de mettre en mouvement cette action, ne le cantonnant qu'à l'exercice de l'action privée principale ou jointe. Mais ce développement s'était fait progressivement. Dans un premier temps, le non-cumul des actions lui était toujours opposable lorsqu'elle était l'initiatrice de l'action criminelle et de l'action civile¹⁶. Mais, lorsque l'organe de poursuite avait agi au criminel à titre principal et que la victime avait choisi par la suite la voie civile, la question de l'interférence du pénal avec le civil avait été discutée par les anciens auteurs, mais sans qu'ils ne fissent référence expressément à une quelconque autorité de la chose jugée. Pour Jousse, s'il y avait eu condamnation au criminel, la victime pouvait ester la personne condamnée au civil, puisque l'action civile devenait la conséquence de l'action publique¹⁷. En revanche, si l'accusé avait été absous, la victime ne pouvait l'ester au civil, puisqu'elle renouvellerait la preuve du crime¹⁸. Mais même pendant cette période, l'interférence entre l'action pénale et l'action civile était rare, pour la simple raison que le droit de l'époque évitait qu'on suivît deux voies distinctes. De plus, compte tenu de la règle du non-cumul des actions, une autre règle avait été prévue qui consistait à convertir le procès civil en procès criminel¹⁹ en ordonnant que le procès fût instruit suivant la procédure extraordinaire, ou à convertir le procès criminel en procès civil²⁰, en convertissant l'information en une enquête²¹.

Dans un second temps, le Code des délits et des peines²² avait fait expressément la distinction entre *action publique* et *action civile*. D'ailleurs, les dispositions de ses articles 4, 5, 6 et 8 avaient établi des règles qui sont encore consacrées dans le Code de procédure pénale. Cependant, l'action civile demeurait dépendante du sort de l'action publique du point de vue de la prescription, à tel point que même l'exercice de l'action civile interrompait la prescription de l'action publique²³. De plus, l'article 8, alinéa 2 dudit Code avait établi le principe de *suspension* de l'exercice de l'action civile lorsque l'action publique avait été mise en mouvement²⁴. Il apparaît donc, de la lecture des

¹⁶ D. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, t. 3, *op. cit.*, p. 14.

¹⁷ « La partie privée ne demande point alors que la question du crime & de la peine soit examinée & jugée pour la seconde fois ; mais elle demande seulement, que la réparation civile soit réglée en conséquence de ce que le crime a été prouvé, & que l'accusé en a été déclaré coupable ; & cette action de la partie privée pour raisons de ses dommages & intérêts, procède d'autant plus, qu'elle n'est plus douteuse, comme elle l'[était] avant la condamnation prononcée sur la poursuite de la partie publique. » (D. JOUSSE, *ibid.*, p. 27).

¹⁸ D. JOUSSE, *ibid.*, p. 27-28.

¹⁹ V. art. 1^{er}, XX^e titre, Ordonnance Criminelle du mois d'août 1670.

²⁰ V. art. 3, XX^e titre, Ordonnance Criminelle du mois d'août 1670.

²¹ Du point de vue de la pratique, v. GAURET, *Stile universel de toutes les cours et juridictions du Royaume, pour l'instruction des matières criminelles, suivant l'Ordonnance de Loüis XIV. Roy de France et de Navarre. Du mois d'Août 1670*, t. 2, Paris, Les Associez, 1733, p. 264 s. ; F. SERPILLON, *Code criminel, ou commentaire sur l'Ordonnance de 1670*, t. 3, Lyon, Frères Perisse, 1767, p. 93 s.

²² L., 3 Brum. an IV, n° 1221 : BLRF an IV, n° 204.

²³ Art. 10.

²⁴ On pourrait retrouver les traces de l'origine de cette règle dans le droit romain, puisque dans le Code de Justinien il y avait une règle presque similaire, qui consistait à ce que lorsqu'une question de droit

dispositions du Code des délits et des peines, que bien qu'il eût été fait une distinction entre ces deux actions, il n'en demeurait pas moins que la législation était restée toujours imprégnée par le principe d'indivisibilité de ces deux actions. En outre, la victime devait jouer un rôle assez important dans le déclenchement de la poursuite pénale, même si ce rôle ne lui était pas exclusif.

Le Code d'instruction criminelle²⁵ quant à lui, avait repris presque les mêmes principes précités du Code des délits et des peines, sauf que le rôle du ministère public était devenu plus important quant au déclenchement de l'action publique et à son exercice²⁶. Le rôle de la victime, concernant la mise en mouvement de l'action publique, était resté toujours aussi important mais non exclusif²⁷. Plus tard, le Code de procédure pénale²⁸ a fini par souligner le rôle secondaire de la victime quant à la mise en mouvement de l'action publique²⁹ et il lui a imposé la règle « *electa una via...* » sous une forme moins rigoureuse³⁰.

6. Analyse. De l'étude de l'histoire des actions publique et civile qui naissent d'une infraction pénale, il nous est donné de constater que, dans un premier temps, on considérait que l'action civile et l'action publique ne constituaient qu'une seule action fusionnée, à tel point que l'action civile accessoire n'était considérée, dans l'action criminelle, que comme une suite logique de l'action publique : l'action civile devait donc nécessairement dépendre de l'action publique. Mais, si seule l'action civile avait été engagée, elle retrouvait son indépendance, puisqu'elle ne pouvait en aucun cas être influencée par une quelconque action publique, étant donné que cette dernière était aussi sous l'emprise de la victime, à qui on pouvait opposer la règle « *electa una via non datur regressus ad alteram* », si elle devait l'actionner. De plus, le législateur de l'époque, soucieux de ne pas diviser l'action criminelle, avait introduit le système de la conversion du procès civil en procès criminel et vice-versa ainsi que le système de l'unité des prescriptions. Dans un second temps, l'histoire avait fait que la victime s'était vu peu à peu déposséder de son droit de mettre en mouvement l'action publique et de l'exercer. Il était évident que l'action civile s'était procéduralement détachée de l'action publique, mais le législateur concevait encore mal l'indépendance de l'action civile vis-à-vis de l'action publique, pour la simple raison qu'il ne pouvait concevoir une divisibilité du litige qui était selon lui de nature pénale (l'ancienne action criminelle). C'est pour cette

criminel était rencontrée dans une affaire civile, on devait juger cette question qui était plus importante, et une fois jugée, la question civile était remise en jugement à compter du jour où le jugement sur la question criminelle avait été rendu (Code de Justinien, 3, 8, 4 [trad. P.-A. TISSOT, *Les douze livres du Code de l'empereur Justinien, de la seconde édition*, t. 1, Metz, Behmer, 1807, p. 409]).

²⁵ Ls., 17 et 19 nov., 9, 10, 12, 13, 14, 15 et 16 déc. 1808, Code d'instruction criminelle : BLEF 1808, n° 214 bis.

²⁶ V. à titre d'exemple, CIC, art. 61 ; art. 64 ; art. 127 ; art. 145 ; art. 182.

²⁷ V. à titre d'exemple, CIC, art. 63 (v. concernant l'effet moteur, sur l'action publique, de la plainte avec constitution de partie civile devant le juge d'instruction, Cass. crim., 8 déc. 1906 : *Bull. crim.*, n° 443) ; art. 64 ; art. 145 ; art. 182.

²⁸ L. n° 57-1426, 31 déc. 1957, instituant un code de procédure pénale : JORF n° 6, 8 janv. 1958, p. 258.

²⁹ « Cette action peut aussi être mise en mouvement par la partie lésée, dans les conditions déterminées par le présent Code. » (CPP, art. 1^{er}, al. 2)

³⁰ CPP, art. 5.

raison que les règles qui garantissaient cette indivisibilité étaient demeurées, alors même que fonctionnellement les deux actions pouvaient être séparées. D'ailleurs, la plupart de ces règles sont encore en vigueur³¹.

Historiquement c'était le législateur et la jurisprudence prétorienne qui veillaient à ce que l'action civile demeurât sous l'emprise de l'action publique, mais le développement des règles procédurales avait fait que l'action civile s'était détachée de l'action criminelle. Même avec des règles limitant cette séparation, elle (l'action civile) avait acquis une dépendance fonctionnelle. Soucieux de garder l'action civile sous l'emprise de l'action criminelle, les juges avaient fondé la notion d'autorité de la chose jugée sur le lien d'indivisibilité existant entre la décision rendue sur l'action publique et celle rendue sur l'action civile.

B.- Le fondement rationnel

7. L'indivisibilité du raisonnement décisionnel. Si l'action publique et l'action civile n'ont pas été scindées, il sera statué sur ces deux actions par une décision judiciaire unique qui englobera aussi un raisonnement concordant, se rapportant à la fois à la partie pénale et à la partie civile de la décision. En revanche, lorsque la décision pénale n'a statué que sur l'action publique, la décision civile qui sera rendue par le juge civil devra suivre le raisonnement du juge pénal, puisque l'action civile portée devant le juge civil serait la même que celle qui pouvait être exercée accessoirement devant le juge pénal saisi de l'action publique. Il n'y aurait donc aucune raison pour que cette action soit autonome par rapport à l'action publique. C'est là que réside l'indivisibilité du raisonnement décisionnel, car « le juge pénal et le juge civil forment un tout où leurs constatations [...] s'entremêlent et se superposent sans pour autant se contredire »³². Ce critère n'est pas applicable seulement à l'action civile proprement dite, mais aussi aux actions à fins civiles ; puisque, le juge pénal étant le premier à avoir établi les constatations, il serait logique qu'on ne puisse pas remettre en cause ses constatations³³, sinon il y aurait un illogisme dans le raisonnement décisionnel, raisonnement qui devrait être apprécié dans sa globalité et sa continuité (phase pénale puis phase civile), et non par phase séparée.

Si cette analyse s'accorde bien avec les constatations de droit établies par le juge pénal, serait-elle en revanche applicable aux constatations factuelles de la décision pénale ?

³¹ À l'exception toutefois de la règle de l'unité des prescriptions pénale et civile. Car, depuis la modification de l'article 10 du Code de procédure pénale par la loi n° 80-1042, l'action civile se prescrit selon les règles du Code civil (L., n° 80-1042, 23 déc. 1980, portant réforme de la procédure pénale relative à la prescription et au jury d'assises : JORF n° 299, 24 déc. 1980, p. 3029).

³² S. MAHSAS, thèse citée, p. 13.

³³ Sous réserve de ce qui sera dit *infra*, v. n° 9 s.

8. Naissance d'une fonction. La nature de la chose jugée au pénal sur le civil peut être discutée. Devrait-on la considérer réellement comme une autorité de la chose jugée au sens strict du terme ?

La fonction de l'autorité de la chose jugée consiste à ce que l'on ne remette pas en cause ce qui a été jugé³⁴. Si cette fonction s'accorde bien avec les constatations de droit établies par la décision pénale, en revanche, elle ne pourrait concerner les constatations factuelles. Celles-ci devraient avoir un effet positif sur la décision à prendre au civil, puisque la décision statuant sur l'action publique dans ce cas, agira par son effet probatoire, et non comme une dispense de la preuve. Ainsi, par l'imputation d'un fait à la personne poursuivie au pénal³⁵, la décision pénale de condamnation établira cette imputation. Cependant, la partie demanderesse au civil ne sera nullement dispensée de rapporter la preuve de cette imputation, mais elle devra alléguer la décision du juge répressif, qui agira positivement concernant l'imputation du fait.

Si, en apparence, cette fonction s'accorde mal avec le critère de l'indivisibilité du raisonnement décisionnel, l'effet probatoire « n'est en réalité qu'une fonction de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, qui n'est apparue qu'après qu'il y a eu séparation entre la justice pénale et la justice civile. Cet effet est donc nécessaire, puisqu'il constitue le mécanisme d'application – indirect – du critère de l'indivisibilité du raisonnement décisionnel concernant les constatations factuelles »³⁶.

La jurisprudence considère que le juge civil n'est tenu de prendre en considération que les constatations certaines et nécessaires de la décision rendue sur l'action publique³⁷. Mais le critère de l'indivisibilité du raisonnement décisionnel impose également de faire la distinction entre les constatations de droit et les constatations de fait.

II.- Les constatations de droit et les constatations de fait comme critère déterminant l'étendue de la chose jugée

9. Interférence entre les constatations des juges pénal et civil. Pour que la chose jugée au pénal agisse sur le civil, il ne suffit pas que les constatations du juge pénal

³⁴ Il faudrait souligner que l'article 1350 du Code civil considérait l'autorité attribuée à la chose jugée comme une présomption légale. Cependant, cette disposition n'a pas été reprise par le nouvel article 1354 du Code civil depuis la réforme établie par l'ordonnance n° 2016-131 (ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, NOR : JUSC1522466R : JORF n° 35, 11 févr. 2016).

³⁵ Sous condition, toutefois, d'être une constatation à la fois certaine et nécessaire.

³⁶ S. MAHSAS, thèse citée, p. 15.

³⁷ Cass. civ., 7 mars 1855 : S. 1855.1.440 ; Cass. 2^e civ., 6 juin 2019, n° de pourvoi : 18-15.713, ECLI:FR:CCASS:2019:C200767, inédit. En parcourant les plus récents arrêts de la Cour de cassation, on constate que celle-ci ne fait plus référence aux « constatations certaines ». Est-ce là l'abandon de cette condition ? (Cass. 2^e civ., 23 janv. 2020, n° de pourvoi : 18-19.080, ECLI:FR:CCASS:2020:C200085 ; Cass. soc., 25 mars 2020, n° de pourvoi : 18-23.682, ECLI:FR:CCASS:2020:SO00401 ; Cass. soc., 18 nov. 2020, n° de pourvoi : 19-12.566, ECLI:FR:CCASS:2020:SO01033, inédit ; Cass. 2^e civ., 10 déc. 2020, n° de pourvoi : 19-21.606, ECLI:FR:CCASS:2020:C201378, inédit ; Cass. 1^{re} civ., 13 janv. 2021, n° de pourvoi : 19-16.024, ECLI:FR:CCASS:2021:C100030, inédit.)

soient nécessaires et certaines, encore faut-il que ces constatations soient appréciées de la même manière par le juge civil.

A.- Appréciation des constatations factuelles

10. Notion. Est une constatation factuelle, toute constatation relative à des faits bruts, sans qu'ils ne soient qualifiés juridiquement. En conséquence, sont considérées comme des constatations factuelles, les constatations de la décision statuant sur l'action publique relatives à l'existence matérielle des faits incriminés ou à d'autres faits nécessaires à la décision statuant sur l'action publique, ainsi que l'imputation factuelle de ces faits. On pourrait prendre comme exemple, en matière d'abordage maritime, la constatation du juge répressif relative à l'existence d'un heurt physique entre deux navires. Cette constatation se rapporte à l'une des composantes de l'élément matériel du délit prévu à l'article L. 5242-4 du Code des transports ; de ce fait, c'est une constatation factuelle nécessaire de la décision pénale statuant sur l'action publique.

11. Interaction entre les appréciations du juge répressif et celles du juge civil. Les constatations factuelles étant nécessaires pour la prise de décision par le juge pénal et par le juge civil, il serait logique que si les constatations des deux juges concernaient des faits similaires, dont ils devaient avoir connaissance pour pouvoir trancher les questions de fond posées, les constatations du juge répressif devraient, par leur effet probatoire, agir sur le civil. Ainsi, dans l'exemple cité plus haut, la constatation du juge pénal relative à l'existence d'un heurt physique entre deux navires, est une constatation factuelle, non seulement nécessaire pour la décision statuant sur l'action publique, mais aussi pour la décision statuant sur l'action civile. En conséquence, la partie qui allègue un tel fait devant le juge civil, le prouvera par la constatation factuelle de la décision rendue sur l'action publique. En va-t-il de même pour les constatations de droit ?

B.- Appréciation des constatations de droit

12. Notion. La constatation de droit, est celle qui se rapporte à des faits juridiquement qualifiés par le juge. Donc, chaque fois que le juge pénal qualifie juridiquement un fait, cela est considéré comme une constatation de droit. Tel est le cas, lorsqu'il statue, par son analyse juridique, sur la faute, le lien de causalité, le dommage ou le préjudice, la qualité de l'auteur ou de la victime et les faits justificatifs. Pour ne reprendre que l'exemple de l'abordage maritime, et dans ce cas précis, l'appréciation juridique du juge du fait constituant un heurt physique entre deux navires, comme constituant un *abordage*, est une constatation de droit. On pourrait citer aussi la constatation relative à la *faute*. En effet, la faute se rapporte toujours à une qualification juridique faite par le juge.

13. La question de divergence. Comme pour les constatations factuelles, les constatations de droit sont à la fois nécessaires à la décision statuant sur l'action

publique ainsi qu'à la décision du juge civil. Cependant, les constatations de droit s'apprécient suivant la règle de droit qui leur est applicable. Ainsi, l'*abordage* devra être apprécié suivant les règles du droit maritime relatives à la responsabilité civile, lorsque le juge civil est saisi d'une action en responsabilité civile. En revanche, lorsque le juge répressif est saisi pour statuer sur l'action publique relative à l'infraction prévue à l'article L. 5242-4 du Code des transports, il appréciera l'élément d'abordage suivant les règles du droit pénal maritime. Donc, si la notion d'abordage est une notion commune entre le droit pénal et le droit civil, la constatation du juge pénal s'imposera au juge civil ; dans le cas contraire, le juge civil ne sera pas lié par cette qualification. De même concernant la *faute*, celle-ci devra être appréciée suivant le domaine de son application. C'est d'ailleurs au sujet de la faute, que le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil avait été le plus critiqué. En effet, on avait objecté, pour critiquer ce principe, que la faute pénale ne s'identifiait pas avec la faute civile. En réalité, assimiler la faute civile à la faute pénale ou les dissocier n'est qu'une question qui se rapporte à la responsabilité pénale et à la responsabilité civile, et n'a aucun lien avec la question de la chose jugée. L'effectivité de la décision pénale sur le civil n'influe pas sur l'appréciation des fautes pénale et civile, mais c'est l'appréciation de ces fautes qui rend la chose jugée au pénal sur le civil effective ou non. Ainsi, chaque fois qu'on apprécie la faute pénale et la faute civile de la même manière, le principe de la chose jugée devra agir, mais à défaut d'une appréciation uniforme, il doit en aller autrement.

C'est bien alors la différenciation entre les constatations factuelles et les constatations de droit, qui est l'élément manquant à l'équation de la chose jugée au pénal sur le civil.

Conclusion

14. Constat. Loin d'être une question classique, l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil continue de créer des controverses. D'une part, parce que les fondements avancés pour justifier l'existence de ce principe n'ont pas pris en considération les données historiques et logiques qui avaient été la cause de son existence. D'autre part, et surtout, parce que l'on a ignoré la différenciation entre les constatations factuelles et les constatations de droit.

Les centres d'arbitrage de l'espace OHADA face aux technologies de l'information et de la communication (TIC)

Dr. Céline NDONGO DIMOUAMOUA¹

*Docteure en droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne,
Assistante à l'Université de Douala (Cameroun)*

Résumé : Depuis l'adoption de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, les centres d'arbitrage se sont multipliés dans la zone OHADA. Même si tous ces centres ne sont pas au même niveau de développement, les acteurs économiques leur confient de plus en plus le règlement de leurs différends. Toutefois, la fermeture des aéroports, la limitation des déplacements, l'impossibilité de se réunir, conséquences de la crise sanitaire mondiale apparue en mars 2020, ont perturbé le fonctionnement des centres d'arbitrage du monde entier, y compris ceux situés dans la zone OHADA. En abolissant les distances et les contraintes de temps, les technologies de l'information et de la communication (TIC) se sont révélées être des moyens efficaces de contournement des difficultés nées de la pandémie. En effet, les grands centres d'arbitrage en ont profité pour mettre en œuvre des solutions technologiques permettant de réduire l'impact de la crise sur les procédures arbitrales. Dans cet environnement hautement concurrentiel, la question de l'arbitrage en ligne dans les centres d'arbitrage de l'espace OHADA s'est alors *de facto* posée. La question de la place réservée aux TIC dans l'administration des procédures par ces centres et les moyens d'y développer l'arbitrage à distance est posée.

Pour répondre à cette double interrogation, un état des lieux de l'arbitrage en ligne dans les centres d'arbitrage de la zone a été fait. Il en ressort que les règlements d'arbitrage des centres abordent le sujet de manière lacunaire. Bien plus, l'environnement économique et technologique dans lequel ils évoluent peut constituer un frein au recours aux TIC. La nécessité de compléter les règlements d'arbitrage sur des questions comme la cybersécurité, l'organisation des réunions virtuelles ou encore la signature électronique des documents est clairement apparue. Afin d'accélérer le développement de l'arbitrage en ligne, les centres d'arbitrage situés dans l'espace OHADA doivent aussi former leur personnel à l'usage des TIC, encourager les parties à signer des cyber-protocoles, et mettre à leur disposition des guides d'usage des TIC dans les procédures arbitrales. En pratique, la révolution numérique dans les centres d'arbitrage africains n'aura pas lieu sans les efforts combinés des centres, des parties et des arbitres. 22 ans après l'adoption de l'AUA, la compétitivité et la maturité des centres d'arbitrage de l'espace OHADA seront fonction de leurs capacités à intégrer les TIC dans leurs méthodes de travail.

Mots-clés : Arbitrage institutionnel, OHADA, TIC, cyber-protocole, centres d'arbitrage, vidéoconférence, guides sur l'arbitrage en ligne, arbitrage en ligne.

¹ @ : celine.ndongo@gmail.com , Auteure de l'ouvrage *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC*, Paris, LGDJ, 2017, coll. « Thèses ».

ICT and arbitration centres in the OHADA area

Summary: *Since the adoption of the Uniform Act on arbitration, the arbitration centres grew in numbers in the OHADA area. Even if some centres are not as developed as the others, the economic actors more often rely on them to settle their disputes. However, the closing of airports, the limitation of movements, the restrictions of gathering, all consequences of the global health crisis which appeared in March 2020, affected the proper functioning of the arbitration centres worldwide. The ICT happened to be the best means of overcoming the challenges raised by the pandemic, in that they helped to narrow the distancing and to better deal with time management. Indeed, major arbitration centres took advantage to use technology as a solution to reduce the impact of the crisis on the arbitration procedures. In this highly competitive environment, the question of online arbitration in the arbitration centres of OHADA area was raised. We wondered about the place reserved for ICT in the administration of proceedings by these centers and the means to develop online arbitration there.*

To answer this double question, an inventory of online arbitration in arbitration centers in the area was made. It's noted that the arbitration rules of the centers deal with the subject in a lacunae manner. Moreover, the economic and technological environment in which they operate can be a barrier to the use of ICT. The need to complete the arbitration rules on issues such as cyber-security, the organization of virtual meetings or even the electronic signature of documents has become clear. In order to accelerate the development of online arbitration, the arbitration centers located in the OHADA area must also train their staff in the use of ICTs, encourage the parties to sign cyber protocols, and issue guidelines for use of ICT in arbitration proceedings. In practice, the digital revolution in African arbitration centres will not take place without the combined efforts of the centres, parties and arbitrators. 22 years after the adoption of the AAU, the competitiveness and maturity of the OHADA arbitration centres will depend on their ability to integrate ICT into their working methods.

Keywords: *Institutional arbitration, OHADA, ICT, cyber protocol, arbitration centres, videoconference, online arbitration guides, online dispute resolution.*

Pour citer cet article : Dr. Céline NDONGO DIMOUAMOUA, « Les centres d'arbitrage de l'espace OHADA face aux technologies de l'information et de la communication (TIC) », *Revue juridique de la Sorbonne* [en ligne], n° 3, juin 2021, p. 124-145.

URL : https://irjs.pantheonsorbonne.fr/sites/default/files/inline-files/Les_centres_d_arbitrage_de_l_espace_OHADA_face_aux_technologies_de_l_information_et_de_la_communication_C_NDONGO_DIMOUAMOUA.pdf

L'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) considère que la résolution diligente des différends contractuels est un facteur de sécurité juridique propice à l'essor des activités économiques, et nécessaire à

l'émergence d'un nouveau pôle de développement en Afrique². Aussi l'arbitrage, mode privilégié de règlement des différends pour les opérateurs internationaux, a fait l'objet d'un Acte uniforme OHADA le 11 mars 1999³. Ayant au fil du temps montré ses limites, le droit de l'arbitrage OHADA a été modernisé à la faveur de l'adoption le 23 novembre 2017, d'un nouvel Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage (AUA). L'objectif de cette réforme était d'assurer la célérité des recours et l'efficacité des sentences, sans rien perdre de l'objectif de liberté des parties dans l'organisation de la procédure d'arbitrage⁴. Bien qu'essentiellement conçu pour l'arbitrage *ad hoc*, l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage a également consacré l'arbitrage institutionnel dans l'espace OHADA⁵.

L'arbitrage institutionnel peut être défini comme l'arbitrage dont les parties ont confié l'organisation à une institution permanente d'arbitrage et qui se déroule conformément au règlement d'arbitrage de ladite institution⁶. Cette dernière n'est pas en principe une juridiction. Elle a essentiellement pour fonction d'administrer les arbitrages et de fournir des infrastructures et des moyens humains aux parties. L'arbitrage institutionnel se caractérise aussi par l'existence d'un règlement d'arbitrage et d'un secrétariat qui assume certaines tâches d'ordre matériel⁷. Ce type d'arbitrage se déroule dans des organismes connus sous le nom de « *centres d'arbitrage* ». Il existe un centre d'arbitrage régional dans l'espace OHADA, à savoir la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA (CCJA)⁸ et 20 centres d'arbitrage nationaux. Les arbitrages administrés par les centres nationaux sont soumis au droit commun de l'arbitrage OHADA, tandis que les procédures confiées à la CCJA sont régies par des textes qui lui sont propres notamment son Règlement d'arbitrage. La multiplication des centres

² H.-D. MODI KOKO, « L'arbitrage dans les universités étrangères », in A. NGWANZA, *Vingt ans d'arbitrage OHADA : bilan et perspectives*, Paris, LexisNexis, 2019, p. 145. Le Traité OHADA a été adopté le 17 octobre 1993 et une version révisée a été adoptée le 17 octobre 2008. Son titre IV est consacré à l'arbitrage.

³ À propos des innovations apportées par l'AUA dans les États membres de l'OHADA, lire N. PILKINGTON et S. THOUVENOT, « Les innovations de l'OHADA en matière d'arbitrage », *La semaine juridique*, éd. E., *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 5 supplément au n° 44 du 28 octobre 2004, p. 28 ; « Pratique et actualités du droit Ohada », Journées d'études Juriscope Poitiers, p. 128 ; *Ohada D-12-60* [en ligne]. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.ohada.com/documentation/doctrine/ohadata/D-12-60.html>>.

⁴ M. VALENTINI, « L'OHADA modernise son droit de l'arbitrage et se dote d'un acte sur la médiation », *August Debouzy* [en ligne], 7 décembre 2017. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.august-debouzy.com/fr/blog/1094-lohada-modernise-son-droit-de-larbitrage-et-se-dote-dun-acte-sur-la-mediation>>.

⁵ Sur la question, lire G. KENFACK DOUJANI, *L'arbitrage OHADA*, Pau, PUPPA, 2014, p. 31.

⁶ X. LINANT DE BELLEFONDS et A. HOLLANDE, *L'arbitrage*, Paris, PUF, 1995, coll. « Que sais-je ? », p. 30.

⁷ P. MEYER, *OHADA, Droit de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2002, coll. « Droit uniforme africain », p. 28 et 29.

⁸ Sur l'arbitrage CCJA, J. WAMBO, « L'arbitrage CCJA », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires – Pratique Professionnelle* [en ligne], n° nov.-déc. 2011, Études. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<https://revue.ersuma.org/numero-special-novembre-decembre/etudes/L-Arbitrage-CCJA>>.

Le « Règlement d'arbitrage de la CCJA » est disponible sur *Droit-afrique.com* [en ligne], 23 novembre 2017. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<http://www.droit-afrique.com/uploads/OHADA-Reglement-2017-arbitrage-CCJA.pdf>>.

d'arbitrage dans la zone est une conséquence de la croissance du marché de l'arbitrage interne⁹. En effet, de plus en plus d'acteurs économiques sont séduits par la souplesse, la célérité et la confidentialité de l'arbitrage OHADA, qui a aujourd'hui 22 ans. C'est l'âge de la maturité, « l'âge où l'on peut encore adopter un autre comportement quand on s'aperçoit qu'on s'est trompé ».

L'arbitrage OHADA n'a pas été épargné par les bouleversements observés en 2020, une année mémorable pour l'ensemble de la population mondiale. Elle aura été marquée par une crise sanitaire sans précédent, qui a elle-même engendré une crise économique et sociale dont personne ne peut prédire la fin. Cette situation a fortement perturbé le déroulement des procédures arbitrales. En effet, la fermeture des aéroports, la limitation des déplacements, l'impossibilité de se réunir, sont autant de conséquences de la pandémie qui ont entraîné des reports d'audiences et des prorogations de délais de procédure. Certains centres d'arbitrage ont dû changer de méthodes de travail. Dans les faits, la pandémie a accéléré la transition vers les solutions technologiques puisqu'elles se sont révélées être une option sérieuse de contournement des difficultés et imprévus nés de la COVID-19. Les qualités objectives du numérique à savoir l'abolition de l'espace, la compression du temps, et la réduction des coûts ont conquis les acteurs de l'arbitrage.

Les centres d'arbitrage situés dans la zone OHADA¹⁰, comme ceux du reste du monde, ont donc plus ou moins réorganisé leurs méthodes traditionnelles de travail afin de répondre aux attentes des parties. Le recours aux technologies de l'information et de la communication (TIC) dans les procédures arbitrales s'est imposé de manière urgente et surtout inédite. Par TIC, il faut entendre un ensemble d'outils et de ressources technologiques permettant de transmettre, enregistrer, créer, partager ou échanger des informations, notamment les ordinateurs, l'Internet, les technologies de diffusion et la téléphonie¹¹. Suite à la paralysie des activités due à la COVID-19, la question de la place faite aux TIC dans les centres d'arbitrage de l'espace OHADA s'est posée. Autrement dit, quelle est la part des TIC dans l'administration des procédures arbitrales par les centres ? Doit-on et comment y développer « l'arbitrage virtuel » ? Par arbitrage virtuel, on entend ici l'arbitrage assisté par les nouvelles technologies lorsque les circonstances le permettent. Notons que l'arbitrage en ligne et l'arbitrage à distance renverront à la même réalité.

L'intérêt d'une réflexion sur l'arbitrage en ligne dans les centres d'arbitrage de la zone OHADA est primordial. En effet, la compétition entre les centres d'arbitrage de la zone et entre ces derniers et ceux situés hors de l'OHADA est réelle¹². Ils sont mis en

⁹ M.-A. NGWE, « Le marché de l'arbitrage dans l'espace OHADA », in A. NGWANZA (dir.), *Vingt ans d'arbitrage OHADA : bilan et perspectives*, op. cit., p. 426.

¹⁰ Voir l'article 10 de l'Acte Uniforme sur le droit de l'arbitrage.

¹¹ « Technologies de l'information et de la communication », *Unesco.org* [en ligne]. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<http://uis.unesco.org/fr/glossary-term/technologies-de-linformation-et-de-la-communication-tic>>.

¹² T. CLAY, « Le marché de l'arbitrage, » in W. BEN HAMIDA et T. CLAY, *L'argent dans l'arbitrage*, Paris, Lextenso Éditions, 2013, p. 13 et s.

compétition par des acteurs économiques qui recherchent le meilleur rapport « *qualité-prix* » dans l'offre d'arbitrage que leur présentent les centres. Or, la compétitivité et l'attractivité des centres africains seront désormais fonction de leur capacité à intégrer les TIC dans leurs méthodes de travail. Bien que d'importance, la question de l'usage des TIC dans les centres d'arbitrage de l'espace OHADA demeure un champ d'étude quasiment inexploré par la doctrine, d'où la rareté des sources documentaires sur le sujet. Les auteurs se sont surtout intéressés aux mécanismes procéduraux dans les centres d'arbitrage, à la qualité des sentences rendues, à la légitimité de tels centres, etc.¹³

L'arbitrage étant une discipline juridique éminemment pratique¹⁴, la question du fonctionnement des centres est étroitement liée à celle de leur offre globale d'arbitrage. C'est la raison pour laquelle l'approche choisie est celle du « *droit en contexte* », couplée à celle du « *temps mondial* » dont elle émane¹⁵. En effet, la pandémie du coronavirus est considérée dans le cadre de ce travail, comme un événement dont la survenance a donné lieu à une période de rupture et de remise en cause de la pratique arbitrale. La pandémie marque en quelque sorte le point de départ de notre réflexion et l'influence grandement.

Pour répondre à la problématique énoncée précédemment, nous tenterons de dresser un état des lieux de l'utilisation des TIC dans les centres d'arbitrage de l'espace OHADA (I), avant de réfléchir aux moyens d'en accroître l'usage (II).

I.- Diagnostic du recours aux TIC dans les centres d'arbitrage de la zone OHADA

Pour faire le point sur l'usage du numérique dans les centres d'arbitrage de l'espace OHADA, nous analyserons leurs règlements d'arbitrage pour voir quelle est la place des TIC dans les procédures arbitrales (A), puis nous observerons l'environnement économique et technologique dans lequel ils fonctionnent (B). En effet, on ne peut isoler la pratique du droit de l'arbitrage de son contexte¹⁶ : diverses réalités liées à

¹³ Quelques enquêtes sont menées au niveau continental sur la pratique de l'arbitrage proprement dite et la perception qu'ont les praticiens de l'arbitrage de leur environnement de travail, voir E. ONYEMA, « Enquête SOAS sur l'arbitrage en Afrique, Arbitrage interne et international : perspectives par les praticiens africains de l'arbitrage », *Eprints.soas.ac.uk* [en ligne], 2018. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<https://eprints.soas.ac.uk/26110/1/Enque%CC%82te%20SOAS%20sur%20l%27arbitrage%20en%20Afric ue-Fr.pdf>>.

¹⁴ A. AKAM AKAM, « La formation en arbitrage dans l'espace OHADA », in A. NGWANZA (dir.), *Vingt ans d'arbitrage OHADA : bilan et perspectives*, op. cit., p. 376.

¹⁵ Z. LAÏDI, « Chapitre 7 : Le temps mondial », in M.-Cl. SMOUTS (dir.), *Les nouvelles relations internationales*, Paris, Presses de Sciences Po, 1998, p. 183 à 202. Consultable sur *Cairn* [en ligne]. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.cairn.info/les-nouvelles-relations-internationales-9782724607554-page-183.htm>>.

¹⁶ M. VAN HOECKE, « Le droit en contexte », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013/1, volume 70, p. 189 à 193.

l'environnement d'un centre peuvent influencer le choix des moyens mis en œuvre dans la procédure arbitrale.

A.- Une réglementation insuffisante de l'arbitrage virtuel dans l'espace OHADA

L'AUA est silencieux sur la possibilité de dématérialiser une ou plusieurs étapes de la procédure d'arbitrage, et la faculté de tenir des réunions ou des audiences à distance. Pourtant, l'influence des solutions technologiques dans la justice privée ne cesse de croître¹⁷. S'il établit des règles générales de conduite de la procédure d'arbitrage, l'AUA laisse aux arbitres et aux parties dans le cadre d'un arbitrage *ad hoc*, ou aux règlements d'arbitrage des centres en cas d'arbitrage institutionnel, le soin d'organiser les modalités pratiques de l'arbitrage.

Dans le Règlement d'arbitrage de la CCJA, comme dans les règlements d'arbitrage des centres nationaux, l'usage des TIC est généralement prévu dans deux cas : la communication écrite entre les parties, l'arbitre et le centre (1) et la tenue de la réunion de cadrage (2). Certains règlements d'arbitrage précisent aussi que les arbitres instruisent la cause dans les plus brefs délais par « *tous moyens appropriés* », leur permettant ainsi de prévoir l'usage des TIC dans les procédures (3).

1.- Communication électronique au cours de la procédure arbitrale

La communication électronique est sans doute la partie la plus visible du processus de dématérialisation de la justice arbitrale. L'activité propre au déroulement de l'arbitrage génère un accroissement flagrant du trafic documentaire¹⁸. À la CCJA par exemple, l'usage des TIC est surtout envisagé pour la communication écrite entre les parties, le tribunal arbitral et le centre d'arbitrage. Ainsi, l'article 12.1 alinéa 1 du Règlement d'arbitrage de la CCJA dispose que « *les mémoires et toutes communications écrites [...], ainsi que toutes pièces annexes, sont fournis en autant d'exemplaires qu'il y a de parties plus un pour chaque arbitre et une copie électronique est envoyée au Secrétaire Général* ». L'alinéa suivant dispose que le tribunal arbitral ainsi que les parties adressent au secrétariat général copie électronique de tous les échanges relatifs à la procédure¹⁹. Il s'agit d'une innovation issue de la réforme de 2017. Les notifications et communications du secrétaire général et du tribunal arbitral aux parties peuvent aussi être faites par tout

¹⁷ « Présentation du rapport sur l'arbitrage en ligne », groupe de travail présidé par T. CLAY, *Club des juristes* [en ligne], 2019. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.leclubdesjuristes.com/les-commissions/larbitrage-en-ligne/>>.

¹⁸ « *Les juristes créent davantage de documents et les produisent d'autant plus vite que progresse leur aptitude à l'exploitation des outils informatiques, eux-mêmes de plus en plus performants. Les mémoires échangés en arbitrage sont d'autant plus prolixes qu'ils reproduisent [...] de larges extraits de pièces, de déclarations de témoins et d'experts, ce que permet leur accessibilité en support électronique* », *ibid.*, p. 80.

¹⁹ « Règlement d'arbitrage de la CCJA », *Droit-afrique.com* [en ligne], 23 novembre 2017. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<http://www.droit-afrique.com/uploads/OHADA-Reglement-2017-arbitrage-CCJA.pdf>>.

moyen électronique permettant de fournir la preuve de l'envoi²⁰. En vue des échanges électroniques, la demande d'arbitrage, la réponse à la demande et la demande d'intervention forcée doivent contenir l'adresse électronique du demandeur et du défendeur²¹.

Bon nombre de centres d'arbitrage nationaux prévoient également l'envoi électronique des notifications, mémoires, correspondances et notes écrites aux parties, à l'arbitre et au centre d'arbitrage. Ainsi, l'article 18.2 du Règlement d'arbitrage du Centre de médiation et d'arbitrage du GICAM (CMAG)²² précise que les mémoires, correspondances et communications émanant du secrétariat général, du tribunal arbitral ou des parties sont valablement signifiés par tout envoi électronique laissant trace écrite. Pour sa part, l'article 9.2 alinéa 1 du Règlement d'arbitrage de la Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire (CACI)²³ dispose que la demande d'arbitrage, la réponse à cette demande, la demande reconventionnelle ainsi que les sentences arbitrales sont communiquées ou notifiées par lettre recommandée avec accusé de réception, par voie électronique ou par tout autre moyen laissant trace écrite. Enfin, le Règlement d'arbitrage du Centre de médiation et d'arbitrage de Niamey (CMAN) dispose à son article 9, que les notifications ou communications du secrétaire permanent et du tribunal arbitral peuvent être faites par voie électronique²⁴.

Les centres d'arbitrage nationaux profitent donc des avantages de la transmission par voie électronique à savoir l'immédiateté, la diffusion simultanée aux destinataires et la réduction des coûts de la procédure. *De facto*, la transmission électronique facilite le respect des délais procéduraux tout en permettant de dater précisément les communications intervenues au cours de l'arbitrage. Elle a d'autant plus de sens dans la zone OHADA que le service postal de plusieurs pays fonctionne mal. Toutefois, la quasi-totalité des centres d'arbitrage continue d'exiger que la demande d'arbitrage se fasse par l'envoi d'un courrier papier. Selon une auteure, ils devront bientôt se résoudre à adopter la transmission électronique dès la demande d'arbitrage²⁵. Cette dématérialisation des procédures dès la demande d'arbitrage s'observe déjà dans les grands centres d'arbitrage tels que la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) et le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux

²⁰ Article 12.2 du Règlement d'arbitrage de la CCJA.

²¹ Articles 5, 8 et 8-1 du Règlement d'arbitrage de la CCJA.

²² « Centre de médiation d'arbitrage du GICAM – Présentation », *Legicam* [en ligne], 3 juillet 2017. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.legicam.cm/index.php/p/presentation>>.

²³ Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire, *Courarbitrage* [en ligne]. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<http://www.courarbitrage.ci/>>.

²⁴ Centre de médiation et d'arbitrage de Niamey, *Cman* [en ligne]. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<http://www.cman.ne/>>.

²⁵ Durant la crise sanitaire, la London Court of International Arbitration a par exemple demandé aux parties de déposer leurs nouvelles demandes en ligne ou par e-mail avec la possibilité de payer les frais y afférents par voie électronique (carte de crédit ou compte bancaire) : « Online filing », *LCIA* [en ligne]. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<https://onlinefiling.lcia.org/>>.

investissements (CIRDI)²⁶. Rien n'empêche les parties d'établir, dans les limites de ce qui est admis par le règlement d'arbitrage, un protocole de transmission électronique²⁷.

2.- Tenue de la réunion de cadrage par visioconférence

La réunion de cadrage ou « *réunion préparatoire* »²⁸ est la première grande étape de la procédure après la constitution du tribunal arbitral. Elle a pour objectifs de fixer l'objet du litige, préciser la mission des arbitres et organiser la conduite de la procédure. Afin d'assurer la célérité de l'arbitrage, le Règlement d'arbitrage de la CCJA prévoit la possibilité pour le tribunal arbitral, avec l'accord des parties, de tenir la réunion de cadrage sous forme de vidéoconférence²⁹. Il s'agit d'une pratique de plus en plus courante en arbitrage international³⁰. Pour des auteurs, la CCJA aurait dû préciser les éléments techniques nécessaires à la mise en œuvre d'une telle méthode de travail, notamment en ce qui concerne la confidentialité de la procédure ; au risque que ce choix ne pose en pratique diverses difficultés³¹.

Il convient de noter que même si le tribunal arbitral est maître de la procédure, le moyen de la visioconférence pour tenir la réunion de cadrage ne peut être imposé aux parties. Leur adhésion à ce procédé, ainsi qu'une préparation adéquate de toutes les parties prenantes, sont les principaux gages de réussite d'une réunion de cadrage

²⁶ C. DU PAC DE MARSOULIES, « Nouvelles technologies et centres d'arbitrage en Afrique », *Lexbase Afrique-OHADA*, n° 40 du 14 janvier 2021 : (N)TIC. Lire aussi Arbitrage international, « Coronavirus (COVID-19) et tribunaux : passer du contentieux à l'arbitrage ? », *Arbitrage international* [en ligne], 18 avril 2020. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.international-arbitration-attorney.com/fr/coronavirus-covid-19-and-courts-moving-from-litigation-to-arbitration/>>.

Les institutions internationales d'arbitrage telles que la LCIA, l'Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, le Singapore International Arbitration Centre, ont continué de fonctionner malgré la crise sanitaire.

²⁷ M. PHILIPPE, « Where everyone is going with online dispute resolution (ODR) », *International business law journal*, 2002, n° 2, p. 167 à 210, spéc. p. 170.

²⁸ Article 16 du « Règlement d'arbitrage du Centre EV arbitrage et médiation », *Cabinet Vignon* [en ligne], 20 février 2018. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<https://cabinetvignon.net/2018/02/20/reglement-darbitrage/>>.

²⁹ Article 15.1 du Règlement d'arbitrage de la CCJA : « *Après réception du dossier, le tribunal arbitral convoque les parties ou leurs représentants dûment habilités et leurs conseils à une réunion de cadrage qui doit se tenir aussi rapidement qu'il est possible et, au plus tard, dans les quarante-cinq (45) jours de sa saisine. À cette occasion, le tribunal arbitral peut exiger la preuve du pouvoir de tout représentant d'une partie, s'il l'estime nécessaire. Le tribunal arbitral peut, avec l'accord des parties, tenir cette réunion sous forme de conférence téléphonique ou de vidéoconférence.* »

³⁰ Dans une enquête sur l'arbitrage international menée en 2018 par l'université Queen Mary, 43 % des répondants ont affirmé utiliser fréquemment la vidéoconférence en arbitrage, 17 % ont répondu toujours l'utiliser et 30 % ont répondu l'utiliser quelques fois. Arbitrage international, « Audiences virtuelles en arbitrage international », *Arbitrage international* [en ligne], 13 avril 2020. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.international-arbitration-attorney.com/fr/virtual-hearings-in-international-arbitration/>>.

³¹ E. ACKA ASSIEHUÉ, C. DU PAC DE MARSOULIES, T. LAURIOL, E. RAYNAUD, M. TAVAUT, *Le règlement d'arbitrage de la CCJA. Commentaire article par article*, Paris, LexisNexis, 2018, p. 160.

virtuelle³². On constate que la Cour commune ne prévoit pas explicitement l'audition des parties, des témoins ou même des experts, par visioconférence. Si les MARD sont des pratiques valorisant la qualité des rencontres entre les parties, la crise sanitaire a encouragé le développement des réunions à distance³³.

Comme à la CCJA et dans les mêmes termes, le Règlement d'arbitrage du Centre de médiation et d'arbitrage du GICAM prévoit la tenue de la réunion de cadrage par visioconférence ou par téléphone (article 14.1 alinéa 2). Contrairement à certains centres dans lesquels on a souhaité conserver l'oralité des échanges, la réunion préparatoire prévue dans le Règlement du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de N'Djamena (CAMC-N) peut se tenir « *en cas de difficulté* », uniquement par correspondance ou par échanges de courriers électroniques³⁴. Une disposition similaire se trouve dans le Règlement d'arbitrage du Centre permanent d'arbitrage et de médiation du CADEV (CPAM) qui dispose que « *si les circonstances l'exigent, la réunion préparatoire peut se tenir par correspondance et notamment par échanges de courriers électroniques* »³⁵. D'autres centres comme le Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la chambre de commerce et d'industrie du Bénin (CAMEC-CCIB) et le Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de Ouagadougou (CAMC-O) n'envisagent tout simplement pas dans leur règlement d'arbitrage, la tenue à distance de la réunion de cadrage³⁶. L'actualisation de ces textes s'avère donc nécessaire. Elle devrait aussi permettre l'organisation en ligne des audiences de procédure ou de plaidoiries, le tout dans le respect des principes du contradictoire et de l'égalité de traitement des parties³⁷. En pratique, bon nombre de centres d'arbitrage utilisent la visioconférence.

3.- Possibilité pour les arbitres d'instruire la cause par « tous moyens appropriés »

Les tribunaux arbitraux ont un pouvoir discrétionnaire (plus ou moins important) quant à la conduite des procédures arbitrales. Ainsi, l'article 19.1 alinéa 1 du Règlement d'arbitrage de la CCJA dispose que le tribunal arbitral instruit la cause dans les plus brefs délais « *par tous moyens appropriés* ». Pour Achille Ngwanza, « *cette disposition*

³² Conférence des arbitres du Québec, « Guide sur l'arbitrage par visioconférence », *Barreau.qc.ca* [en ligne], 22 avril 2020. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.barreau.qc.ca/media/2413/20200423-conference-arbitres-guide-arbitrage-videoconference.pdf>>.

³³ Sur le recours à l'arbitrage en ligne, lire une présentation du CMAP sur « Arbitrage et médiation en ligne en toute sécurité au CMAP », *CMAP* [en ligne]. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.cmap.fr/arbitrage-et-mediation-en-ligne-en-toute-securite-au-cmap/>>.

³⁴ Article 23.3 du Règlement d'arbitrage.

³⁵ Article 19 du règlement du CPAM, « Règlement d'arbitrage et de médiation », *Cadev-afrique* [en ligne], juin 2012. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<http://cadev-afrique.org/wp-content/uploads/2018/02/rg2018.pdf>>.

³⁶ Voir notamment l'article 13 du Règlement d'arbitrage du CAMEC-CCIB.

³⁷ C. DU PAC DE MARSOUILIES, *Nouvelles technologies et centres d'arbitrage en Afrique*, *op. cit.*

constitue l'épine dorsale du pragmatisme qui doit innover la gestion d'une procédure CCJA »³⁸. Les Règlements d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de Ouagadougou (article 22.1), du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la chambre de commerce et d'industrie du Bénin (article 17.1)³⁹, du Centre EV arbitrage et médiation (article 21.1)⁴⁰, et du Centre de médiation et d'arbitrage du GICAM (article 27.1) contiennent la même disposition. Autrement dit, le tribunal arbitral choisit librement les moyens techniques les plus adaptés en vue d'une résolution efficace du différend. Les parties et les arbitres peuvent par conséquent décider de stocker des documents sur le cloud ou utiliser Cisco Webex pour tenir une audience. Des praticiens s'accordent d'ailleurs pour dire que rien n'empêche le recours à la visioconférence pour les auditions à la CCJA⁴¹.

Le Centre EV arbitrage et médiation est le seul qui envisage une procédure arbitrale complètement dématérialisée, en prévoyant la tenue à distance des réunions et audiences. En effet, l'article 8.3 de son règlement d'arbitrage dispose que « *si les parties en conviennent ou si cela s'avère utile pour l'arbitre, tout ou partie de l'arbitrage peut être effectué par téléphone, courrier électronique, Internet, ou toute autre forme de communication* ». Si l'on peut saluer la grande liberté laissée à l'arbitre et aux parties, on regrette l'absence de précisions sur la mise en œuvre de ces moyens et le respect des principes généraux de l'arbitrage (principe du contradictoire, égalité des parties, loyauté procédurale, confidentialité, etc.).

À la lecture des règlements d'arbitrage, il apparaît que le recours aux TIC est possible dans bon nombre de centres d'arbitrage de l'espace OHADA. La question est cependant traitée de manière insuffisante, ce qui pourrait expliquer la réticence des parties à y recourir. En effet, en l'état actuel, diverses problématiques telles que celles liées à la signature électronique des sentences, à la reconnaissance des sentences dématérialisées et à la gestion des données confidentielles ne sont pas abordées. Le Règlement d'arbitrage du Centre permanent d'arbitrage et de médiation du CADEV est le seul à avoir évoqué la signature électronique en ces termes : « *Les communications par voie électronique sont valables, à condition de porter clairement la signature électronique de l'auteur [...]* »⁴².

De manière générale, les règlements d'arbitrage ne contiennent pas de mesures « *d'atténuation des risques* » propres à l'usage des TIC, notamment ceux liés aux

³⁸ A. NGWANZA, « L'arbitrage CCJA à l'épreuve de la pandémie du coronavirus », *Bulletin ERSUMA de pratique professionnelle*, mai 2020, n° 3, p. 32 à 36.

³⁹ « Service d'arbitrage et de médiation », *Chambre de commerce et d'industrie du Bénin* [en ligne]. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.ccibenin.org/service-camec/>>.

⁴⁰ « Présentation du centre EV arbitrage et médiation », *Cabinet Vignon* [en ligne]. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<https://cabinetvignon.net/centre-ev-arbitrage-mediation-vignon/>>.

⁴¹ E. ACKA ASSIEHUÉ, C. DU PAC DE MARSOULIES, T. LAURIOL, E. RAYNAUD, M. TAVAUT, *Le règlement d'arbitrage de la CCJA. Commentaire article par article, op. cit.*, p. 196.

⁴² Article 14.3

cyberattaques. Les centres d'arbitrage ne semblent pas outillés pour recourir de manière sécurisée aux TIC (absence de systèmes de protection des données, de lutte contre l'espionnage industriel, etc.). Pourtant, les conséquences des atteintes à la cybersécurité⁴³ en arbitrage peuvent être désastreuses tant pour les parties que pour le centre d'arbitrage. Elles peuvent être de divers ordres en fonction des circonstances de l'affaire : perte économique pour le participant dont les informations sont divulguées, responsabilité contractuelle et/ou délictuelle en vertu des lois applicables, etc.⁴⁴ La majorité des centres ne prévoit pas la publication en ligne des sentences arbitrales ; la confidentialité étant le principe dans l'arbitrage OHADA. Cependant, au moins trois centres d'arbitrage envisagent, avec l'accord des parties, une telle publication. Il s'agit de la CCJA⁴⁵, la Cour d'arbitrage de Côte d'Ivoire⁴⁶ et le Centre de médiation et d'arbitrage du GICAM⁴⁷.

Une mise à jour des règlements d'arbitrage est donc souhaitable afin de tenir davantage compte des progrès technologiques dans leur globalité. Au-delà des textes incomplets, d'autres facteurs freinent l'usage des TIC dans l'arbitrage institutionnel OHADA.

B.- Un environnement technologique en construction dans les centres d'arbitrage

Les TIC peuvent être mises au service de l'arbitrage de diverses manières : modèles de clauses et règlements d'arbitrage en ligne, échanges électroniques de courriers, utilisation du cloud, etc.⁴⁸ Il ressort toutefois d'un webinar du 19 novembre 2020, sur le thème « *The New Information Age and Its Effect on African Arbitral Institutions* »⁴⁹, que tout reste à faire en matière d'équipements numériques dans beaucoup de centres d'arbitrage africains. Plusieurs facteurs constitueraient même des freins au

⁴³ La cybersécurité est la protection des systèmes connectés à Internet contre les menaces informatiques visant le matériel, les logiciels et les données. La Rédaction TechTarget, « Cybersécurité », *TechTarget* [en ligne], mise à jour mars 2021. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<https://whatis.techtarget.com/fr/definition/cybersecurite#:~:text=La%20cybers%C3%A9curit%C3%A9%20est%20la%20protection,les%20logiciels%20et%20les%20donn%C3%A9es>>.

⁴⁴ A. TZEVELEKOU, « La cybersécurité dans l'arbitrage international », *Arbitrage international* [en ligne], 30 janvier 2020. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.international-arbitration-attorney.com/fr/cybersecurity-in-international-arbitration/>>.

⁴⁵ Article 14 alinéa 3 du RA de la CCJA « *Le Secrétaire Général est autorisé à publier des extraits de sentences arbitrales sans mentionner les éléments permettant d'identifier les parties* ».

⁴⁶ Article 3 « *Les parties, les arbitres et la GAGI s'abstiennent de rendre publique une sentence sans l'accord des parties, sauf si la décision fait l'objet d'un recours devant les juridictions étatiques* ».

⁴⁷ Article 17.1 du RA du CMAG « *Les sentences arbitrales peuvent être publiées avec l'accord écrit des Parties* ». Article 17.3 « *Le Centre est autorisé à insérer dans ses publications des extraits des sentences arbitrales sans mentionner les éléments permettant d'identifier les Parties.* »

⁴⁸ G. DECOCQ, « L'influence d'Internet sur la pratique de l'arbitrage », *Revue de l'arbitrage*, Comité français de l'arbitrage, 2012, volume 2012, n° 4, p. 769-777.

⁴⁹ *Arbitrator intelligence* [en ligne]. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<https://arbitratorintelligence.com/>>.

développement de l'arbitrage virtuel dans la zone OHADA : les moyens financiers limités des centres d'arbitrage (1), l'absence de formation de leur personnel (3) et la mauvaise qualité de la connexion Internet dans les États (2).

1.- Les moyens financiers limités des centres d'arbitrage

Dans un article intitulé « *le marché de l'arbitrage dans l'espace OHADA* »⁵⁰, Marie-Andrée Ngwe fait un bilan de l'activité des centres d'arbitrage de la sous-région⁵¹. Il en ressort qu'il en existe au moins un par État-membre de l'OHADA, sauf en Guinée-Équatoriale et en Guinée-Bissau⁵². Leur coût de fonctionnement est fonction de leur taille et l'administration des arbitrages est assimilée à une prestation de service rémunérée⁵³. La principale source de revenus des centres est donc constituée des frais de procédure payés par les parties. Quelques centres organisent des formations payantes en MARD. Rares sont ceux comme le Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de Ouagadougou qui ont déjà bénéficié de l'aide financière d'une institution internationale⁵⁴. Les centres rattachés à une chambre de commerce ou à une association peuvent recevoir de celles-ci des subventions.

Dans la majorité des États de l'OHADA, la culture de l'arbitrage est encore peu développée, les acteurs économiques confient par conséquent peu de dossiers aux centres. Ils ont donc des moyens financiers limités qui leur permettent à peine de fonctionner normalement. Comment donc demander aux centres d'arbitrage sans budget annuel stable et conséquent d'investir dans l'achat d'un matériel informatique de dernière génération ? En effet, s'abonner aux services de visioconférence tels que Tixeo⁵⁵ ou Blue Jeans⁵⁶ a un coût, que les centres ne sont pas prêts à payer sans être sûrs de rentrer dans leurs frais, faute de dossiers. Or, organiser des réunions virtuelles de

⁵⁰ M.-A. NGWE, « Le marché de l'arbitrage dans l'espace OHADA », in A. NGWANZA (dir.), *Vingt ans d'arbitrage OHADA : bilan et perspectives*, op. cit., p. 397 et s.

⁵¹ Pour une appréciation générale des activités des centres d'arbitrage en Afrique, M.-A. NGWE, « État des lieux de l'arbitrage en Afrique », *Association française d'arbitrage* [en ligne], 19 septembre 2018. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet :

<http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/2018/12/2018_AFA_Conference_Etat-des-lieux-de-l-arbitrage-en-Afrique-Marie-Andree-Ngwe.pdf>.

⁵² E. ONYEMA, « L'arbitrage en Afrique, Rapport d'enquête 2020 », *Research arbitration Africa* [en ligne], 30 juin 2020. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet :

<[https://researcharbitrationafrica.com/files/survey-2020/2020%20Arbitration%20in%20Africa%20Survey%20Report%20\(French%20Translation\).pdf](https://researcharbitrationafrica.com/files/survey-2020/2020%20Arbitration%20in%20Africa%20Survey%20Report%20(French%20Translation).pdf)>.

⁵³ Au sujet du financement des centres d'arbitrage, M. W. BÜLHER, « Le financement des centres d'arbitrage. Quelques réflexions », in B. W. HAMIDA et T. CLAY (dir.), *L'argent dans l'arbitrage*, op. cit., p. 51 et s.

⁵⁴ CAMC-O [en ligne]. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<https://camco.bf/ressources-partenaires/>>.

⁵⁵ Sur l'usage de cet outil par un centre d'arbitrage, lire « Arbitrage et médiation en ligne en toute sécurité au CMAP », *CMAP* [en ligne]. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.cmap.fr/arbitrage-et-mediation-en-ligne-en-toute-securite-au-cmap/>>.

⁵⁶ *BlueJeans* [en ligne]. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.bluejeans.com/fr>>.

plusieurs jours, faisant intervenir divers participants (traducteurs, conseils, etc.), dans le respect d'un certain nombre de règles, suppose l'utilisation d'une technologie de pointe et le recours à des hébergeurs spécialisés. Bien plus, les centres de la zone sont surtout sollicités en matière d'arbitrage « *domestique* »⁵⁷, pour lequel les parties préféreront généralement des rencontres physiques.

En conséquence, les « *petits* » centres ne disposent pas d'équipements adéquats pour migrer vers le numérique. Pourtant, le recours à une technologie avancée, l'existence d'un système efficace de gestion des dossiers, d'une bibliothèque numérique et d'un site Internet fonctionnel, le classement en ligne des documents, sont autant d'aménagements technologiques recherchés par les firmes internationales⁵⁸. Le manque de moyens financiers influence aussi négativement la visibilité des centres d'arbitrage. Plusieurs d'entre eux utilisent le site Internet de leur organisme de rattachement, faute de site propre⁵⁹. Toutefois bon nombre de sites ne sont même pas à jour. Bien plus, au moins huit centres d'arbitrage de la zone OHADA n'ont pas publié en ligne leur règlement d'arbitrage⁶⁰.

Cet état de fait peut expliquer les résultats d'une enquête de 2020, qui ne classe aucun centre de l'espace OHADA parmi les cinq meilleurs centres d'arbitrage en Afrique. En effet, d'après cette étude, les centres plébiscités par les praticiens à savoir l'Arbitration Foundation of Southern Africa, le Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration, le Kigali International Centre, la Lagos Court of Arbitration, et le Nairobi Centre for International Arbitration, sont équipés d'importants moyens technologiques⁶¹. La CCJA fait tout de même partie des centres recommandés par les participants à l'enquête. Dans l'OHADA, seule Abidjan fait partie des dix premières villes africaines pour l'arbitrage⁶². Parmi les critères d'élaboration dudit classement, figure l'accès aux technologies et aux aménagements modernes⁶³.

⁵⁷ Arbitrage interne : les parties se trouvent dans le même État.

⁵⁸ E. ONYEMA, « L'arbitrage en Afrique », *loc. cit.*, p. 14.

⁵⁹ C. DU PAC DE MARSOUILLIES, *Nouvelles technologies et centres d'arbitrage en Afrique*, *op. cit.*

⁶⁰ C'est le cas de la Cour d'arbitrage et de médiation des Comores, de la Chambre d'arbitrage de Guinée ou encore du Centre de médiation et d'arbitrage du Congo. Sur le sujet, M.-A. NGWE, « Le marché de l'arbitrage dans l'espace OHADA », in A. NGWANZA (dir.), *Vingt ans d'arbitrage OHADA : bilan et perspectives*, *op. cit.*, p. 397 et s.

⁶¹ E. ONYEMA, « L'arbitrage en Afrique », *loc. cit.*, p. 13.

⁶² *Ibid.*, p. 20.

⁶³ Les autres critères sont : la disponibilité d'une expertise en matière d'arbitrage, l'accessibilité, les lois et juridictions favorables à l'arbitrage, la stabilité politique, la sécurité, la situation géographique des villes, etc.

2.- La mauvaise qualité de la connexion Internet dans certains États

Il existe en Afrique d'importantes inégalités s'agissant de l'accès à Internet : moins d'un tiers des Africains auraient accès à Internet⁶⁴. Ceci s'explique par le fait qu'alors qu'un pays est correctement connecté lorsqu'il reçoit sur ses terres trois câbles sous-marins de fibre optique, de nombreux pays africains ne sont reliés qu'à un seul câble (Guinée-Bissau, Congo) ou deux (Bénin). Dans d'autres États, c'est le réseau de fibre optique terrestre qui est relativement fragile. Le taux de pénétration de la 3G/4G en Afrique n'atteint que 25 % en moyenne des populations⁶⁵. Selon une liste dressée par le magazine américain *Ceoworld*, aucun pays africain ne figure dans le top 50 des meilleures connexions du monde⁶⁶. Le retard de l'espace OHADA en matière de connectivité est donc avéré. La vitesse de téléchargement reste limitée lorsque cela est possible et la qualité des bandes passantes est parfois déplorable.

Comme les autres utilisateurs, les centres d'arbitrage sont victimes des coupures d'Internet et d'une connexion de mauvaise qualité⁶⁷ ; ce qui peut être particulièrement handicapant pour leurs activités. En effet, comment envisager une audition de témoins à distance sans connexion Internet fiable ? Pourquoi engager des coûts d'abonnement à des plateformes comme MS Teams si on n'est pas sûr de pouvoir utiliser de manière optimale les services correspondants ? Pourra-t-on imposer à une partie, sans enfreindre le principe de l'égalité de traitement, l'organisation d'une audience virtuelle alors qu'elle se trouve dans une ville exposée au délestage électrique ? Tout cela peut en partie expliquer les « réticences » de certains centres d'arbitrage à n'utiliser que les voies électroniques. Au Centre de médiation et d'arbitrage du GICAM par exemple, quand bien même une communication est faite par voie électronique, le document papier concerné est généralement envoyé aux destinataires⁶⁸. Plutôt que de prendre le risque de ne pouvoir mener à bien l'audition à cause d'une connexion Internet défaillante,

⁶⁴ K. POILREULT, « Pourquoi les connexions Internet sont plus fragiles en Afrique », *Jeune Afrique* [en ligne], 29 avril 2020. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.jeuneafrique.com/936874/economie/pourquoi-les-connexions-Internet-sont-plus-fragiles-en-afrique/>>.

⁶⁵ Banque Mondiale, « Garantir l'accès au haut débit pour tous en Afrique – un enjeu à 100 milliards de dollars », *Banquemonde.org* [en ligne], 17 octobre 2019. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.banquemonde.org/fr/news/press-release/2019/10/17/achieving-broadband-access-for-all-in-africa-comes-with-a-100-billion-price-tag>>.

⁶⁶ M. DIOP, « Internet : voici les 5 pays africains disposant des meilleurs débits de connexion, selon *Ceoworld* », *Le 360 Afrique.com* [en ligne], 25 février 2020. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<https://afrique.le360.ma/maroc-tunisie/societe/2020/02/25/29624-Internet-voici-les-5-pays-africains-disposant-des-meilleurs-debits-de-connexion-selon>>.

⁶⁷ C. DU PAC DE MARSOULIES, *Nouvelles technologies et centres d'arbitrage en Afrique*, op. cit.

⁶⁸ Cette pratique se rapproche de celle décrite à l'article 12 (b) des règles IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international qui dispose que « *sauf accord contraire des Parties, ou en l'absence d'accord sur décision du tribunal arbitral, les Documents qu'une Partie conserve sous forme électronique, doivent être déposés ou produits sous la forme la plus pratique ou économique afin d'être raisonnablement exploitables par leurs destinataires* ». Les Règles IBA sont consultables sur *International Bar Association* [en ligne]. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx>.

certaines centres encourageront le tribunal arbitral à convoquer les témoins en présentiel. La pandémie de la COVID-19 a cependant montré que l'audition physique n'est pas toujours possible.

3.- L'absence de formation du personnel administratif à l'usage des TIC

L'adoption d'une technologie suppose que ses utilisateurs en maîtrisent le fonctionnement. L'influence d'Internet est aujourd'hui telle que tous les acteurs de l'arbitrage, y compris le personnel des centres d'arbitrage, l'utilisent quotidiennement. La transmission de documents par voie électronique ou l'échange par e-mail ne posent donc pas particulièrement de difficultés au personnel d'un centre. Mais, lorsqu'il s'agit d'organiser des réunions virtuelles en prévoyant de multiples salles d'attente et un système organisé de prise de parole, de planifier de réunions sur Doodle, de partager un écran pour montrer des documents, l'on ne peut pas préjuger de la compétence de ce personnel⁶⁹. Il doit pourtant être en première ligne pour porter assistance aux arbitres et aux parties dans la prise en main des TIC. Le personnel des centres aura probablement besoin de tutoriels pour se familiariser avec la technologie, la plateforme, les applications et l'équipement à utiliser pendant les audiences virtuelles⁷⁰ par exemple. Une formation sera également nécessaire pour les traducteurs à qui il sera demandé de faire une interprétation simultanée ou consécutive dans un environnement particulier, les transcripteurs ne devront pas être en reste.

Le recours à l'intelligence artificielle pour le choix des arbitres demeure marginal dans les centres d'arbitrage de l'espace OHADA⁷¹. Le processus d'insertion des TIC dans la conduite des procédures dans les centres d'arbitrage de l'espace OHADA prendra probablement un certain temps, mais il s'avère capitale pour le rayonnement de l'arbitrage OHADA.

II.- Plaidoyer pour le développement des TIC dans les centres d'arbitrage de la zone OHADA

Le développement des TIC dans les centres d'arbitrage de la zone OHADA est une nécessité à plusieurs égards. Il accroîtra la visibilité des centres, facilitera leur accessibilité aux investisseurs étrangers, et créera de nouvelles opportunités pour divers

⁶⁹ K. DOGUE, *La médiation en ligne*, intervention lors de la 12^e matinée de formation de l'ERSUMA, 17 septembre 2020, sur le thème « Comment pratiquer la médiation en ligne pendant la crise sanitaire de la COVID-19 ».

⁷⁰ Cour internationale d'arbitrage, « Note d'orientation sur les mesures possibles visant à atténuer les effets de la pandémie du COVID-19 (Annexe I) », *Iccwbo.org* [en ligne], 9 avril 2020. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/05/guidance-note-possible-measures-mitigating-effects-covid-19-franais.pdf>>.

⁷¹ Sur le sujet de l'emploi de l'intelligence artificielle en arbitrage, lire J.-B. RACINE, « Arbitrage et intelligence artificielle », *Revue de l'arbitrage*, Comité français de l'Arbitrage, 2019, volume 2019, n° 4, p. 1025-1067.

corps de métiers (informaticiens, IT Manager, webmaster, etc.). Les centres d'arbitrage ne sont pas les seuls à devoir œuvrer dans ce sens (A), les autres acteurs de l'arbitrage à savoir les arbitres et les parties ont également un important rôle à jouer (B).

A.- Le rôle déterminant des centres d'arbitrage dans la promotion de l'arbitrage virtuel

Afin d'accroître l'usage des TIC dans la conduite des procédures arbitrales, les centres pourraient modifier leur règlement d'arbitrage (1), s'équiper du matériel adéquat (2), et enfin élaborer des guides d'usage des TIC à destination des parties et des arbitres (3).

1.- La révision des règlements d'arbitrage

Les règlements d'arbitrage des centres régissent insuffisamment l'usage du numérique dans les procédures arbitrales. Or, le contenu de leurs règlements d'arbitrage est susceptible d'influencer le choix des parties et des arbitres en la matière. La crise sanitaire ayant révélé la nécessité de repenser les méthodes de travail dans les centres, quels sont les points qui pourraient être abordés dans les règlements d'arbitrage pour encourager le recours aux TIC ?

- La tenue d'une vidéoconférence

Les règlements d'arbitrage de certains centres de l'espace OHADA ne contiennent aucune disposition relative à l'organisation d'audiences / réunions virtuelles au cours des procédures. C'est le cas du règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la chambre de commerce et d'industrie du Bénin. Comme la CCI, les centres d'arbitrage de la zone OHADA pourraient encourager les parties et les arbitres à prévoir des réunions à distance, en insérant dans leur règlement des dispositions organisant ce type de rencontres. Elles ont pour avantages un gain de temps, la réduction des coûts, la diminution des risques de contamination en cas de pandémie, etc.

- La signature électronique des documents

La problématique de la signature électronique n'a quasiment pas été abordée dans les règlements d'arbitrage. Or, qui dit réunion à distance, dit potentiellement signature électronique. Le Règlement d'arbitrage de la CCJA par exemple est silencieux sur le moyen de signature du procès-verbal lorsque la réunion de cadrage se déroule par visioconférence. Il évoque cependant la signature électronique à plusieurs reprises, notamment aux articles 5 et 6 relatifs à la demande et à la réponse à la demande

d'arbitrage⁷². L'article 82 alinéa 1 de l'Acte Uniforme portant sur le droit commercial général (AUDCG) dispose que « *les documents sous forme électronique peuvent se substituer aux documents sous forme papier et sont reconnus comme équivalents lorsqu'ils sont établis et maintenus selon un procédé technique fiable qui garantit à tout moment l'origine du document et son intégrité au cours des traitements et transmission électronique* ». Aux termes du dernier alinéa de cet article, l'usage d'une signature électronique qualifiée est considéré comme un procédé technique fiable⁷³. Achille Ngwanza déduit de l'AUDCG qu'un tribunal arbitral peut décider que la signature du procès-verbal se fera par voie électronique, soit en scannant la signature soit en utilisant une signature électronique proprement dite⁷⁴. Une telle option permet de réduire les délais de transmission qui en temps de crise sanitaire peuvent être particulièrement longs si l'on choisit l'envoi papier.

- La cybersécurité

Les centres d'arbitrage ont un rôle central dans la protection des données échangées électroniquement au cours des procédures d'arbitrage. En effet, ils sont les mieux placés pour mettre en place des stratégies de cybersécurité. Les arbitres peuvent également dans les ordonnances de procédure, prendre des mesures adaptées à chaque cas. Sans entrer dans le détail de la réglementation ni des procédés, le règlement d'arbitrage pourrait faire référence à telle loi nationale⁷⁵ ou à telle convention internationale⁷⁶ pour rappeler aux parties le contexte du recours aux TIC, les implications et les responsabilités. L'évocation même rapide de la protection des données et des impératifs de cybersécurité, rassurerait davantage les parties sur la fiabilité des procédures électroniques.

Il reviendra aussi au législateur de l'OHADA de compléter l'AUA en y insérant des dispositions en lien avec l'arbitrage à distance. Il pourrait par exemple s'attacher à sécuriser l'acte électronique en tant que mode de preuve en précisant sa recevabilité et sa force probante⁷⁷. À l'heure actuelle, parmi les pièces exigées pour la procédure

⁷² A. NGWANZA, *L'arbitrage CCJA à l'épreuve de la pandémie du coronavirus*, op. cit., p. 33.

⁷³ Pour en savoir plus sur l'introduction des TIC dans l'AUDCG, lire T. PIETTE-COUDOL, « Révision de l'AUDCG : ouverture à la dématérialisation et aux échanges électroniques sécurisés », *Institut-idef.org* [en ligne], avril 2011. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <http://www.institut-idef.org/IMG/pdf/AUDCG_TIC_commentTPC_1_.pdf>.

⁷⁴ A. NGWANZA, *L'arbitrage CCJA à l'épreuve de la pandémie du coronavirus*, op. cit., p. 33.

⁷⁵ Telle que la loi ivoirienne n° 2013-451 du 19 juin 2013 relative à la lutte contre la cybercriminalité, consultable sur *Journal officiel de la République de Côte d'Ivoire*, *Droit-afrique.com* [en ligne], 12 août 2013. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<http://www.droit-afrique.com/upload/doc/cote-divoire/RCI-Loi-2013-451-lutte-cyber-criminalite.pdf>>.

⁷⁶ Telle que la « Convention de l'Union africaine sur la cybersécurité et la protection des données à caractère personnel », adoptée le 27 juin 2014, consultable sur *Au.int* [en ligne]. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <https://au.int/sites/default/files/treaties/29560-treaty-0048_-_african_union_convention_on_cyber_security_and_personal_data_protection_f.pdf>.

⁷⁷ L'article 1366 du Code civil français par exemple, pose deux conditions pour qu'un écrit électronique soit reconnu comme preuve au même titre qu'un document papier : la personne dont il émane doit être

d'exéquat, figure la sentence arbitrale en originale ou en copie⁷⁸. Aussi, il est difficile d'envisager l'apposition de la formule exécutoire sur une copie électronique de la sentence⁷⁹.

2.- La mise en place de supports techniques standards dans les centres

La dématérialisation des procédures d'arbitrage et notamment l'organisation d'audiences virtuelles suppose l'achat d'un support technique minimum par les centres. En effet, la technologie de conférence a fait beaucoup de progrès⁸⁰. De manière générale, tous les participants (parties, conseils, arbitres, secrétaire du tribunal) doivent avoir un appareil électronique doté d'un microphone et d'une caméra fonctionnels, un accès Internet haut débit fluide, et un casque d'écoute⁸¹. Ils doivent aussi pouvoir scanner des documents. Le centre d'arbitrage devra, en plus, s'abonner à une plateforme de visioconférence. Idéalement, il doit pouvoir faire appel, surtout en cas d'organisation de visioconférences, à un personnel « *support* » ayant l'expertise nécessaire. Il peut arriver que l'une des parties ne puisse se connecter de manière autonome et qu'il faille qu'elle se rende dans les locaux du centre, alors que la partie adverse se trouve dans un autre pays. Afin de réduire les coûts, les centres d'arbitrage situés dans un même État pourraient partager les frais d'abonnement à une solution de vidéo-collaboration sécurisée, et en faire un usage partagé.

Le fait que les centres d'arbitrage de l'espace OHADA n'aient pas réellement communiqué, pendant la crise sanitaire, sur les moyens mis en œuvre pour permettre la continuité des procédures pendantes devant eux, montre les efforts qu'il reste à faire en matière d'arbitrage virtuel. Le CIRDI par exemple a annoncé que le dépôt électronique était désormais la procédure normale, et que les décisions et les sentences arbitrales seraient rendues par voie électronique. Mais s'il a pu aussi rapidement changer de cap,

dûment identifiée et l'écrit doit être établi et conservé dans les conditions de nature à en garantir l'intégrité. Sur la dématérialisation de la justice privée, voir « L'arbitrage en ligne », groupe de travail présidé par T. CLAY, *Le Club des juristes* [en ligne], avril 2019. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2019/04/Rapport-arbitrage-en-ligne-Club-des-juristes-avril-2019.pdf>>.

⁷⁸ Article 30 de l'AUA

⁷⁹ N. AKA, A. FÉNÉON et J.-M. TCHAKOUA, *Le nouveau visage de l'arbitrage et de la médiation en Afrique [OHADA]*, Paris, LGDJ, 2018, p. 148.

⁸⁰ J. NICHOLL, H. GRAY et E. VAN EYKEN, « Canada : Covid-19 Disputes : Conclusions finales par vidéoconférence – « Le spectacle continue ! », *Clyde & Co* [en ligne], 8 avril 2020, mise à jour 23 mai 2020. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.mondaq.com/canada/arbitration-dispute-resolution/939424/covid-19-disputes-conclusions-finales-par-vidéoconférence--le-spectacle-continue->>>.

⁸¹ Conférence des arbitres du Québec, « Guide sur l'arbitrage par visioconférence », *Conférence des arbitres du Québec* [en ligne], 15 septembre 2020, p. 4. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<http://www.conference-des-arbitres.qc.ca/documents/files/guide-sur-l-arbitrage-et-la-mediation-par-visioconférence-15-sept-2020.pdf>>.

c'est grâce aux investissements faits depuis quelques années, dans les systèmes de technologies de l'information⁸².

3.- L'élaboration de guides à l'usage des acteurs de l'arbitrage

Il peut y avoir des réticences à changer des habitudes et des façons de faire. En effet, l'usage de la visioconférence par exemple pour tenir une audience, peut au départ donner l'impression aux parties de faire un saut dans l'inconnu. Un travail psychologique doit être fait en amont pour minimiser les craintes⁸³. Afin de faciliter le recours à la visioconférence au cours des procédures, un certain nombre d'institutions arbitrales ou de comités de savants ont élaboré des guides ou rédigé des notes à destination de la communauté arbitragiste. La CCI a par exemple publié en avril 2020, une « *note d'orientation sur les mesures possibles visant à atténuer les effets de la pandémie du Covid-19* »⁸⁴. Elle y rappelle les outils procéduraux destinés à réduire les retards liés à la pandémie, et fournit des conseils sur l'organisation d'audiences virtuelles. En annexe, ladite note contient une liste de vérifications à effectuer par les parties et le tribunal arbitral lors de la rédaction d'un protocole d'audiences virtuelles. Elle propose aussi des clauses types pour les cyber-protocoles et les ordonnances de procédure relatives à l'organisation des audiences virtuelles. Un tel document, ayant à la fois un aspect très pratique mais également pédagogique, pourrait être produit par les centres d'arbitrage de la zone OHADA, non seulement pour situer les parties et les arbitres sur les possibilités offertes quant au recours au numérique, mais également les aider à appréhender ces nouveaux modes de travail.

La Conférence des arbitres du Québec a également élaboré un guide sur l'arbitrage par visioconférence qui pourrait inspirer les centres africains⁸⁵. Il traite des équipements techniques nécessaires pour réussir une visioconférence au cours d'un arbitrage, des problématiques de sécurité et de confidentialité que posent ce mode de communication en arbitrage, de la preuve documentaire, des conditions d'enregistrement des débats, etc. Il y a aussi le guide des audiences virtuelles produit par l'American Arbitration Association et l'International Centre for Dispute Resolution⁸⁶ qui donne des conseils

⁸² Dans le rapport annuel 2020 du CIRDI, le Centre met un coup de projecteur sur la technologie utilisée et vante la robustesse de sa sécurité avec un chiffrement de bout en bout, une transcription en temps réel par sténographie judiciaire, etc. « Rapport annuel du CIRDI 2020 », *Icsid.worldbank.org* [en ligne], 2020. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet :

<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ICSID_AR20_French_CRA_Web.pdf>.

⁸³ Conférence des arbitres du Québec, « Guide sur l'arbitrage par visioconférence », *loc. cit.*, p. 3.

⁸⁴ Cour internationale d'arbitrage, « Note d'orientation sur les mesures possibles visant à atténuer les effets de la pandémie du COVID-19 (Annexe I) », *loc. cit.*

⁸⁵ Conférence des arbitres du Québec, « Guide sur l'arbitrage par visioconférence », *Barreau.qc.ca* [en ligne], *loc. cit.*

⁸⁶ American Arbitration Association, « AAA-ICDR® Virtual Hearing Guide for Arbitrators and Parties Utilizing Zoom », *Adr.org* [en ligne], 2021. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<https://go.adr.org/rs/294-SFS->

techniques pour l'organisation d'une visioconférence. Le protocole sur la visioconférence dans l'arbitrage international, du Conseil coréen d'arbitrage commercial, est quant à lui destiné à servir de guide des meilleures pratiques de planification et d'organisation des vidéoconférences dans ce type d'arbitrage⁸⁷. Le « *online video mediation. 3 keys to determine whether you should use it now* » a été élaboré pour la médiation, mais il peut être utile en arbitrage⁸⁸. Écrit par l'Institut d'arbitrage et de médiation du Canada et l'ADR Institute of Ontario, ce document revient sur les aspects techniques et psychologiques du recours à la visioconférence dans les MARD⁸⁹.

En Afrique, l'*Africa Arbitration Academy* (AAA)⁹⁰ a, aux premières heures de la pandémie, élaboré le « *protocol of virtual hearings in Africa 2020* »⁹¹. Ce dernier fournit des lignes directrices et les meilleures pratiques en matière d'arbitrage à distance en Afrique, il encourage les institutions arbitrales à faire expressément référence à l'arbitrage en ligne dans leurs règlements d'arbitrage, et enfin propose aux gouvernements des normes et principes directeurs à insérer dans les lois sur l'arbitrage. Ledit protocole promeut la présentation électronique des preuves au cours des audiences. Les centres d'arbitrage de l'espace OHADA pourraient aisément s'inspirer du protocole proposé par l'*Africa Arbitration Academy* pour élaborer les leurs.

B.- La contribution des arbitres et des parties à la promotion de l'arbitrage en ligne

Les acteurs de l'arbitrage en zone OHADA devront accepter de changer leurs habitudes pour accroître le recours aux TIC dans les procédures. En effet, comme ailleurs dans le monde, un effort collectif de la communauté arbitragiste est nécessaire pour repenser les méthodes de travail⁹². Les parties doivent être sensibilisées car elles peuvent

516/images/AAA269_AAA%20Virtual%20Hearing%20Guide%20for%20Arbitrators%20and%20Parties%20Utilizing%20Zoom.pdf>.

⁸⁷ Ce protocole a été lancé à la 7^e conférence ADR Asie-Pacifique tenue à Séoul les 5-6 novembre 2018.

⁸⁸ Institut d'arbitrage et de médiation du Canada, « Online Video Mediation. 3 keys to determine whether you should use it now », *Adr-ontario.ca* [en ligne], avril 2020. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <https://adr-ontario.ca/wp-content/uploads/2020/04/OnlineMediation_Brochure_Final.pdf>.

⁸⁹ Voir également en matière de médiation le « Manuel de pratique de la médiation civile et commerciale à distance », élaboré par le Barreau du Québec, *Barreau.qc.ca* [en ligne], novembre 2014. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.barreau.qc.ca/media/1133/manuel-mediation-civile-commerciale-distance.pdf>>.

⁹⁰ Africa Arbitration Academy [en ligne]. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.africaarbitrationacademy.org/dean-of-the-academy/>>.

⁹¹ D. RATOVOVAVALONA, « La souveraineté permanente sur les ressources naturelles en matière d'investissement », mémoire, Université d'Antananarivo, 9 novembre 2009. Consultable par les ressources documentaires de l'Université d'Antananarivo [en ligne], 2009. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <http://biblio.univ-antananarivo.mg/pdfs/ratovonavalonaDominique_DT_M1_09.pdf>.

⁹² Club des juristes, « Quel va être l'impact de la pandémie sur l'arbitrage commercial international, et en particulier sur l'arbitrage CCI ? » Chronique, *Les Échos.fr* [en ligne], 3 avril 2020. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<https://business.lesechos.fr/directions-juridiques/droit-des-affaires/contentieux/0603013233579-coronavirus-l-arbitrage-commercial-international-passe-aux-audiences-virtuelles-336438.php>>.

préférer subir des délais importants plutôt que renoncer à une audience physique. Leurs conseils ainsi que les centres peuvent les inciter à signer dès l'entame de la procédure des cyber-protocoles (1). L'important pouvoir de gestion de la procédure, détenu par le tribunal arbitral, lui permet dans une certaine mesure, d'encourager les parties à l'usage du numérique dans la procédure (2).

1.- L'incitation à la signature de cyber-protocoles par les parties

Des questions générales pourront certes être traitées dans les règlements d'arbitrage ou les guides édités par les centres, mais chaque procédure est particulière. Toute audience virtuelle nécessitera, par exemple, une consultation des parties et du tribunal arbitral afin de mettre en œuvre des mesures suffisantes pour se conformer au principe de confidentialité des audiences et des communications en arbitrage⁹³. Le cyber-protocole définira précisément divers points tels que le cadre et la logistique préalable à l'audience, les besoins techniques et le personnel de support éventuel, les mesures de sécurité et de confidentialité, les règles de présentation des preuves et auditions des témoins / experts, les règles de respect du contradictoire, etc.⁹⁴

L'organisation d'une audience virtuelle au cours d'une procédure arbitrale n'est donc pas aussi simple qu'il n'y paraît. La collaboration des parties est indispensable et leur adhésion est déterminante pour la dématérialisation des procédures arbitrales. La signature d'un cyber-protocole entre elles facilitera le respect des normes sécuritaires et confidentielles. Elles pourront difficilement par la suite demander l'annulation de la procédure pour tel ou tel motif. Au besoin, une ordonnance de procédure enjoignant aux parties le respect de certaines règles aura le même effet⁹⁵. En tout état de cause, il faudra mettre en place « *un système de contrôle du flux d'activités (message, participation, gestion de la parole)* »⁹⁶.

2.- Le choix du numérique par les arbitres dans la conduite des procédures

Lorsque les textes du centre d'arbitrage sont muets sur un certain nombre de problématiques relatives à l'usage des TIC, le tribunal arbitral peut en toute liberté prendre des mesures pour privilégier par exemple, l'échange électronique des pièces. Les parties et les conseils pourraient manifester une certaine réserve en ce qui concerne l'organisation des auditions à distance. En effet, les praticiens de l'arbitrage s'accordent à dire que les propos d'un témoin sont aussi importants que les non-dits qui transparaissent dans la communication non verbale. De fait, pour beaucoup de praticiens, le dialogue en présence des parties, leurs voix et leur langage corporel

⁹³ Cour internationale d'arbitrage, « Note d'orientation sur les mesures possibles visant à atténuer les effets de la pandémie du COVID-19 », *loc. cit.*

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Conférence des arbitres du Québec, « Guide sur l'arbitrage par visioconférence », *loc. cit.*, p. 7.

⁹⁶ K. DOGUE, *La médiation en ligne*, intervention lors de la 12^e matinée de formation de l'ERSUMA, *op. cit.*

influencent le tribunal arbitral⁹⁷. Il reviendra en première ligne à l'arbitre de rassurer les uns et les autres sur l'efficacité de la visioconférence et mettre en avant ses avantages⁹⁸, puisqu'il lui appartient en dernier ressort d'autoriser ce type de procédé. Les arbitres dans telle affaire sont parfois des conseils dans telle autre affaire. Ils pourraient inviter les acteurs économiques à prévoir, dans les clauses d'arbitrage, l'usage de telle ou telle technologie au cours du règlement d'un éventuel différend.

En conclusion, afin d'être plus compétitifs et assurer la continuité des procédures, les centres d'arbitrage de l'espace OHADA devraient faire des efforts supplémentaires pour « s'emparer » des TIC et organiser leur utilisation au cours des procédures arbitrales. La désorganisation des juridictions étatiques aux premières heures de la pandémie a une fois de plus montré que les MARD constituaient une alternative crédible à la justice étatique. Cette dernière aura probablement plus de difficultés à recourir aux TIC pour conduire les procédures judiciaires⁹⁹. On peut espérer dans le futur une croissance du nombre d'affaires portées devant les institutions arbitrales de l'espace OHADA, des litiges confiés tant par les acteurs économiques nationaux, que par les investisseurs étrangers. La révolution numérique n'aura pas lieu d'un seul coup dans ces centres d'arbitrage ; un certain temps est nécessaire pour préparer les esprits aux changements. Les centres qui n'ont pas prévu de réunions virtuelles au cours des arbitrages devront tout au moins, dans un premier temps, permettre que la réunion de cadrage ait lieu en ligne. Ceux qui prévoient des réunions de cadrage à distance pourront faire un pas supplémentaire en permettant également la tenue des audiences en ligne. Passer à l'âge adulte pour les centres d'arbitrage de l'espace OHADA, c'est aussi améliorer significativement les services proposés aux potentielles parties à l'arbitrage et anticiper leurs besoins. Une fois les contraintes de l'espace et du temps vaincues grâce à l'usage des TIC, les centres d'arbitrage africains seront plus à même de faire valoir leur savoir-faire sur le « *marché mondial de l'arbitrage* ».

⁹⁷ A. MOREAUX, « L'arbitrage une procédure efficace face au COVID-19 », *Affiches parisiennes* [en ligne], 15 mai 2020. [Consulté le 30 avril 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.affiches-parisiennes.com/l-arbitrage-une-procedure-efficace-face-au-covid-19-10349.html>>.

⁹⁸ Pour cet auteur, la visioconférence est un choix par défaut et ne peut remplacer une rencontre physique avec les témoins ; aussi elle évoque les inconvénients des réunions à distance dans une procédure d'arbitrage, E. SCHÄFER, « Videoconferencing in arbitration », *ICC International Court of Arbitration*, printemps 2003, bulletin vol. 14/n° 1, p. 35 et s.

⁹⁹ Sur l'émergence des tribunaux virtuels au Canada, N. VERMEYS, M.-F. ACEVEDO LANAS, « L'émergence et l'évolution des tribunaux virtuels au Canada – L'exemple de la Plateforme d'aide au règlement des litiges en ligne (PARLe) », *Revue juridique de la Sorbonne*, juin 2020, n° 1, p. 22-51.

Droit et émotion

Séminaire de recherche IRJS

*Co-organisé par Emmanuel Jeuland, directeur de l'IRJS
et Rebecca Demoule, Clara Gavelli, Carla Trebert, co-organisatrices
des déjeuners-débats de l'École de Droit de la Sorbonne et doctorantes
Conférences sur Zoom, décembre 2020-mai 2021*

Définition de l'émotion en droit et histoire du droit

Présentation des séminaires

Emmanuel JEULAND, *professeur de droit privé, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.*

Approche émotive-relationnelle du droit

Maxence CHRISTELLE, *maître de conférences à l'Université de Picardie-Jules Verne (CURAPP-ESS)*

et Emma BRETON, *doctorante en philosophie politique, Université de Paris.*

Les ordalies à l'aune des émotions

Laura VIAUT, *maître de conférences d'histoire du droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

et Pierre GAUTIER, *doctorant en droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.*

Rituel et émotion

Marika MOISSEEF, *psychiatre et ethnologue à l'EHESS (CNRS), Laboratoire d'anthropologie sociale, PSL Research University*

et Emmanuel JEULAND, *professeur de droit privé, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.*

L'émotion en droit de la famille

Anne-Marie Leroyer, *professeure de droit privé, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

et Marie BOUSSAGUET, Rébecca DEMOULE, *doctorantes en droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.*

Propriété intellectuelle et émotion

Tristan AZZI, *professeur de droit privé, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

et Clara GAVELLI, *doctorante en droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.*

Droit des sociétés et émotion

Bruno DONDERO, *professeur de droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

et David LEMBERG, *doctorant en droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.*

Droit du travail et émotion

Pierre-Yves VERKINDT, *professeur émérite de droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

et Mathilde DE SLOOVERE, *doctorante en droit.*

Théorie du droit, nature et émotion

Pierre BRUNET, *professeur de droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

et Matthieu FEBVRE-ISSALY, *doctorant en droit.*

Droit public financier et émotion

Matthieu CONAN, *professeur de droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

et Magdalena MARIN, *doctorante en droit.*

Droit public et émotion

Norbert FOULQUIER, *professeur de droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

et Alexia PASCALI, *doctorante en droit.*

Nationalité française, des émotions aux sentiments

Etienne PATAUT, *professeur de droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

et Apolline SCHAAL, *doctorante en droit.*

Médiation et émotion

Nathalie DION, *maître de conférences en droit privé, Université d'Orléans*

et Florine TRUPHEMUS, *doctorante en droit.*

Responsabilité civile et émotion

Anne GUÉGAN, *maître de conférences Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

et Muriel FABRE-MAGNAN, *professeur de droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.*

Philosophie du préjudice et émotion

Jean-Baptiste PRÉVOST, *philosophe et juriste, Université Paris-Sorbonne*

et Florence ITTAH, *doctorante en sciences juridiques.*

Droit pénal et émotion

David CHILSTEIN, *professeur de droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

et Fiona GUILLAUDIN, Natacha PAGET-BLANC, Sarah GHARIOS, *doctorantes en droit.*

Enseignement du droit et émotion

Alicia MÁZOUZ, *maîtresse de conférences, Université catholique de Lille*

et Carla TREBERT, *doctorante en droit.*

Discrimination et émotions : le sentiment de discrimination

Lisa CARAYON, *maîtresse de conférences, Université Sorbonne Paris Nord*
et Julie MATTIUSI, *maîtresse de conférences Université de Haute Alsace.*

Droit du numérique et émotions

Célia ZOLYNSKI, *professeur de droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*
et Maëva ATCHIAMAN, *doctorante en droit.*

La légitimité des émotions

Xavier LAGARDE, *professeur de droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*
et Pierre-Yves VERKINDT, *professeur émérite de droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.*

Pour citer ce dossier : Rebecca DEMOULE, Clara GAVELLI, Emmanuel JEULAND, Carla TREBERT (sous la direction de), « Droit et émotion », Séminaire de recherche IRJS, partie 1, *Revue Juridique de la Sorbonne* [en ligne], juin 2021, n° 3, p. 146-258.

URL : https://irjs.pantheonsorbonne.fr/sites/default/files/inline-files/Droit_et_emotion_1.pdf

Présentation du cycle de séminaires

Emmanuel JEULAND¹

Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Directeur de l'IRJS

Le séminaire « Droit et émotion » a été coorganisé par les animateurs des déjeuners-débats et par des membres de la direction de l'IRJS. Nous avons mis en place ensemble un séminaire sur le droit de l'urgence en juin et juillet 2020 à propos de la période de pandémie due à la COVID-19. On s'est aperçu, pendant cette première série de séminaires, que nous devons creuser la question du droit en relation avec les émotions, le corps et la rationalité du droit. C'est de là qu'est venue l'idée de cette série de séminaires sur le droit et l'émotion.

Le terme d'émotion, assez évident en apparence, est en réalité plutôt difficile. Dans une première approche, il s'agit d'un mouvement interne du corps, d'une perception interne, mais il peut être confondu avec le sentiment, la passion ou les affects. Par ailleurs, les émotions ne sont pas universelles contrairement à ce que l'on croit généralement. Elles s'apprennent, enfant, au contact des adultes. Aux yeux des anthropologues et des sociologues, certaines émotions existent dans certaines cultures mais pas dans d'autres (par exemple, la joie honteuse en Allemagne, la rumination en Chine)². Les neurosciences évoluent également puisqu'on estime aujourd'hui qu'il n'y pas de circuit séparé pour telle ou telle émotion et qu'il n'y a même pas de circuit neuronal spécifique pour la raison. Dans une des langues de Bali, il n'y pas de mot distinct pour la raison et l'émotion³. L'émotion est le mot que l'on met sur un processus complexe qui implique un affect ressenti (plaisir, déplaisir⁴), une anticipation (je vois une tache rouge, je pense au symbole du sang que j'ai mémorisé à partir d'expériences précédentes, j'anticipe la présence d'un blessé, enfin je simule la rencontre en me mettant physiquement en mesure de réagir), et une réaction (sidération, fuite, combat, ou retour à la normale si le danger est passé).

¹ @ : Emmanuel.Jeuland@univ-paris1.fr / ORCID : 0000-0001-5999-8942 / IdHAL : emmanuel-jeuland

² L. FELDMAN BARRETT, *How Emotions are Made: The Secret Life of the Brain*, Boston, Houghton Mifflin Harcourt, 2017.

³ Ex. cité par L. FELDMAN BARRETT, précit.

⁴ Mais le mot affect peut aussi avoir le sens de sentiment. Le terme d'émotion a remplacé celui de passion à l'époque de Descartes et celui de passion a ainsi été rendu disponible pour décrire l'intensité des émotions et certains types de relations amoureuses particulièrement intenses.

Trois questions méritent, semble-t-il, d'être approfondies au regard du droit :

- Existe-t-il une conception juridique de l'émotion (faut-il, par exemple, articuler rapport de droit et émotion ou bien droits subjectifs et émotion ?⁵) et, plus généralement, que peut-on dire du rapport entre le droit et l'émotion ?

- Quel est le rôle des émotions en droit ?

- Peut-on vraiment dire que les émotions du juge sont subjectives si toutes les conditions d'impartialité sont réunies ? A-t-on donc raison d'associer subjectivité et émotion, d'une part, et objectivité avec la raison, d'autre part, si le départ entre raison et émotion cesse d'être évident ?

Nous considérons de plus en plus les émotions et la raison comme entremêlées. Nous voudrions interroger ces possibles changements selon les différents angles des disciplines juridiques et éventuellement des autres sciences humaines. Pour des besoins d'homogénéité de la réflexion et de comparaison nous retiendrons, à titre provisoire, six éléments dans la définition d'une émotion (à partir d'ouvrages de philosophie, de psychologie et de sociologie⁶) :

1.- **Un objet** (ex. le serpent, objet d'une peur ; l'angoisse qui n'a pas d'objet n'est pas une émotion mais peut se transformer en peur dès lors que le danger est déterminé) ;

2.- **Une courte durée**. Une émotion qui dure plus de quelques heures devient un sentiment ou un caractère (ex. une personne devenue colérique) ;

3.- **Un effet physique** (ex. palpitation, tremblement, rougeur, accélération du pouls), etc. ;

4.- Qui **émerge à la conscience** (la culpabilité inconsciente n'est pas une émotion ; cependant une émotion réprimée peut avoir un effet inconscient, sur un juge par exemple ; le rapport à l'inconscient doit donc être interrogé) ;

5.- **Pour permettre une action** (réévaluation de l'émotion, ex. une peur infondée ; ou bien une fuite, un combat ou encore une inhibition) ;

6.- **Dans un cadre collectif** : on exprime des émotions à l'égard des autres – un enfant seul, en danger, ne crie pas. On comprend généralement les émotions de l'autre. Même si l'hypothèse des neurones miroirs est discutée, il existe une construction des émotions à partir des circuits neuronaux naturels. On peut parler de synchronisation des émotions entre plusieurs personnes. On oscille donc entre universalisme du travail neuronal et constructivisme culturel. L'expression des émotions a un effet performatif (ex. dans certaines cultures funéraires, les pleureuses rendent triste), on parle « d'émotifs » (expression culturelle et temporellement située d'une émotion), de régime émotionnel (ensemble des « émotifs » d'une époque et d'une culture) et même de liberté émotionnelle (créant de nouveaux « émotifs ») quand le changement dans le régime émotionnel produit une évolution sociale⁷.

⁵ Position de L. PETRAZYCKI, *Law and Morality*, New Brunswick, Transaction Publishers, 2011.

⁶ Notamment J. DEONNA et F. TERONI, *Qu'est-ce qu'une émotion ?*, Paris, Vrin, 2016 ; F. FERNANDEZ, S. LÉZÉ, H. MARCHE, *Les émotions : une approche de la vie sociale*, Paris, éd. des Archives contemporaines, 2013.

⁷ W. REDDY, *La traversée des sentiments*, trad. S. RENAUT, Dijon, Les Presses du Réel, 2019, p. 159 s.

On peut ainsi supposer que nous sommes entrés dans un nouveau régime de l'émotion. Le régime précédent impliquait de juger à froid, complètement à distance de ses émotions. Partout en Occident depuis deux siècles environ s'est imposé le mythe du juge qui juge à distance de ses émotions⁸ ; cependant, à la fin du XIX^e siècle en Allemagne tout un débat a porté sur les émotions du juge dans le but de fabriquer un magistrat, homme et bourgeois, ayant une certaine culture de l'émotion⁹. Le nouveau régime de la sensibilité privilégierait aujourd'hui une forme d'exhibitionnisme émotionnel, d'extimité¹⁰. Il s'exprimerait particulièrement dans les émissions de télé-réalité et sur les réseaux sociaux. Il se peut que le projet de loi visant à diffuser les audiences au public participe de cette nouvelle sensibilité. Le régime émotionnel de la Révolution française a été celui du sentimentalisme authentique et il a contribué à la terreur car si l'authenticité des sentiments d'un citoyen à l'égard de la Révolution était prise en défaut, il pouvait finir guillotiné. Le régime émotionnel qui s'est mis en place depuis le début du XIX^e siècle a impliqué une certaine modération et une mise à distance des émotions tout en promouvant une raison toute puissante. Il peut aussi être avancé que la relégation de la rhétorique classique mêlant raison et émotion au bénéfice d'une approche purement rationnelle et positiviste (au sens de la science du XIX^e siècle) ait été un élément de ce changement de régime émotionnel (la rhétorique cesse d'être au programme du lycée à la fin du XIX^e siècle). Il apparaît, par ailleurs, qu'à toutes les époques, mais selon des modalités différentes, les émotions doivent être exprimées par des rites collectifs qui peuvent être judiciaires¹¹. Une des questions d'actualité du sujet est d'ailleurs le développement de la procédure numérique voire celle de l'audience en visioconférence, privée partiellement d'aspect rituel. Le nouveau régime de la sensibilité intègre peut-être également la féminisation de la justice. Les courants féministes, notamment américains, prônent en effet une meilleure articulation entre émotion et raison¹².

Pour autant, la prise en compte de l'émotion dans le raisonnement judiciaire comporte un risque d'inégalité entre les justiciables, ce que l'on peut appeler un jugement à l'émotion ou en équité (ex. le fameux juge Magnaud). Il faut alors distinguer entre le « réalisme affectif » (expression de Feldman Barrett, précit.) et le processus émotionnel décrit ci-dessus. Un jugement biaisé par le « réalisme affectif » est celui qui

⁸ T. A. MARONEY, « The Persistent Cultural Script of Judicial Dispassion », *California Law Review*, 2011, 99, 2, 629-681.

⁹ S. SCHNÄDELBACH, « The Jurist as Manager of Emotions: German Debates on *Rechtsgefühl* in the Late 19th and Early 20th Century as Sites of Negotiating the Juristic Treatment of Emotions », *InterDisciplines: Journal of History and Sociology*, 2015, 6, 2, 47-73.

¹⁰ Appelé « extimité » selon le sociologue J. BERNARD, « Les voies d'approche des émotions », *Terrains/Théories* [en ligne], 2|2015, mis en ligne le 17 octobre 2014, spéc. n° 28. [Consulté le 22 février 2021] Disponible sur Internet : <<http://journals.openedition.org/teth/196>> ; DOI : <<https://doi.org/10.4000/teth.196>>.

¹¹ Pendant l'Antiquité, un procès pouvait consister à calmer la colère d'un juge (v. G. VIGARELLO, *Histoire des émotions*, t. 1, Paris, Seuil, 2016).

¹² V. M. NUSSBAUM, *Poetic Justice, the Literary Imagination and Public Life*, trad. S. CHAVEL, *L'art d'être juste*, Paris, Climat, 2015.

a été rédigé par un juge s'étant laissé aveugler par les émotions des autres et par ses propres préférences. Le travail du juge sur lui-même est un travail plus émotionnel que rationnel pour éviter ce « réalisme affectif ». Le travail de la raison correspond au moment de la décision et à celui de l'élaboration de la motivation. Cependant un juge qui ressent la faim au cours d'une audience peut confondre ce déplaisir avec le désagrément que lui procure une partie. Une enquête a ainsi été menée en Israël en 2010 auprès de juges chargés des libérations conditionnelles. Avant l'heure du déjeuner, ils libéraient moins que l'après-midi. Où était l'erreur ? Ils interprétaient leur déplaisir qui venait de leur envie de manger comme étant une mauvaise impression des détenus et pensaient qu'ils risquaient d'être dangereux¹³. Le réalisme affectif peut aussi provenir des propres traumatismes personnels du juge. On peut prendre l'exemple d'un juge aux affaires familiales qui aurait eu un père abuseur et qui croirait voir chez tous les pères qu'il rencontre dans son cabinet des abuseurs. Pour juger froidement, on a créé des codes et des normes susceptibles de couvrir toutes les situations pour éviter le jugement « à l'émotion ». L'erreur appelée « réalisme affectif » peut provenir aussi des pressions extérieures notamment médiatique et politique car le processus émotionnel a une part culturelle et collective. La réflexion sur le droit et l'émotion conduit en fin de compte à interroger la rationalité judiciaire et juridique et, sans doute, à y intégrer un processus émotionnel, non biaisé par le réalisme affectif, notamment au niveau de l'appréciation et de la qualification des faits.

¹³ L. FELDMAN BARRETT, précit., chapitre sur le droit.

Le consentement comme polarité dynamique, entre émotion et raison

Emma BRETON

*Doctorante en philosophie politique,
Université de Paris*

Comment nouer, travailler, la question du droit avec celle de l'émotion, sujet du séminaire qui nous rassemble aujourd'hui ?

Voici deux termes que nous sommes peu habitués à conjuguer, tant ils nous paraissent de prime abord antagonistes. En effet, le droit se méfie des émotions, susceptibles d'interférer avec l'impartialité d'une justice dont l'allégorie demeure celle héritée de l'Antiquité grecque : une déesse aux yeux bandés. Pourtant, notre démocratie n'est pas habitée par des dieux, mais par des hommes, traversés par des émotions qui contribuent à définir ce que l'homme a d'humain.

Alors, quelle place pour les émotions dans le droit, et quelle place pour le droit dans les émotions, voici la question passionnante que ce séminaire se propose de filer tout au long de ses futures séances.

Pour surmonter cette apparente contradiction, nous choisissons de travailler cette problématique au travers de la notion de *consentement*, que nous allons aborder comme *interface* aux questions à la fois de l'intime et du collectif, du rationnel et de l'irrationnel, du corps et de l'esprit, du légal et du légitime, c'est-à-dire en concevant ces deux termes non plus comme des opposés, mais comme *polarité dynamique* (nous empruntons cette expression à Georges Canguilhem¹).

Par ce biais, ce ne serait pas tant droit et émotion qu'il s'agirait d'interroger au moyen de la notion de consentement, mais plutôt en quoi la notion de consentement construit droit et émotion l'un par rapport à l'autre, opère une *fonction épistémique réciproque* pourrait-on dire alors.

Cette approche nous intéresse, parce qu'elle est constitutive d'un axe majeur de l'éthique contemporaine, qui tend à se fonder précisément sur cette notion de *consentement*. Débat contemporain², certes, mais qui n'est pas entièrement nouveau,

¹ G. CANGUILHEM, *Le normal et le pathologique*, Paris, PUF, 1991.

² La philosophe Michela Marzano ouvre ainsi son essai *Je consens donc je suis* : « La modernité se flatte de n'avoir gardé, comme critère départageant les actes licites et illicites, que le consentement des individus. Mais qu'entend-on par consentement ? Suffit-il, à lui seul, pour déterminer la légitimité d'un acte ou d'une conduite ? Est-il toujours une expression de l'autonomie personnelle ? Quels liens existent entre les concepts d'autonomie, de liberté et de dignité de la personne ? », M. MARZANO, *Je consens donc je suis*, Paris, PUF, Paris, 2006, p. 1.

puisqu'il s'agit en fait d'interroger ce qu'il est raisonnablement permis de faire et d'accepter dans une société donnée, et ce qui est émotivement soutenable, au regard de notre liberté individuelle, de notre autonomie personnelle et de notre qualité de sujet, sans pour autant faire de tort aux autres, ni empiéter sur leur liberté. Cette tension, entre liberté, autonomie, respect de l'autre, de soi, mais aussi respect des autres en soi (la dignité humaine pourrait-on dire), anime des réflexions philosophiques depuis longtemps (que l'on pourrait résumer par exemple avec le philosophe américain Robert Walzer sous le terme d'opposition entre « morale maximale » et « morale minimale »³). Mais il est notable que la société s'en est fait le poulx battant ces derniers temps, en donnant une place centrale à la problématique du consentement, au travers de nombreuses affaires et de nombreux maux de notre société, ce qui témoigne à la fois de la complexité à trouver une définition définitive de ce que *consentir* veut dire, mais aussi à concevoir les limites de la parole à exprimer un consentement ou un non-consentement *total*. Dès lors un double questionnement s'impose : donner son consentement peut-il suffire à faire légalité, ainsi qu'à rendre légitime un geste ?

Nous allons tenter d'avancer dans ce questionnement en nous appuyant sur la lecture de divers théoriciens de la philosophie morale, afin de nous interroger sur la place du consentement, non pas entre émotion et raison, mais comme *polarité dynamique* entre émotion et raison.

Le consentement comme contrat, entre raison et compassion.

Le consentement interroge le droit, et le met souvent dans l'embarras. Son absence met en exergue que la liberté individuelle est entravée, mais sa présence ne suffit pas à justifier qu'il soit possible d'obtenir quelque chose, et défendable de le faire. Plus encore, il ne suffit pas toujours de ne pas consentir à quelque chose pour que la société ne nous l'impose pas. Bien que corrélatif de l'autonomie du sujet, le consentement s'insère dans un maillage légal, en ce qu'il a besoin d'être entendu, mais aussi dans un maillage légitime en ce qu'il a besoin d'être reconnu et soutenu par un discours public (souvent l'opinion publique).

Le consentement est bien sûr l'un des leviers du juriste au regard de la protection des libertés individuelles et de l'autonomie personnelle. Pour le dire avec les mots de Dominique Rousseau, « Le consentement est au cœur du Droit. Quelle que soit la discipline – droit constitutionnel, droit des finances publiques, droit pénal, droit civil, droit du travail... – le consentement est le principe sur lequel elle se construit »⁴. Si le consentement ne suffit pas toujours à déterminer une éthique et une dignité humaine, aptes à façonner un monde aux référentiels suffisamment communs pour qu'il soit possible d'y vivre ensemble, le juriste Dominique Rousseau nous rappelle qu'il est à la

³ R. WALZER, *Morale maximale, morale minimale*, trad. C. FORT Paris, Bayard, 2004.

⁴ D. ROUSSEAU, « Le consentement au regard du vice », in « Le consentement », revue *Ornicar*, p. 114.

base de notre volonté de faire société, au travers d'un contrat social, basé sur ce libre consentement : « *Ce qui fait agir une communauté quelconque, ce ne peut être que le consentement des individus qui la composent.* » Voilà ce qu'écrivait John Locke en 1690 dans son *Second traité du gouvernement civil* »⁵. Le consentement est intrinsèque de notre conception politique et morale du vivre ensemble, car il est le fondement de la première notion de *contrat*.

Ce consentement à entrer en société est d'abord le fruit d'une décision raisonnable, comme le philosophe anglais Thomas Hobbes s'en est fait le théoricien dès 1642 : « plusieurs personnes naturelles poussées par une crainte mutuelle et le désir de se conserver, se sont unies en une personne civile unique que nous avons appelée cité »⁶. Il note également : « chaque citoyen contractant avec un autre ceci : *je transfère mon droit à celui-ci, à condition que tu lui transfères aussi le tien.* Par ce moyen le droit que chacun avait d'user de ses forces pour son intérêt propre est transféré tout entier à un homme ou à un conseil pour l'intérêt commun »⁷.

Nous voyons ici comment les penseurs du XVII^e siècle cherchent à dépasser la conception d'une politique jusqu'alors basée sur le transcendantalisme divin pour bâtir son assise sociétale sur un socle proprement humain : la concertation, la convention, et le consentement raisonnable, *individuel*, mais aussi et surtout *mutuel* (je consens à condition que tu consentes également) à entrer dans un projet qui vise la sécurité et le bien commun, pourvu que chacun soit prêt à sacrifier un peu de sa liberté sur toutes choses. Tous doivent ainsi adhérer au contrat, par un consentement certes libre, mais *éclairé* par la raison bien comprise des intérêts supérieurs du groupe face aux intérêts intenable de l'individu.

Jean-Jacques Rousseau le dit également dans le *Contrat social* : « l'ordre social est un droit sacré qui sert de base à tous les autres. Cependant ce droit ne vient point de la nature : il est donc fondé sur des conventions [...] tous, étant nés égaux et libres, n'aliènent leur liberté que pour leur utilité »⁸.

Seulement la raison et le calcul des intérêts, s'ils sont bien constitutifs de ce consentement éclairé, n'en résument pas pour autant la globalité. Non, pour Rousseau, c'est en réalité une *émotion* qui est le terreau de cet élan vers la communauté et pour la contractualisation, il s'agit de la douleur que nous ressentons devant nos semblables en souffrance, et de la pitié qui en découle. Pitié envers nos semblables, compassion envers ceux en qui nous nous reconnaissons, et dont la vision de la détresse nous émeut au-delà de tout calcul, douleur partagée avec celui que nous voyons en peine. Dans son *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Rousseau rappelle que la pitié et la compassion sont déjà les premières « lois » à l'état de nature, reliant ainsi intimement l'émotion à la notion de loi primaire : « Il est donc certain que

⁵ *Ibid.*, p. 113.

⁶ T. HOBBS, *Du citoyen*, Paris, Flammarion, 2010.

⁷ *Ibid.*

⁸ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Le livre de poche, 1996, p. 46.

la pitié est un sentiment naturel, qui, modérant dans chaque individu l'activité de l'amour de soi-même, concourt à la conservation mutuelle de toute l'espèce. C'est elle qui nous porte sans réflexion au secours de ceux que nous voyons souffrir : c'est elle qui, dans l'état de nature, tient lieu de lois, de mœurs, et de vertu »⁹.

La philosophe Myriam Revault d'Allones analyse la pitié chez Rousseau comme « une donnée originaire, constitutive du sens de l'humain : elle est un affect structurant qui nous dispose à rentrer en communauté »¹⁰.

Sans être un « pur sentiment altruiste », la pitié, comme composante d'un amour de soi, nous permet de nous projeter dans la souffrance de l'autre, de nous relier à lui, et contribue à *structurer* la communauté. Ce qui n'était qu'un calcul rationnel des intérêts pour sa survie propre se transforme, sous l'effet de l'émotion, en capacité à se projeter en l'autre, et donc à accepter l'établissement d'un ordre légal apte à créer des conditions supportables pour soi-même, mais aussi pour l'autre en lequel désormais on peut se reconnaître.

Cette polarisation de l'émotion et de la loi, nous pouvons également la retrouver dans la psychanalyse, au début du XX^e siècle, chez Sigmund Freud, qui développe à son tour une théorie du mythe de l'état de nature, afin de retracer la vie pulsionnelle originaire de l'homme et les prémices de la vie en communauté. Il écrit : « la civilisation a été acquise par le renoncement à la satisfaction pulsionnelle et elle réclame de chaque nouveau-venu qu'il accomplisse le même renoncement pulsionnel [...] Des influences de la civilisation, il résulte qu'une part toujours plus grande des tendances égoïstes se transforme, grâce aux apports érotiques, en tendances altruistes et sociales »¹¹. Il s'opère là aussi la *transformation* d'une émotion – ici la pulsion de haine – en lien social, un « retournement de l'égoïsme en altruisme »¹² sous l'effet de pulsions érotiques, ce en quoi consiste l'« aptitude à la civilisation ».

Dans *Totem et tabou*, abordant la question du père originaire de la horde primitive, Freud explique comment les pulsions de haines et de rivalité ayant conduit les frères à tuer le père tout-puissant (le seul étant demeuré à l'état de nature dans le sens hobbesien), se sont muées, sous l'effet de la forte culpabilité qu'ils en auraient ressentie, en une loi morale apte à façonner des interdits : le Surmoi¹³.

Cet effet civilisateur et structurant des émotions de pitié, de compassion, de culpabilité, sont à la base d'un besoin de légiférer, de rendre certaines choses possibles, pour en frapper d'autres d'interdit. La peur d'un monde de chaos permet désormais que nous nous interdisions que soient faites des choses.

⁹ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Paris, Garnier-Flammarion, 1991, p. 214.

¹⁰ M. REVAULT-D'ALLONES, *L'homme compassionnel*, Paris, Seuil, 2008, p. 9.

¹¹ S. FREUD, « Considérations actuelles sur la guerre et sur la mort », in *Essai de psychanalyse*, Paris, Payot, 2001, p. 21.

¹² *Ibid.*, p. 19.

¹³ S. FREUD, *Totem et tabou*, Paris, Payot & Rivages, 2010.

L'émotion, loin de s'opposer à la loi, la pétrit.

Freud évoque également la peur de la mort et l'amour comme affects structurants : l'homme des origines était peu enclin à concevoir la mort de son rival comme source d'émotion, quant à la sienne, elle lui semblait trop abstraite. Mais celle de personnes pour qui il éprouvait de l'affection fut plus problématique : « Au-près du cadavre de la personne aimée prirent naissance non seulement la doctrine de l'âme, la croyance en l'immortalité, et l'une des puissantes racines de la conscience de la culpabilité chez l'homme, mais aussi les premiers commandements moraux. Le premier et le plus significatif des interdits venus de la conscience morale naissante fut : *Tu ne tueras point* »¹⁴. Dans le lit d'affects tels que la compassion, la peur de mourir, la culpabilité, s'insufflent un commandement, comme source morale, mais aussi légale.

Nous voyons que la pitié peut trouver un « usage » *démocratique* pour Rousseau, et *civilisateur* pour Freud, face à la crainte de faire à autrui ce que l'on ne voudrait pas nous voir imposé et par peur de voir les personnes auxquelles on s'attache souffrir.

Pour résumer, les philosophes du XVII^e siècle perçoivent les émotions de haine, de pitié, de peur, d'amour ou de compassion, comme le terreau de la perception du consentement au contrat social. Ce consentement à l'entrée à la vie en société, et à l'acceptation de ses règles, est au croisement de facteurs aussi bien *raisonnés* qu'*émotionnels*.

Mais pour être efficace, et à terme, aboutir sur une civilisation que l'on juge juste, ce consentement doit être *éclairé*, c'est-à-dire qu'il doit reposer sur une bonne compréhension des conditions et circonstances au sein desquelles il sera prononcé. Car pour renoncer à sa liberté totale, et entrer en association, encore faut-il percevoir raisonnablement en quoi ce renoncement autorise une société qui soit propice à un cadre de vie que chacun estimera décent (Martha Nussbaum parle alors des « capacités »¹⁵ essentielles que le gouvernement doit pouvoir octroyer à ses citoyens, John Rawls évoque quant à lui l'image d'un « voile d'ignorance », autre allégorie de l'impartialité, derrière lequel on doit pouvoir se trouver, au moment où l'on conçoit le fonctionnement d'un gouvernement dans lequel on pourrait estimer digne d'en occuper chaque place).

Un consentement éclairé est-il possible ?

Une fois l'état de nature dépassé, pourrait-on imaginer, dans une société devenue démocratique et juridiquement encadrée, dans laquelle les pulsions de haine sont transformées, sublimées, qu'un consentement parfaitement éclairé soit dès lors universellement raisonnable ? Comment légiférer de façon juste ? Autrement dit,

¹⁴ S. FREUD, « Considérations actuelles sur la guerre et sur la mort », in *Essai de psychanalyse*, op. cit., p. 40.

¹⁵ M. NUSSBAUM, *Capacités*, Paris, éditions Climats, 2011.

pourrait-on concevoir que les émotions ne puissent être que les premiers vecteurs de la civilisation, appelées ensuite à être dépassées par la force même de la civilisation et de la raison ? Le droit pourrait-il dès lors se passer des émotions en tant que le « reliquat » d'un peuple désormais éclairé ?

Le citoyen kantien est l'exemple de ce sujet autonome qui, grâce à l'usage de son entendement, suit la loi universelle de la raison à laquelle dès lors, il ne peut que *consentir*. La loi morale consisterait finalement à consentir à ce qui est raisonnable, et à ne pas consentir à ce qui est déraisonnable.

« *Sapere aude !* »¹⁶, « aie le courage de te servir de ton propre entendement », cette devise kantienne des Lumières, est le propre du citoyen rationnel et éthique, qui ne peut que consentir à ce qui est universellement prescrit.

Cette existence – cette exigence – de l'universel (qui pourrait se résumer par la célèbre maxime « je dois toujours me conduire de telle sorte *que je puisse aussi vouloir que ma maxime devienne une loi universelle* ») dans le sujet, et sa capacité à en juger en adéquation avec la raison, fonde ce qui sera la *dignité humaine* pour Kant, et qui demeure être un terme fort du débat sur le consentement. Cette dignité humaine, on ne peut la rabaisser en soi, fût-ce au nom de son propre plaisir, de sa pitié, de la passion, ou de tout autre émotion. Lisons Kant à nouveau : « L'homme, et en général tout être raisonnable, existe comme fin et en soi, *et non pas simplement comme moyen* dont telle ou telle volonté puisse user à son gré ; dans toutes ses actions, aussi bien dans celles le concernant lui-même que dans celles concernant d'autres êtres raisonnables, il doit toujours être considéré *en même temps comme fin* »¹⁷. Consentir à un comportement déraisonnable ne revient pas à aller à l'encontre de sa propre dignité, mais à celle de l'universel en soi.

Pour autant, Kant n'ignore pas l'existence des *émotions* dans son élaboration de la raison pratique, seulement celles-ci sont avant tout des « inclinations », ainsi : « je ne peux avoir de respect pour une inclination en général »¹⁸. Prenant l'exemple du commandement biblique « tu aimeras ton prochain comme ton ennemi », Kant commente au sujet de cette forme d'empathie « l'amour comme inclination ne peut pas se commander ; mais faire le bien précisément par devoir, alors qu'il n'y a pas d'inclination pour nous y pousser, et même qu'une aversion naturelle et invincible s'y oppose, c'est là un amour *pratique* et non *pathologique*, qui réside dans la volonté, et non dans le penchant de la sensibilité »¹⁹.

Les sentiments pour Kant doivent être d'ordre moral, et « le fait de la sensation de la dépendance de la volonté particulière vis-à-vis de la volonté universelle et des autres volontés »²⁰. Pour le dire autrement, il n'y a pas de mérite à avoir des émotions et à les suivre, mais il y a de la dignité à s'efforcer d'avoir une bonne volonté. La morale

¹⁶ E. KANT, *Qu'est-ce que les Lumières ?* Paris, Garnier Flammarion, 1991, p. 43.

¹⁷ E. KANT, *Fondement de la métaphysique des mœurs*, Paris, Librairie Général Française, 1991.

¹⁸ *Ibid.*, p. 66.

¹⁹ *Ibid.*, p. 65.

²⁰ F. ALQUIÉ, *Leçons sur Kant*, Paris, éditions de la Table ronde, 2005, p. 27.

kantienne ne conçoit la polarité entre émotion et devoir que comme une tension, un effort de dépassement du singulier vers l'universel, que la loi juste doit venir borner.

Le consentement kantien serait le fait de cet être raisonnable, chez lequel chaque action poursuit une fin morale.

Cette définition se verra opposée à une certaine conception plus libérale et individualiste, où l'on constate bien que l'on ne donne pas toujours son consentement en se fondant sur le rationnel et le référentiel universel de la dignité humaine, si tant est qu'une définition univoque puisse en être donnée.

Le concept de *liberté* permet également d'interroger le couple droit et émotion au travers de la question du consentement. Pour Kant, la liberté est celle de se servir de son entendement, et d'accéder à sa majorité, en dépassant l'état de minorité de celui qui ne fait que suivre ce qu'on lui dit. Toutefois, cette liberté n'était possible que dans le cadre de l'universalité de la raison.

À l'inverse, pour tout un courant utilitariste anglo-saxon (avec John Stuart Mill notamment), on opposera que la liberté ne doit se borner qu'à ce qui empiète sur celle d'autrui, et que du moment qu'un sujet est librement consentant, le droit ne peut interférer, il doit se contenter de conseiller. Résumons avec la philosophe Michela Marzano : « selon la tradition anglo-saxonne, l'autonomie serait, comme la liberté, un droit de tout être humain, ce qui permet à chacun de choisir et de faire ce qu'il veut [...] Mais le fait que chacun puisse faire ce qu'il lui plaît ne signifie pas pour autant qu'il ne doive pas assumer les conséquences qui peuvent s'ensuivre, ni que quelqu'un d'autre ne puisse le convaincre des conséquences préjudiciables de son acte »²¹. Et citant directement le texte de 1859 de John Stuart Mill dans *De la liberté* : « le seul aspect de la conduite de quiconque pour laquelle il doive en répondre à la société est celle qui concerne autrui. En ce qui concerne simplement lui-même, son indépendance est de droit, absolue »²².

Par-delà morale maximale et morale minimale ?

Dominique Rousseau rappelle qu'en matière de droit, « le consentement doit être *libre* pour valoir consentement, obligeant à interroger la liberté qui fait consentement »²³.

Liberté ou dignité universelle, comment le consentement peut-il être donné, et surtout, reçu ? Le courant de pensée d'influence kantienne est, dans le domaine de la philosophie morale, représentatif de ce qui a été décrit notamment avec le philosophe Michael Walzer comme « morale maximale », opposée à une morale dite « minimale ». Cette dernière, à l'inverse de cette ambition universelle d'autonomie, et dans le courant anglo-saxon de l'utilitarisme, est favorable à ce que le moins de choses possibles

²¹ M. MARZANO, *op. cit.*, p. 62-63.

²² J. S. MILL, *De la liberté*, Paris, Presses Pocket, 1990, p. 39, in M. MARZANO, *op. cit.*, p. 62.

²³ D. ROUSSEAU, « Le consentement au regard du vice », *op. cit.*, p. 116.

n'entravent la liberté individuelle, dans la mesure où cette liberté n'empiète pas sur celle d'autrui.

La difficulté de cette notion de consentement est bien qu'elle interroge entre ce qui est juste et ce qui est émotionnellement supportable, entre ce que la liberté de chacun peut assumer de faire et ce que la dignité humaine doit refuser. Qui peut dire « oui » ou « non » ? Peut-on consentir à tout ? Que faut-il refuser pour soi, mais aussi qu'est-ce que la loi doit refuser pour tous ? Tous les sujets sont-ils, à tout moment, en pleine capacité de déterminer mais aussi d'exprimer leur consentement ou leur non-consentement ? L'individu parvient-il à exprimer un consentement ou un non-consentement, si celui-ci n'est pas conforme à ce qui est socialement accepté ? Cette barrière n'est pas si simple à poser, et elle est encore moins étanche aux différentes interprétations qu'elle pourrait avoir la prétention de partager définitivement.

Tout consentement est, au-delà de la moralité et de la légalité, un acte de *confiance*. Confiance en une promesse, que ce soit en une société plus juste, plus pacifique dans le cadre du contrat social, en une parole donnée, dans le cadre de la relation subjective entre deux personnes, dans le cadre d'un geste médical, etc. Cet acte de consentir est tout à la fois un acte raisonnable, légal, mais aussi instinctivement relié aux émotions²⁴. Je ne peux consentir que si je « ressens » que je peux le faire, comme l'écrit la psychanalyste et philosophe Clotilde Leguil, « c'est un engagement pris envers un autre reposant sur une foi dans la parole de l'autre, foi qui peut relever de l'amour, de l'admiration, de la reconnaissance, mais qui ne peut être totalement traduite en termes rationnels »²⁵.

Avant de conclure, essayons, grâce au privilège de l'art et de la littérature, d'aller encore plus loin, et de tenter de séparer radicalement droit et émotion, pour en envisager les conséquences. C'est ce que fait un roman célèbre de science-fiction, *1984* de Georges Orwell. On constate que le droit en ayant tout prévu, tout cadré, en ayant purgé l'émotion au profit du seul rationnel, a stérilisé la vie : dans un espace social où l'on est privé d'expression de soi, on finit par consentir à n'importe quelle injustice et à l'accepter (le héros de *1984* finira par dire « oui » à Big Brother).

Le cinéma lui aussi, explore cet impossible. On pense dans cette veine au célèbre *Alphaville* de Jean-Luc Godard, où le logiciel Alpha60 gère la Cité qu'il doit rendre la plus juste possible, et pour cela l'a aseptisée de toute émotion, désormais proscrite. C'est une « société technique », où règne la « logique » des algorithmes. Pour cela, les mots jugés inutiles, ceux qui évoquent les émotions et les passions, sont bannis, alors que d'autres

²⁴ Comme en atteste le débat récent sur l'évolution de la loi relative au fait de considérer interdit un acte sexuel adulte / mineur dans la mesure où le mineur n'est pas en capacité de consentir car il n'est pas en capacité, face à un adulte, de procéder à un acte raisonnable, légal et lié à ses émotions.

²⁵ C. LEGUIL, *Céder n'est pas consentir*, Paris, PUF, 2021, p. 58.

sont sortis de leurs histoires pour coller davantage au réel (la « Bible » sera désormais le mot qui désigne... le dictionnaire, on ne dit plus « pourquoi ? » mais « parce que »). On pense ici bien sûr à la *nov'langue* de Georges Orwell, mais aussi, en quittant la fiction pour l'histoire, à l'essai de Viktor Klemperer *LTI, la langue du 3^e Reich*, où le linguiste retrace la manière dont le nazisme a tenté de réduire la langue et ses nuances pour contrôler les pensées.

À cette cité dystopique et ses lois logiques, si on suit Kant, on ne peut que consentir...et pourtant, c'est bien l'émotion qui nous alerte du danger qu'il y aurait à s'en retrouver le citoyen.

Ainsi on voit bien que le droit sans les émotions, ou les émotions sans le droit, ne construisent pas un monde possible. Il y aurait en quelque sorte un : « pas l'un sans l'autre ».

Le consentement, en tant qu'il demeure un fait de langage, est un fait humain, qui ne pourra jamais se résumer en une sentence globale et finale. Pierre Legendre, dans *L'animal humain et les suites de sa blessure*²⁶, rappelle que le langage de l'homme lui fait « traverser l'invisible frontière érigée entre l'individu et les choses, pour tomber sous le joug des mots, c'est-à-dire pour s'arrimer à l'ordre du langage ». Il s'agit là pour lui d'un « fait structurel de base », une différence, une séparation d'avec l'ordre animal, qui n'est pas tant une césure que le pied d'appel vers la « conscience réflexive ». Car « se savoir et se reconnaître existant est le propre de l'homme, son privilège et la blessure qui lui vient du langage – langage qui comporte, dans le même mouvement, la conscience de soi et la conscience d'être mortel [...] Exister, savoir qu'on participe de l'être du langage n'appartient qu'à l'homme ».

La *blessure*, ce mot fort, de l'homme quittant son être animal par le langage, interroge sur le consentement, et sur ses limites ; le langage est-il capable de donner un véritable consentement, le langage peut-il vraiment tout dire du *cum-sentire* ?

Dans *Alphaville*, c'est bien le langage et l'émotion qu'il suscite, par la poésie, qui permet à « ceux qui pleurent » de survivre, lorsque le héros parvient à mettre en défaut le logiciel, qui ne peut résoudre l'énigme de l'émotion du langage.

Face à l'impossible de condenser dans un « oui » ou un « non » le sujet et son désir, laissons le mot de la fin à la littérature, et à Marguerite Duras :

« Yes, peut-être »²⁷.

²⁶ P. LEGENDRE, *L'animal humain et les suites de sa blessure, Conférence à Montpellier*, Paris, Fayard, 2016.

²⁷ M. DURAS, *Yes, peut-être*, Paris, Gallimard, 1968.

Les ordalies à l'aune des émotions

Laura VIAUT

*Maître de conférences en histoire du droit
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

Prendre les émotions comme fil conducteur d'une étude sur l'ordalie semblerait, au premier regard, relever de la gageure. Et, pourtant, c'est par cette approche que le sens concret de l'ordalie peut se révéler.

Pour comprendre la logique du processus ordalique, il suffit de parcourir les quelques romans que la comtesse de Ségur rédigea pour les enfants du XIX^e siècle. En 1862, elle fit paraître *Les bons enfants*, un roman qui met en lumière trois personnages de moins de dix ans, Sophie et ses deux frères Léonce et Arthur, qui invitent leurs nombreux cousins à faire le tour de leurs bêtises. Au chapitre du « Petit voleur », la comtesse de Ségur nous décrit une situation de toute première importance pour notre étude. Un jour de pluie, les enfants se sont installés dans le salon devant la bibliothèque pour regarder des beaux livres pleins d'images. Celui qui comportait de fines illustrations de la chasse au lion retint toute leur attention et ils y consacraient tout l'après-midi. En fin de journée, le soleil revint et les enfants purent aller dans le jardin. Après le dîner, ils décidèrent de reprendre le fil de leur lecture. Mais, hélas, ils s'aperçurent que des images venaient à manquer. L'un des enfants appela son père qui, tout de suite, comprit qu'un des enfants avait malhabilement découpé le précieux ouvrage. Personne ne se dénonça et le père fut bien en peine de trouver le coupable. Il demanda alors à ses enfants de l'attendre patiemment dans le salon. Une heure plus tard, il les appela dans la salle à manger où le processus destiné à désigner le coupable venait d'être installé. Il apporta un panier couvert d'une serviette et le posa sur la table. Le père s'avança et dit : « *Ce panier contient le moyen de me faire connaître le voleur d'images. Chacun va venir à son tour mettre la main dans ce panier sans dire une parole et retournera à sa place également sans parler et sans bouger ensuite, quelque merveilleuse que lui ait semblé la chose qu'il touchera dans le panier. Rien ne bougera pour tous ceux qui sont innocents ; mais, quand ce sera le voleur qui enfoncera sa main, il sortira du panier un vacarme épouvantable, et la main du voleur sera prise par le couvercle de façon à ne pouvoir la retirer. Mais il faut de l'obscurité pour cette opération. Emportez les lumières dans la chambre à côté et laissez-nous la porte à peine entrouverte, seulement pour voir la table et pouvoir trouver le panier.* » Les enfants s'avancèrent, plongèrent la main dans le panier et retournèrent à leur place. Les domestiques en firent autant chacun à leur tour. Le silence régnait dans la pièce. Une fois le processus terminé, le père demanda à ce que l'on rapporte les lumières et demanda à ce que toutes les mains qui ont été plongées dans le panier se lèvent. Toutes les mains se levèrent ; elles étaient toutes couvertes de farine. Toutes, sauf une. Le petit Michel avait la main propre comme auparavant. Le père dit alors à tout le

monde que Michel est le voleur. Ce dernier contesta et expliqua qu'il a retiré sa main comme les autres et que le panier n'a pas bougé. Le père expliqua alors : « *Parce que tu n'as pas osé, te sentant coupable, la plonger dans le panier ; tu as cru à ce que j'avais annoncé. Le panier contient simplement de la farine ; ceux qui n'avaient aucun sujet de crainte se sont couvert la main de farine ; toi, qui te sentais coupable, tu as craint d'être découvert et tu as laissé ta main sous la serviette sans ouvrir le panier*¹ ».

Le père avait bien compris que, par crainte, l'enfant fautif renoncerait à passer l'épreuve. Et c'est ainsi qu'il fut démasqué. Le lien entre l'ordalie et les émotions ne peut ici que retenir l'attention du juriste. Peut-être qu'en écrivant cette histoire pour enfants, la comtesse de Ségur ne savait pas qu'elle faisait appel à un mode de résolution des conflits bien connu des sociétés humaines. Les études anthropologiques, ethnologiques et historiques ont démontré l'existence des phénomènes ordaliques dans un grand nombre de sociétés qui n'avaient aucun contact entre elles. En effet, les ordalies se rencontrent, à des temps distincts, sur de nombreux continents². Les sources historiques, et plus précisément celles du Moyen Âge occidental, nous amènent au cœur du sujet lorsqu'elles évoquent le jugement de Dieu.

Ce dernier est une épreuve que les juges font passer aux parties pour déterminer qui est responsable de quelque chose. Il correspond à la procédure médiévale qui semble la plus étonnante et la plus insaisissable, peut-être parce qu'elle consiste à solliciter une intervention transcendante, celle d'une divinité, pour éteindre un différend que les hommes ne sont pas parvenus à gérer. Pendant longtemps, le monde de la recherche a regardé le jugement de Dieu avec ses yeux modernes et n'en a retenu qu'une supposée brutalité. Cette approche restrictive a amusé des générations d'étudiants et égaré certains historiens et juristes sur les chemins du sensationnalisme...

Quoi qu'on ait tout dit sur les originalités du jugement de Dieu pour fasciner les chercheurs d'aujourd'hui, on l'a moins repensé au prisme des mentalités de l'époque qui y a eu recours. Car on ne peut pas évaluer la justice médiévale sur les critères de notre époque. La question de l'irrationnel n'est pas ce que la matière a de plus intéressant, chaque système ayant ses propres logiques de rationalité. Il faut donc appréhender ce système judiciaire, non pas de dehors, mais de dedans. Il faut comprendre les logiques qui le sous-tendent. Le Moyen Âge était trop pragmatique pour donner seulement à voir quelques procédures irrationnelles, gauchement jugées archaïques par les décennies de recherche qui précèdent. Il faut en cette hypothèse commencer par formuler une remarque terminologique. L'historien est avant tout un homme de l'écrit ; ses

¹ S. SÉGUR, COMTESSE DE, *Les bons enfants*, Paris, Hachette, 1893, p. 219-230.

² R. VERDIER, « L'épreuve de l'anneau et le verdict du feu : la justice divine en pays Kabyle », in P. BRAUN, *Anthropologies juridiques*, Limoges, Presses Universitaires de Limoges, 1998, p. 802-803 ; G. KATSENI, « Le jugement divin, variations byzantines. Duel judiciaire et épreuve du fer rouge dans la pratique judiciaire à Byzance (XIII^e-XIV^e siècles) », *Droit et cultures* [en ligne], 53 | 2007-1, mis en ligne le 31 mars 2009. [Consulté le 2 décembre 2020] Disponible sur Internet : <<http://droitcultures.revues.org/486>>.

informations, arrachées ici et là à la consistance du procès, ne sont que partielles³. Pour comprendre la société judiciaire du passé, il doit en pénétrer les rituels. À l'heure actuelle, il est de bon ton et de bonne méthode de se placer au centre de démarches comparatives, qui font coopérer les droits anciens et les droits modernes. Parmi les contextualisations possibles, la plus significative se rencontre aujourd'hui en cours d'assises. Ces procès, que l'appareil judiciaire d'État encadre en tout point, font surgir à un moment précis un procédé irrationnel ; lorsque vient le moment de choisir les jurés, la décision est abandonnée au tirage au sort. Aujourd'hui, personne ne s'en offusque parce que le procédé est efficace et paraît, au plus grand nombre, acceptablement juste. Ce serait s'abuser que d'affirmer que le Moyen Âge n'en pensait pas de même s'agissant du jugement de Dieu⁴. Il serait intéressant ici de démontrer qu'il était encadré par une série de principes qui ne le rendait pas aussi arbitraire et irrationnel qu'on l'a longtemps pensé.

Il existe au Moyen Âge une pluralité d'ordalies (I). L'étude des affectivités médiévales⁵ est un terrain d'études riche⁶ ; il permet, en outre, de démontrer que ces procédures étaient acceptées de tous et qu'elles participaient au défoulement commun du conflit⁷. Il semble que derrière la pratique de l'ordalie se laisse deviner une culture du défi, opposée à celle de la preuve destinée à déterminer la vérité⁸. On pourrait, si l'on veut, leur prêter des vertus cathartiques ; le cadre contraignant du jugement de Dieu permet d'éviter l'éclat de violence qui, sans lui, a toute chance de suivre. Plus étonnant encore, l'ordalie fait pleinement partie de la culture du compromis, ce qui rend son usage rationnel (II).

³ Sur la difficulté générale du problème, N. KOBLE et M. SÉGUY, « L'audace d'être médiéviste », *Littérature*, 2044, n° 148, p. 3.

⁴ Sur la permanence de l'irrationnel dans notre procédure, R. JACOB, *La grâce des juges*, Paris, Presses universitaires de France, 2014.

⁵ B. ROSENWEIN, « Thinking Historically about Medieval Emotions », *History Compass*, 2010, n° 8, p. 828-842 et D. BOQUET et P. NAGY (dir.), *Le sujet des émotions au Moyen Âge*, Paris, Beauchesne, 2009. R. SCHNELL, « Historische Emotionsforschung. Eine mediävistische Standortbestimmung », *Frühmittelalterliche Studien*, 2004, n° 38, p. 173-276, et R. SCHNELL, « Emotionsdarstellungen im Mittelalter. Probleme und Aspekte der Referentialität », *Zeitschrift für deutsche Philologie*, 2008, n° 127, p. 79.

⁶ Pour une application plus générale, M. CLARK et E. FINKEL, « Does Expressing Emotion Promote Well-Being? It Depends on Relationship Context », in C. LEOCH (dir.), *The Social Life of Emotions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 105.

⁷ M. BOONE, « The Discourse on Emotion in the Urban Administration of Justice: Introduction », in E. LECUPRE-DESJARDINS et alii (dir.), *Emotions in the Heart of the City (14th-16th century)*, Turnhout, Brepols, 2005, p. 115. K. OSCEMA, « Toucher et être touché : gestes de conciliation et émotions dans les duels judiciaires », *Médiévales*, 2011, n° 61, p. 142 ; K. OSCEMA, *Freundschaft und Nähe im spätmittelalterlichen Burgund. Studien zum Spannungsfeld von Emotion und Institution*, Cologne, Weimar, 2006.

⁸ B. LEMESLE, *Conflicts et justice au Moyen Âge*, op. cit., p. 155.

I.- La culture des ordalies

La question à se poser est la suivante : dans quel cadre institutionnel et de quelle manière mettait-on en œuvre une épreuve ordalique ? Commençons par annoncer que le haut Moyen Âge a connu différentes sortes de procédures⁹. Il est certain en revanche qu'elles répondaient toutes à un rituel commun. On commençait par dire la messe. Puis, un officiant préparait l'accusé en l'aspergeant d'eau bénite et en vérifiant qu'il ne détenait pas d'amulettes. Le prêtre bénissait ensuite le matériel qui allait servir à passer l'épreuve, tout en faisant appel aux anges pour les protéger et ne pas laisser le diable s'immiscer. L'accusé passait ensuite l'épreuve et les juges rendaient leur décision¹⁰.

Liste des ordalies

Nom	Type d'ordalie	Descriptif
Fer chaud	Unilatérale (1 partie)	L'accusé doit saisir de la main un fer préchauffé.
Eau froide	Unilatérale (1 partie)	L'accusé est jeté, ligoté, dans un lac ou une rivière.
Croix	Bilatérale (2 parties)	Les deux parties sont attachées à un poteau et se maintiennent les bras en croix.
Hostie	Unilatérale (1 partie)	L'accusé doit porter à sa bouche des hosties ou du pain avec du fromage et réussir à les avaler.
Chaudron	Unilatérale (1 partie)	L'accusé doit plonger sa main dans un chaudron d'eau bouillante pour y récupérer un anneau.

L'une des plus connues est l'ordalie au fer chaud. Nous disposons d'une reproduction, tirée d'un manuscrit bourguignon daté du XII^e siècle.



Lambach. BM, Codex ms 73, fol. 72r (XII^e siècle)

⁹ Pour une typologie, D. BARTHÉLEMY, « Diversité des ordalies médiévales », *Revue historique*, 1988, n° 280, p. 3. P.-Y. LAMBERT, « Exempla bibliques comme précédents judiciaires : les sanctions dans les chartes "celtiques" », *Pecia*, 2007, n° 12, p. 45.

¹⁰ B. LEMESLE, *La main sous le fer rouge. Le jugement de Dieu au Moyen Âge*, Dijon, Éditions universitaires de Dijon, 2016.

La cérémonie se déroule ici en plein air, devant une église. On y voit un prêtre (à gauche) qui supervise spirituellement l'épreuve et un exécutant qui préchauffe le fer. À droite l'accusée, une femme aux cheveux en tresse dans le dos, enserre de ses bras son champion, un homme chargé de subir l'épreuve à sa place. Ce contact corporel permet d'établir un lien direct entre l'accusée et le champion. L'exécutant tend le fer à ce dernier, lequel est fermement maintenu hors du sol, probablement pour éviter que le démon (qui vit sous terre) ne s'empare de lui. Les actes de la pratique rapportent que la main de l'accusé était ensuite bandée. Trois jours plus tard, il devait revenir à l'église devant les juges pour ôter le tissu et faire vérifier l'état de la main ; si elle était indemne, il était jugé hors de cause, si elle était brûlée, il était jugé responsable¹¹.

Une variante réside dans l'eau froide. Le même manuscrit bourguignon en a donné une illustration particulièrement éclairante.



Lambach. BM, Codex ms 73, fol. 64r (XII^e siècle)

Après la messe, les juges, l'accusé et les officiants montaient dans une barque et se rendaient à peu près au milieu d'un lac ou d'une rivière. L'auteur de l'illustration ci-dessus représente l'accusée tenant son champion, ligoté et prêt à être immergé. Un prêtre, avec les Évangiles à la main, bénissait l'épreuve, tandis que les juges regardaient ailleurs. Lorsque l'accusé est immergé dans l'eau, son corps va soit couler, auquel cas il sera innocenté, soit flotter, auquel cas il sera jugé responsable puisque les eaux ne l'ont pas accepté en elles¹².

L'ordalie a moins pour objectif d'établir une culpabilité (avec toute la dimension subjective qui lui est aujourd'hui conférée), qu'une responsabilité ; elle désigne la personne qui doit répondre de l'accusation, d'où le fait qu'on puisse agir par champion.

Deux autres ordalies, particulièrement rares et peu documentées, pouvaient également être sollicitées. La première est, comme les précédentes, unilatérale ; elle consiste à faire avaler à l'accusé une importante quantité de nourriture (pain et fromage). S'il parvient à l'absorber, il sera innocenté, mais s'il s'étouffe, il sera jugé

¹¹ B. LEMESLE, *La main sous le fer rouge. Le jugement de Dieu au Moyen Âge*, op. cit., p. 19.

¹² *Ibid.*

coupable¹³. La deuxième épreuve est bilatérale ; les parties, ligotées à un poteau, doivent se tenir les bras en croix. Le premier qui cède est jugé responsable¹⁴.

S'il existe une variété d'ordalies, il ne faut pas oublier qu'elles sont toutes rattachées à une culture du défi et du compromis. Une fois replacée dans son contexte, on peut en mesurer toute la rationalité.

II.- La rationalité des ordalies

Il fut longtemps dit que l'ordalie était utilisée pour résoudre des situations placées dans l'impasse¹⁵. La réalité, néanmoins, semblerait plus complexe¹⁶. Une argumentation très persuasive, venue de Bruno Lemesle et tirée de l'essai qu'il a récemment consacré aux ordalies, rejoint cet avis. S'attaquant, de manière diffuse, à l'historiographie ancienne, l'auteur a démontré que la procédure est assez rationnelle¹⁷. La logique qu'il peut être pertinent de démontrer ici doit être prise avec une extension que ne tolérait pas l'ancienne historiographie¹⁸. Prenons un exemple. Vers 1092, dans l'environnement de l'abbaye de Talmont. Urias de Parthenay réclamait une redevance de trois muids de blé aux moines qui lui ont alors résisté¹⁹. L'affaire a donc été portée devant la cour du seigneur Ebbon où siégeaient d'imminentes personnes. Après l'exposé des parties, il fut décidé de procéder à une ordalie²⁰. Parce que l'homme que le moine y avait envoyé n'a montré aucun signe de brûlure après l'épreuve, Urias de Parthenay a dû abandonner sa revendication²¹. On pourrait croire évidemment que la voie surnaturelle a tranché le

¹³ Sur cette procédure, D. BARTHELEMY, « Présence de l'aveu dans le déroulement des ordalies (IX^e-XIII^e siècle) », in ÉCOLE FRANÇAISE DE ROME (dir.), *L'aveu, Antiquité et Moyen Âge*, Palais Farnèse, École française de Rome, 1988, p. 194.

¹⁴ B. LEMESLE, *La main sous le fer rouge. Le jugement de Dieu au Moyen Âge*, op. cit., p. 19-20.

¹⁵ P. BROWN, « Society and the Supernatural: a Medieval Change », *Daedalus*, 1975, n° 104, p. 133

¹⁶ R. BARLETT, *Trial by Fire and Water. The Medieval Judicial Ordeal*, Oxford, Oxford University Press, 1986.

¹⁷ B. LEMESLE, *La main sous le fer rouge. Le jugement de Dieu au Moyen Âge*, op. cit. ; P. HAYMS, « Trial by Ordeal: the Key to Proof in the Early Common Law », in A. MORRIS et alii (dir.), *On the Laws and Customs of England*, Chapel Hill, 1981, p. 90 qui considère l'ordalie comme un procédé politique et non irrationnel.

¹⁸ Par exemple L. DECLAREUIL, *La justice dans les coutumes primitives*, Paris, 1889, p. 122.

¹⁹ L. BOUTELIÈRE (éd.), *Cartulaire de Talmond*, Poitiers, Duprès, 1873, n° CVIII : « [...] *Item, temporibus domni Abbatis, accidit ut Urias de Partiniaco inferret calumpniam Rainaldo monacho, nomine Crasso, dicens si inventi non fuerint tres modii de siligine, qui reddi solent tempore messis de decima S. Marie de la Perata, de aliis annonis persolveretur. Quod audiens predictus monachus huic calumpnie totis viribus renisus est [...]* ».

²⁰ *Ibid.* : « *Unde utriusque ad curiam domini Ebonis et omnium procerum ejus perrexerunt, ubique ille qui querebat suam querelam prior proposuit ; alter vero, id est Rainaldus monachus forte virtute contradixit. Quadpropter dominus Ebo atque barones ejus judicaverunt debere probare monachum falsum esse quod ille proposuerat.* »

²¹ *Ibid.* : « *Unde monachus suum hominem fecit sigillare secundum consuetudinem. Cum vero prefixus dies advenisset portavit judicium ; qui ita salvus repertus est ut nulla signa cujusquam ustionis in eo apparent. Ursias vero dedit fidejussorem statim pro. XV solidis, sicut mos est pro illata calumpnia. [...]* »

conflit²². En vérité, il s'agit là d'une couverture²³ ; si l'épreuve a cette apparence, elle a aussi sa réalité qui est davantage une affaire d'adresse et de stratégie²⁴. L'option d'y recourir intègre en son sein la possibilité d'anticiper une issue prévisible. L'ordalie, il faut le savoir, est à haut risque, et plus encore si l'eau est trop chauffée. Chacun peut imaginer que l'épreuve est incertaine. Aussi, on décèle dans la documentation plus de cas de renoncement que d'accomplissement²⁵.

Un cas est connu vers 1100 dans l'environnement de l'abbaye Notre-Dame de Saintes ; André et ses amis revendiquaient un four appartenant aux moniales. La seigneure abbesse leur proposa alors d'affirmer le bien-fondé de leur contestation par un jugement divin. Ils prêtèrent serment de s'y soumettre. Le jour venu, devant les chaudrons qui avaient été préparés dans l'église et après que l'eau y avait été chauffée, les hommes n'osèrent pas se mettre en danger. Immobile devant elle, André a abandonné sa revendication²⁶.

Certains protagonistes n'hésitent d'ailleurs pas à se couvrir d'une excuse de fortune pour abandonner ; en 1086, le jour prévu pour résoudre un litige foncier opposant un laïc aux moines de Saint-Maixent (en Poitou), une partie renonce à l'ordalie prétextant qu'il n'a pas les bonnes chaussures à ses pieds²⁷.

L'ordalie, à n'en pas douter, est une forme de violence physique et verbale²⁸. Elle est un mécanisme dissuasif de gestion des conflits. Elle va permettre soit de conduire les parties à l'échange, soit de donner une forme à la conviction des juges. Car les ordalies peuvent être manipulées. Le degré de chauffe de l'eau peut être variable. Cette marge de manœuvre dont disposent les autorités peut faire infléchir l'issue de l'épreuve.

²² P. BROWN, *La société et le sacré dans l'Antiquité tardive*, Paris, Seuil, 1985 et S. WHITE, « Proposing the Ordeal and Avoiding it: Strategy and Power in Western French Litigation (1050-1110) », in T. BISSON (dir.), *Cultures of Power: Lordship, Status and Process in Twelfth-Century Europe*, Philadelphie, University of Pennsylvania Press, 1995, p. 89.

²³ R. JACOB, *La grâce des juges*, op. cit., p. 77.

²⁴ Agobard, lui-même, mettait en garde contre cette épreuve. *Liber adversus legem Gundobaldi*, chapitre 9 : « oportet mentem fidelem suspicari quod omnipotens Deus occulta hominum in presenti vita per aquam calidam aut ferrum revelari velit. Quanto minus per crudelia certamina ? ».

²⁵ D. BARTHÉLEMY, « Le renoncement aux ordalies », in J. DALARUN (dir.), *Robert d'Arbrissel et la vie religieuse*, Turnhout, Brepols, 2014, p. 173.

²⁶ T. GRASILLIER (éd.), *Cartulaire de l'abbaye royale de Notre-Dame de Saintes*, Niort, Clouzot, 1881, n° CCXXVIII : « [...] Calafacta igitur aqua in duabus calidariis in ecclesia Sancti Marie, et preparatis hominibus Andree quasi ad portanda judicia, Andreas, videns animum abbatisse firmissimum ad judicia suscipienda, timuit, nec ausus est se mittere contra domnam suam in periculum judiciorum : et stans ante illam in presentia domni Arnulfi episcopi et Petri archidiaconi, ac aliarum venerabilium personarum tam canonicorum quam militum defecit et recusavit judicia, mittens se in misericordia abbatisse et relinquens illi furnum et terram [...] ».

²⁷ *Chartes et documents pour servir l'histoire de l'abbaye de Saint-Maixent*, Poitiers, Oudin, 1887, acte n° CLXIV.

²⁸ H. PLATELLE, « La violence et ses remèdes en Flandre au XI^e siècle », *Sacris Erudiri*, 1971, n° 20, p. 101. H. PLATELLE, « Crime et châtement à Marchiennes. Étude sur la conception et le fonctionnement de la justice d'après les Miracles de sainte Rictrude (XII^e siècle) », *Sacris Erudiri*, 1980, n° 24, p. 115 ; S. VECCHIO, « Légitimité et efficacité de la malédiction dans la réflexion théologique médiévale », in N. BERIOU et alii (dir.), *Le pouvoir des mots au Moyen Âge*, Turnhout, Brepols, 2014, p. 349.

Vers 1130, au nord du Poitou, Robert Savin tenait en fief une partie du moulin de Rezo et payait chaque année deux sous de servitude aux chanoines de Saint-Laon²⁹. À sa mort, son fils Augustin revendiqua la propriété du fief. Les chanoines ont essayé de conclure un accord, mais Augustin refusa tout paiement supérieur à cinq sous en arguant qu'il s'agissait là d'un accord conclu entre les chanoines et son défunt père, et affirma être prêt à porter l'affaire en justice. Les chanoines l'ont conduit au procès pour qu'il prouve par le serment et l'épreuve de l'eau chaude l'existence de cet accord. Le jour du procès, devant les reliques, Augustin a craint le serment et l'eau bouillonnante et a approuvé, avec ses héritiers, l'accord proposé par les chanoines³⁰. Augustin a refusé de se soumettre à l'ordalie de l'eau chaude. Nous traduisons l'acte :

« Nous voulons qu'il ne soit pas caché aux frères que, de son vivant, Robert Savin tenait en fief une partie du moulin de Rezo. Il payait, chaque année, deux sous de servitude aux chanoines de Saint-Laon³¹. Après la mort de Robert Savin, les chanoines ont recherché un accord sur ce fief auprès de son fils Augustin. Ce dernier, prêt à faire un procès, refusa tout paiement supérieur à cinq sous pour lesquels les chanoines et son père s'étaient auparavant accordés. Les chanoines l'ont conduit au procès pour qu'il prouve, par le serment et l'épreuve de l'eau chaude, qu'un accord de seulement cinq sous avait été conclu. Le jour du procès, devant les reliques, Augustin a craint le serment et l'eau bouillonnante et a approuvé, avec ses héritiers, l'accord proposé par les chanoines. L'abbé Geoffroy, le prieur Peregrin, Aimeric Jean, Pagan de la Pierre Rousse, André de Laalia y ont assisté. Lors de cet accord, Augustin a également donné aux chanoines la dîme de la partie du moulin qu'il possède. Longtemps après, Augustin, poussé par la nécessité, a vendu la troisième partie du moulin à André de Laye pour six livres. Après en avoir eu connaissance, les chanoines l'ont réclamée à André. Ce dernier voulait se rendre à Jérusalem. Mais pour qu'il consente à la donation, les chanoines lui interdirent le chemin. Finalement, André, son épouse Alaerde et ses fils Gautier et Raginaud ont donné, dans le chapitre et en présence de l'abbé Geoffroy, le moulin en contrepartie de six livres de monnaie et de leur réception dans le service de

²⁹ Vienne, arr. Châtelleraut c/ Loudun.

³⁰ H. IMBERT (éd.), *Cartulaire de l'abbaye Saint-Laon de Thouars*, Niort, Clouzot, 1875, n° LI : « *Illud etiam fratres nostros tam presentes quam futuros volumus non latere quod Robertus Savini dum viveret illam aprtem quam habebat in molendino de Rezo a chanonicis Sancti Launi in feodo habebat et de servicio in uno quoque anno duos solidos eis reddebat. Post obitum veri ipsius chanonici quesierunt Augustino predicti Roberti filio de feodo suo placitum quod convenieret. Ipse vero dixit quod non faceret eis placitum nisi tantummodo quinque solidorum ; sic enim concesserant chanonici autem facerunt sibi discernere iudicium tale scilicet quod Augustinus in die statuto iudicio ante reliquas venisset, timens iuramentum et aquam ferventem annuit se et heredes suos facere conveniens placitum chanonicis. Audiente Goffredo abbate, Peregrino priore, Aimerico Johannis, Pagano de Petra Rube, Andrea de Laaia ; et pro placito quod tunc temporis Augustinis chanonicis facere debebat decimam sue partis molendini eis in perpetuum habere concessit. Post aliquantum vero temporis Augustus necessitaret compulsus terciam partem sue partis mole, dini quam emerat ab Augustino eis dimitteret. At tandem Andreas in capitulum chanonicorum Sancti Launi cum uxore sua Alaerde et filiis suis Gauterio et Raginaudo in presentia abbatis Gauffredi, chanonicis molendinum reddidit, ita tamen ut VI libras nummorum sibi redderentur que et ipso die ei redde sunt. Unde etiam in beneficio ecclesie cum uxore et filiis receptus est ; audientibus istis chanonicis : Peregrino priore, Goffredo de Sancti Philiberto, Aimerico de Oronio cellerario, Airaudo. Hoc quoque concesserunt et audierunt : Gauterius et Raginaudus, quos ut diximus secum in capitulum adduxerat, filii ejus. Audivit etiam Aimericus prepositus : Iviatus, Pictavins, Raginaudus Jovinus, Gaudinus ».*

³¹ Vienne, arr. Châtelleraut c/ Loudun.

l'église. Le prieur Peregrin, Goffroy de Saint Philibert, le cellérier Aimeric d'Oron et Airaud sont les chanoines qui y ont assisté. Ses fils, Gautier et Raginaud, qui l'ont accompagné au chapitre, comme nous l'avons dit, y ont assisté et y ont consenti. Le prévôt Aimeric, Iviave, Pictave, Raginaud Jovin et Gaudin y ont aussi assisté³² ».

Dans cette affaire, les juges ont peut-être cherché à le forcer à accepter l'accord dont il ne voulait pas. La menace de l'ordalie permet ici de relancer le dialogue processuel.

Cette culture du défi n'est pas une culture du spectacle. Elle est directement issue de la culture du compromis dont le haut Moyen Âge est tout entier emprunt. La constatation élémentaire que la justice altimédiévale était fondée sur le compromis, et non sur le droit, doit servir de base à toute réflexion³³. Sur l'ensemble de la période altimédiévale, la justice s'exerce selon des logiques restauratives, révélatrices d'une véritable culture du compromis dont le point culminant se situe au XI^e siècle. Alors que le jugement entretient l'adversité entre les parties, l'échange favorise l'altérité en se fondant sur le principe du consensualisme. Ce modèle semble suivre la logique de « l'agir communicationnel » de Jürgen Habermas ; selon le philosophe, le consensus ne peut être obtenu qu'à l'appui d'une intercompréhension subjective entre les personnes³⁴. Le

³² H. IMBERT (éd.), *Cartulaire de l'abbaye Saint-Laon de Thouars*, Niort, Clouzot, 1875, n° LI : « *Illud etiam fratres nostros tam presentes quam futuros volumus non latere quod Robertus Savini dum viveret illam aprtem quam habebat in molendino de Rezo a chanonicis Sancti Launi in feodo habebat et de servicio in uno quoque anno duos solidos eis reddebat. Post obitum veri ipsius chanonici quesierunt Augustino predicti Roberti filio de feodo suo placitum quod conveniret. Ipse vero dixit quod non faceret eis placitum nisi tantummodo quinque solidorum ; sic enim concesserant chanonici autem facerunt sibi discernere iudicium tale scilicet quod Augustinus in die statuto iudicio ante reliquas venisset, timens juramentum et aquam ferventem annuit se et heredes suos facere conveniens placitum chanonicis. Audiente Goffredo abbate, Peregrino priore, Aimerico Johannis, Pagano de Petra Rube, Andrea de Laaia ; et pro placito quod tunc temporis Augustinis chanonicis facere debebat decimam sue partis molendini eis in perpetuum habere concessit. Post aliquantum vero temporis Augustinus necessitatus compulsus terciam partem sue partis mole, dini quam emerat ab Augustino eis dimitteret. At tandem Andreas in capitulum chanonicorum Sancti Launi cum uxore sua Alaerde et filiis suis Gauterio et Raginaudo in presentia abbatis Gauffredi, chanonicis molendinum reddidit, ita tamen ut VI libras nummorum sibi redderentur que et ipso die ei redde sunt. Unde etiam in beneficio ecclesie cum uxore et filiis receptus est ; audientibus istis chanonicis : Peregrino priore, Goffredo de Sancti Philiberto, Aimerico de Oronio cellerario, Airaudo. Hoc quoque concesserunt et audierunt : Gauterius et Raginaudus, quos ut diximus secum in capitulum adduxerat, filii ejus. Audivit etiam Aimericus prepositus : Iviatus, Pictavins, Raginaudus Jovinus, Gaudinus ».*

³³ Au sens que lui donne M. TROPER, « L'histoire du droit et la théorie générale du droit », in B. SORDI (dir.), *Storia e diritto: esperienze a confronto. Atti dell'incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei quaderni fiorentini*, Milan, Giuffrè, 2012, p. 387 : « Les concepts juridiques n'ont pas d'histoire, si l'on entend par histoire la transformation d'une chose, qui conserve malgré tout son identité. Si un concept est bien cette classe des expressions synonymes parce qu'elles ont le même signifié, le mot peut bien changer de sens, le concept lui ne change pas. Il est seulement remplacé par un autre ». Voir aussi V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Turin, Giappichelli, 1999 et A. PINTORE, *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Naples, Jovene, 1990.

³⁴ Le conflit serait une tension qui initie la réflexion communicationnelle. Cette intercompréhension nécessite de prendre en compte la dimension émotionnelle du conflit, puisqu'elle repose, selon Jürgen Habermas, sur une authenticité subjective des acteurs communicationnels. Cette argumentation rationnelle, se distinguant de l'accord obtenu par simple calcul d'intérêt ou concordance des projets des acteurs, passe par un assentiment motivé de ces derniers. J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*,

processus restauratif est avant tout un instrument de guérison des personnes et de rétablissement de la paix sociale³⁵.

Cette justice n'est pas tournée vers le passé puisqu'on ne s'interroge pas sur les causes du conflit et qu'on ne recherche pas qui est victime et qui est coupable. Elle est tournée vers le futur en ce sens qu'elle permet de reconstituer le lien social qui unit les parties. On parle parfois de « satisfaction émotionnelle des parties », et non pas de « satisfaction juridique »³⁶. Il s'agit là d'une trace ancienne de la justice restaurative. Ce système sollicite directement les personnes impliquées dans le conflit. Fondée sur un dialogue respectueux entre ces différents acteurs, la logique restaurative vise à activer leur morale et à se tourner vers l'avenir³⁷. Parce qu'ils n'avaient pas affaire à un système judiciaire rétributif, les hommes de l'an mil pouvaient aller au-devant de la consolidation de l'harmonie sociale. Alors que le procès entretient l'adversité entre les parties, la justice restaurative entretient la paix et le dialogue en se fondant sur le principe du consensualisme et en permettant aux parties de construire leur futur.

Il faut bien comprendre que le jugement, au haut Moyen Âge, est facultatif... il ne peut s'appliquer qu'à partir du moment où les deux parties l'acceptent, car il n'existe aucune force suffisamment opérationnelle pour le faire appliquer par la contrainte. Pour garantir la paix, les juges du haut Moyen Âge, qui géraient les affaires en tant que médiateurs, cherchaient essentiellement à conduire les parties à trouver un accord. Malgré sa fragilité, c'était là la seule garantie de paix... Et l'ordalie, en tant que menace dissuasive, visait à relancer le dialogue entre deux parties qui ne communiquaient plus. À partir du moment où le traitement de l'affaire entrainait dans l'impasse, le juge proposait aux parties de s'en remettre au chaudron, dans le but, généralement, qu'elles refusent cette procédure et acceptent de dialoguer pour trouver une solution. C'est la raison pour laquelle l'ordalie apparaît dans les sources comme étant à 99 % refusée par les parties. Il

Paris, Fayard, 1987, 2 t. Sur les liens entre la théorie de l'agir communicationnel et les normes, I. AUBERT, *Habermas, une théorie critique de la société*, Paris, CNRS Éditions, 2015. Sur les liens entre la théorie du philosophe et l'institution judiciaire à travers les actes de langage, É. CHALLE, « Jürgen Habermas et le fondement communicationnel du droit », *Le philosophe*, 1999, n° 6, p. 175 et M. DEFLEM, « La notion de droit dans la théorie de l'agir communicationnel de Jürgen Habermas », *Déviance et société*, 1994, vol. 18, p. 95, mais également A. SÖLLNER, « J. Habermas und die kritische Theorie des gegenwärtigen Rechtsstaates », *Leviathan. Berliner Zeitschrift für Sozialwissenschaft*, 1982, n° 10, p. 97 et P. COBBEN, « Die Rechtstheorie van Jürgen Habermas: ontwikkenling en receptie », *Netherlands journal for legal philosophy and jurisprudence*, 1991, t. 20, p. 107.

³⁵ Restorative justice « assumes that criminal offenses are first a violation of people and relationships and not just in the domain of the state », W. BRADSHAW et D. ROSEBOROUGH, « Restorative Justice Dialogue: The Impact of Mediation and Conferencing on Juvenile Recidivism », *Federal Probation*, 2005, n° 69, p. 15 ; S. SHARPE, *Restorative Justice: a Vision for Healing and Change*, Edmonton, MRJC, 1998.

³⁶ L. VERDON, « Émotions, justice et normes. La fabrique du lien social », *Critique*, 2007, n° 716, p. 47. B. ROSENWEIN (dir.), *Anger's Past. The Social Uses of an Emotion in the Middle Ages*, Cornell, Cornell University Press, 1998.

³⁷ M. UMBREIT, *Restorative Justice Dialogue. An Essential Guide for Research and Practice*, Berlin, Springer, 2011. T. TYLER, « Restorative Justice and Procedural Justice: Dealing with Rule Breaking », *Journal of Social Issues*, 2006, n° 62, p. 307 ; G. JOHNSTONE, « Restorative Justice and the Practice of Imprisonment », *Prison Service Journal*, 2007, n° 174, p. 15.

reste toujours un pour cent d'ordalies effectuées, probablement en raison du caractère particulièrement belliqueux des protagonistes. Chaque époque montre, en effet, qu'existent dans la société des personnes qui se plaisent dans le conflit et qui, en rien, ne cherchent à en sortir.

L'image populaire que l'on se fait de l'ordalie est erronée. On imagine volontiers que les esprits de l'an mil étaient bien préparés à accepter ces brutalités judiciaires. La réalité, décryptée à l'aune de la culture du compromis dont le haut Moyen Âge est empreint, semble bien différente de la légende. Si l'ordalie repose sur une croyance irrationnelle, son usage était en tous points rationnel et maîtrisé des acteurs du processus judiciaire.

Ce système restauratif est révélateur d'une véritable culture du compromis dont le point culminant se situe au XI^e siècle. L'époque suivante fera renaître le système répressif fondé sur le jugement. À compter du XII^e siècle, et plus encore du XIII^e siècle, la consolidation du pouvoir central engendrera la juridictionnalisation (dissociation du contrat et du procès) visant à réduire considérablement le champ d'application des logiques restauratives et, avec elle, du recours à l'ordalie. Cette dernière sera interdite en 1215.

Le droit de la preuve et l'émotion¹

Pierre GAUTIER

*Doctorant à l'École doctorale de droit de la Sorbonne
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

Dans son roman intitulé *La Panne*, Friedrich Dürrenmatt nous gratifie d'une scène dans laquelle à la suite d'une panne de voiture, Alfredo Traps, un représentant de commerce, fait la rencontre d'un juge à la retraite qui lui propose de l'héberger pour la nuit. Pour le dîner, l'ancien magistrat a invité deux amis, un avocat et un procureur, afin d'y jouer le procès fictif de Traps où, au cours des débats, ce dernier admet sa culpabilité pour un crime qu'il n'a pas commis. L'œuvre se poursuit ainsi :

« L'espace d'un instant, il y eut de nouveau comme un silence de mort dans la pièce. Et brusquement ce fut un tumulte assourdissant, un véritable ouragan de rires, une tempête de jubilation, des cris, des hurlements, des gesticulations insensées. La tête chauve vint embrasser Traps sur les deux joues, le serrer à pleins bras ; le défenseur perdit son lognon à force de rire, clamant et hoquetant qu'avec un pareil accusé, on ne pouvait décidément pas se fâcher ! Une liesse délirante avait emporté le juge et le procureur en une folle sarabande autour de la pièce : ils tambourinaient sur les murs, ils cabriolaient sur leurs chaises, se congratulaient avec effusion, brisaient les bouteilles vides, ne savaient plus que faire pour exprimer l'intensité vertigineuse de leur plaisir. Grimpé sur une chaise au beau milieu de la pièce, le procureur glapissait de toute la force de ses poumons que l'accusé avait avoué, avoué, avoué, et bientôt, assis maintenant sur le haut dossier, il chanta les louanges de ce cher invité qui jouait le jeu à la perfection de la perfection ! »²

Ce passage illustre une situation imaginaire dans laquelle les acteurs du procès laissent libre cours à leurs émotions à l'occasion de l'affirmation d'une preuve. Le roman aborde ainsi un thème inhabituel pour un juriste de droit continental, celui du lien entre le droit, et plus spécialement le droit de la preuve, et l'émotion. Thème inhabituel car le droit et l'émotion paraissent réticents l'un à l'autre, si bien que cela peut justifier que l'on s'y intéresse davantage.

Bien qu'en France le droit de la preuve ne parvienne que difficilement à s'affirmer en tant que véritable discipline juridique autonome, celui-ci peut être perçu comme une véritable branche du droit regroupant l'ensemble des « règles qui gouvernent la manière de rechercher, de produire et d'apprécier les preuves à l'occasion d'une action en

¹ Je tiens à remercier vivement M. Fabrice DEFFERRARD pour sa bienveillante relecture et ses précieux conseils

² F. DÜRRENMATT, *La Panne*, in *Romans ; La Panne ; Le Juge et son bourreau ; Le Soupçon*, trad. A. GUERNE, Paris, Albin Michel, 1980, p. 49.

justice »³. Parmi la variété de règles qui le composent, certaines sont générales et communes à toutes les preuves, tandis que d'autres sont spécifiques à certains modes de preuve. Pour les besoins de nos développements, nous arrêterons notre attention sur les seules premières. L'Académie française définit l'émotion comme une « réaction affective brusque et momentanée, agréable ou pénible, souvent accompagnée de manifestation physiques »⁴. Cette définition reprend certains caractères de l'émotion, mais mériterait d'être complétée. Le professeur Jeuland, reprenant les travaux de Julien Deonna et Fabrice Teroni, nous apprend que l'émotion comprend cinq éléments : une durée relativement courte ; une réaction physique comme une rougeur ou une douleur ; un objet, c'est-à-dire que l'émotion porte sur quelqu'un ou quelque chose ; un élément de connaissance, ce qui signifie que l'émotion est un signal ; et la possibilité d'être corrigée, comme la peur d'un animal, par exemple. En somme, l'émotion est un processus⁵.

Comme cela a été précédemment esquissé, lier le droit et l'émotion n'est pas une évidence en droit continental. De prime abord, le droit paraît totalement imperméable à l'émotion. Cette dernière ne saurait effectivement lui appartenir car elle ne serait qu'un fait. L'entreprise consistant à concilier ces deux objets d'étude semble donc vaine. Cependant, cette présentation est très certainement inexacte. En effet, l'émotion est bien présente en droit et notamment dans le cadre du procès. Il suffit, pour s'en convaincre, d'assister à une audience, qu'elle soit civile ou pénale, pour remarquer que la comparution devant une juridiction n'est jamais dénuée d'émotion. Et pourtant, le droit, et spécialement le droit de la preuve, n'y fait jamais référence ; il semble tout simplement que cette branche du droit lui nie même toute existence.

Contrairement aux apparences, l'analyse montre que le droit de la preuve et l'émotion entretiennent bien un certain rapport qui n'est pas dénué d'ambiguïté. En effet, le droit de la preuve ne nie pas l'existence de l'émotion, mais il cherche à inhiber l'émotion du juge pour permettre aux parties d'entrevoir un renouvellement de la leur par la solution du litige (I). Cette ambiguïté s'explique par la prétendue incompatibilité de l'émotion avec la finalité de la preuve. L'émotion serait un obstacle à la découverte de la vérité. En réalité, il se pourrait bien que l'émotion soit, au contraire, un moyen d'y parvenir (II).

I.- L'ambiguïté du rapport entre le droit de la preuve et l'émotion

Il semble que le droit de la preuve reconnaisse l'émotion mais qu'il entretienne une relation paradoxale avec celle-ci. En effet, les principes et règles du droit de la preuve tentent d'exclure ou d'inhiber les émotions du juge (A) tandis qu'ils contribuent à

³ E. VERGÈS, G. VIAL et O. LECLERC, *Droit de la preuve*, Paris, PUF, 2015, n° 1.

⁴ Académie française, *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., [en ligne]. [Consulté le 12 mars 2021] Disponible sur Internet : <<http://www.dictionnaire-academie.fr>>.

⁵ E. JEULAND, « Le juge et l'émotion », document de travail, HAL [en ligne], 2020. [Consulté le 12 mars 2021] Disponible sur Internet : <<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01790855v5/document>>, p. 3-4.

favoriser le renouvellement de l'émotion des justiciables et, spécialement, des parties (B).

A.- L'inhibition de l'émotion du juge

Le juge n'est pas cet automate que souhaitait Montesquieu⁶. Comme tout être humain, chaque magistrat est traversé par un certain nombre d'émotions⁷ que le droit cherche, semble-t-il, à écarter. Cela se manifeste à travers certains principes et règles du droit de la preuve. Ainsi, le système des preuves légales qui existe encore en France ne laisse aucune place au juge quant à l'appréciation de la preuve. Il en est ainsi en matière civile concernant l'établissement des actes juridiques d'une valeur supérieure à 1 500 euros⁸ ou encore de la preuve par serment décisive⁹. En matière pénale, la preuve des contraventions suit également la même logique, lorsque, par exemple, le procès-verbal vaut jusqu'à inscription de faux¹⁰. Il en est également ainsi en cas de présomption légale. L'article 122-6 du Code pénal prévoit, par exemple, une présomption de légitime défense à l'encontre de celui qui accomplit un acte « pour repousser, de nuit, l'entrée par effraction, violence ou ruse dans un lieu habité »¹¹. Il se peut donc que le juge soit restreint dans la faculté d'exprimer ses émotions et, *in fine*, ses convictions sur la preuve. Cependant, le droit contemporain n'est pas exclusivement fondé sur le système des preuves légales. Ce dernier est même plutôt en recul dans notre droit positif qui tend davantage à reposer sur celui de la libre appréciation des preuves par le juge.

Néanmoins, bien qu'elle soit fondée sur l'intime conviction du juge, ce qui laisse une place aux émotions¹², la libre appréciation des preuves n'en favorise pas davantage l'expression car les principes du droit de la preuve contribuent, là encore, à les éloigner du magistrat. Il en est ainsi de l'exigence de motivation des décisions de justice qui « impose au juge d'exposer la rationalité de sa démarche intellectuelle »¹³ qui sera soumise au contrôle des juridictions supérieures. De même, le principe du contradictoire semble jouer un rôle comparable en ce qu'il impose au juge de ne pas se laisser

⁶ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, t. 1, Paris, Gallimard, 1995.

⁷ Sur le sujet, v. not. K. HOFFMANN-HOLLAND, « "Un juge ne pleure pas" – Réflexion sur les émotions et l'impartialité dans les procédures judiciaires » ; S. ROACH ANLEU et K. MACK, « Le quotidien des magistrats et le travail émotionnel » ; O. BARRAL, « L'émotion du juge » et J. DANET, « L'avocat, le juge et l'émotion », in « Les émotions dans le prétoire », *Cah. just.*, 2014/1, n° 1.

⁸ C. civ., art. 1359.

⁹ C. civ., art. 1385 et s.

¹⁰ C. civ., art. 336 C. douanes ; E. VERGÈS, G. VIAL et O. LECLERC, *Droit de la preuve*, *op. cit.*, n° 399 et s.

¹¹ C. pén., art. 122-6.

¹² *Contra* : E. VERGÈS, G. VIAL et O. LECLERC, *Droit de la preuve*, *op. cit.*, n° 426.

¹³ *Ibid.*, n° 432 6° ; dans le même sens : J. VAN MEERBEECK, « Quelques réflexions sur le rôle de l'intuition et des émotions dans la fonction de juger », in *Le droit malgré tout : hommage à François Ost* [en ligne] Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2018, spéc. n° 45. [Consulté le 12 mars 2021] Disponible sur Internet : <<https://books.openedition.org/pusl/23709>>.

immédiatement convaincre par le premier argument qui lui est soumis, notamment en raison de l'émotion que le discours peut lui procurer¹⁴.

Le juge est donc spécialement invité à se défaire de ses émotions pour éviter l'arbitraire et la partialité de la décision, encore qu'émotion et arbitraire ne soient pas forcément synonymes¹⁵. Or, il nous semble que la mise à l'écart de l'émotion du juge tende à favoriser la prise en compte de celle des parties, et ce, dans la perspective de la transformer.

B.- Le renouvellement de l'émotion des parties

En ce qu'il demande, voire impose, au juge de se débarrasser de ses émotions, le droit contemporain de la preuve devrait contribuer à satisfaire les émotions des parties en permettant de les juguler.

L'émotion est très souvent vive chez les parties, notamment dans le contentieux familial et en matière pénale. Le droit cherche justement à canaliser ces émotions par l'intermédiaire du procès et l'intervention du tiers qu'est le juge. En séparant les parties, le juge les met à distance de l'émotion qui peut être au cœur de leur conflit. Cependant, pour qu'il en soit ainsi, il semble que le procès doive respecter certains principes comme le contradictoire et l'égalité des armes dans la mesure où ils contribuent à favoriser un sentiment de justice¹⁶. En conséquence, lorsque ces principes sont respectés, le procès peut permettre aux parties de sortir de la situation conflictuelle par laquelle elles sont liées. L'émotion qui se trouve alors au cœur du conflit qui les unit est modifiée, transformée. De la colère ou de la haine, les parties peuvent parfois revenir à une situation apaisée par le pardon ou, plus simplement, l'indifférence. L'intérêt tient à ce que le droit contemporain de la preuve favorise paradoxalement la transformation des émotions des parties par l'inhibition de l'émotion du juge.

On retrouve ainsi la même logique qui entoure celle de l'ordalie. Cette dernière reposait sur le principe du consensualisme et sur le dialogue, ce qui lui conférait une rationalité certaine¹⁷. Il semble que les principes de droit processuel véhiculent la même idée. En cherchant la « satisfaction émotionnelle des parties », l'ordalie peut être perçue comme une « trace ancienne de la justice restaurative »¹⁸. Il semble que les principes contemporains tendent vers la même fin, celle de l'apaisement du conflit, ce qui peut être la marque d'une manifestation de l'émotion en droit. De même, le développement

¹⁴ J. VAN MEERBEECK, « Quelques réflexions sur le rôle de l'intuition et des émotions dans la fonction de juger », *loc. cit.*, n° 42 ; E. JEULAND, « Le juge et l'émotion », *loc. cit.*, conclusion.

¹⁵ J. VAN MEERBEECK, « Quelques réflexions sur le rôle de l'intuition et des émotions dans la fonction de juger », *loc. cit.*, n° 46.

¹⁶ *Ibid.*, n° 41-42.

¹⁷ V. *supra*, L. VIAUT, « Les ordalies à l'aune des émotions ». Je tiens à remercier Laura Viaut d'avoir accepté de me communiquer son article avant sa publication.

¹⁸ *Ibid.*, p. 11.

de la justice restaurative dans notre droit témoigne de cette prise en compte de l'émotion.

En définitive, le droit de la preuve paraît ainsi partagé entre sa reconnaissance de l'émotion et son refus de l'accepter. Une certaine duplicité entoure donc le rapport du droit de la preuve à l'émotion. Si l'on nous permettait de paraphraser l'une des plus célèbres citations de Molière, nous dirions « Couvrez cette émotion que je ne saurais voir »¹⁹. Et pour cause, l'émotion serait incompatible avec la finalité de la preuve, d'où sa mise à l'écart par le droit. En réalité, comme nous le verrons, cette incompatibilité n'est qu'apparente.

II.- L'incompatibilité prétendue de l'émotion avec la finalité de la preuve

La mise à l'écart de l'émotion par le droit de la preuve paraît trouver sa cause dans son incapacité à permettre d'atteindre la vérité en raison de son caractère présumé irrationnel (A). Cependant, à rebours de cette conception, l'émotion peut être un moyen d'atteindre la vérité (B).

A.- La vérité comme obstacle à l'émotion

On s'accorde généralement à considérer que la finalité principale du droit de la preuve est la recherche de la vérité²⁰. Cette dernière paraît effectivement bien être l'un des points communs des différentes procédures de notre droit. Cependant, le juriste sait également que la vérité est inatteignable, qu'il peut seulement s'en rapprocher sans jamais la toucher. C'est pourquoi, d'ailleurs, il parle de vérité « judiciaire », adjectif qui, comme cela a déjà pu être écrit, « n'a pas pour effet de qualifier la vérité mais a plutôt tendance à la faire disparaître »²¹. Nonobstant, c'est bien parce que le droit de la preuve a conscience de la difficulté d'approcher la vérité qu'il repose sur différents moyens pour espérer y parvenir. Par ailleurs, le droit de la preuve poursuit également une fonction de légitimation de la décision judiciaire et, *in fine*, de son autorité²². Domat disait qu'« on appelle preuve ce qui persuade l'esprit d'une vérité »²³ et Lévy-Bruhl ajoutait « Prouver,

¹⁹ MOLIÈRE, *Le Tartuffe*, Paris, Gallimard, 2012.

²⁰ M. MEKKI, « Preuve et vérité en France », in *La preuve*, Journées internationales de l'association Henri Capitant, Bruxelles, Bruylant, 2015 ; *Contra* : X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, préf. J. GHESTIN, Paris, LGDJ, 1994 ; v. égal. du même auteur : « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », *Droits*, 1993, n° 23, p. 31 et s. ; v. égal., Ph. THÉRY, « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », *Droits*, 1993, n° 23, p. 46 et s.

²¹ A. FABBRI et C. GUÉRY, « La vérité dans le procès pénal ou l'air du catalogue », *RSC*, 2009, p. 343 et s.

²² X. LAGARDE, « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », *loc. cit.*, p. 35 et s. ; v. égal., Ph. THÉRY, « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », *loc. cit., spéc.*, p. 48.

²³ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. 6, 1^{re} partie, livre 3, in *Œuvres complètes*, t. 2, Paris, Firmin-Didot père et fils, 1828-1830, p. 137.

c'est faire approuver »²⁴. Cette fonction de la preuve n'est pas antinomique à celle de la vérité mais semble, au contraire, la compléter²⁵. C'est d'ailleurs pour cette raison que la preuve judiciaire repose notamment sur la science. En effet, la vérité scientifique constitue justement « cet instrument de légitimation [pratique] de la décision judiciaire » comme l'a montré madame Deharo²⁶. La science permet de conférer un caractère rationnel à la preuve et donc à la décision judiciaire. C'est cette rationalité de la preuve scientifique, perçue comme le seul moyen d'atteindre la vérité, qui explique probablement l'exclusion de l'émotion.

En effet, selon une conception classique héritée de Descartes, l'émotion est irrationnelle, contrairement à la science. Elle n'aurait donc pas sa place dans un domaine comme celui de la preuve. Émotion n'est pas raison comme le dit l'adage. C'est pour cela que certains modes de preuve comme l'ordalie ont été abandonnés par notre droit en ce qu'ils reposaient davantage sur l'émotion et les croyances ancestrales que sur la raison²⁷. Cependant, il n'est pas sûr que le caractère absolu de la vérité scientifique ne soit pas exagéré²⁸. En effet, la vérité scientifique est aussi relative et dépend « du cadre dans lequel elle est évaluée, cadre qui, lui-même, dépend des croyances et des présupposés d'un lieu et d'un temps »²⁹. Autrement dit, la vérité scientifique dépend de nos croyances actuelles. Il est, dès lors, possible de se demander si, en définitive, l'expertise scientifique n'est pas la nouvelle ordalie de notre temps. Compte tenu de l'importance que notre société accorde à la science et à son caractère prétendument absolu, on ne saurait nier une certaine ressemblance avec l'ordalie d'autrefois, à ceci près que la vérité n'est plus donnée par Dieu, mais par le scientifique³⁰. Or, la rationalité de la science n'est pas un gage de vérité absolue. Ainsi, la prétendue irrationnalité de l'émotion comme obstacle à la découverte de la vérité semble être un faux argument pour rejeter l'émotion du prétoire.

²⁴ H. LÉVY-BRUHL, *La preuve judiciaire : étude de sociologie juridique*, Paris, Marcel Rivière et Cie, 1964, p. 22 ; v. égal., E. CHEVREAU, F. AUDREN et R. VERDIER, *Henri Lévy-Bruhl : juriste-sociologue*, Paris, Mare & Martin, 2018, coll. « Grands personnages ».

²⁵ M. MEKKI, « Preuve et vérité en France », *loc. cit.*, n° 27.

²⁶ G. DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, préf. L. CADIET, Paris, LGDJ, 2004, spéc. titre 1^{er} de la 1^{re} partie, p. 45 et s.

²⁷ V. cep. l'analyse de L. VIAUT, « Les ordalies à l'aune des émotions », *loc. cit.*

²⁸ A. BARRAU, *De la vérité dans les sciences*, 2^e éd., Malakoff, Dunod, 2019, spéc. l'épilogue : « [La science] est cohérente et convaincante, elle est belle et rationnelle, mais n'entretient pas nécessairement de lien privilégié avec la vérité ou avec l'en-soi du réel » ; v. égal., M. MEKKI, « Preuve et vérité en France », *loc. cit.*, n° 13 où l'auteur s'appuie sur Allais et Popper pour contester le caractère absolu de la vérité scientifique.

²⁹ A. BARRAU, *De la vérité dans les sciences*, *op. cit.*, chap. 2, p. 11.

³⁰ V. la réflexion du professeur Francesco CAPRIOLI pour qui un « procès décidé par un avis d'expert, indéchiffrable et insensible de la part d'un juge est un procès qui ressemble dangereusement aux anciens rites ordaliques », trad. libre, cité par A. FARANO, « L'évaluation de la preuve scientifique », *Droit et Philosophie*, n° 11, *Preuve, droit de la preuve et démocratie* [en ligne], 2019, note 14. [Consulté le 12 mars 2021] Disponible sur Internet : <<http://www.droitphilosophie.com/article/lecture/l-evaluation-de-la-preuve-scientifique-260>>.

En définitive, l'irrationnalité de l'émotion est largement exagérée et il apparaît, au contraire de l'opinion classique, que l'émotion peut être un moyen d'atteindre la vérité.

B.- L'émotion comme moyen d'atteindre la vérité

La conception classique de la distinction de l'émotion et de la raison paraît aujourd'hui dépassée. En effet, il a été récemment démontré que l'émotion et la raison sont liées³¹ au point qu'il est désormais possible de parler d'« émotion rationnelle »³². Mieux encore, il a été prouvé que l'émotion, lorsqu'elle est conjuguée à la raison, permet de prendre de meilleures décisions³³. En conséquence, cela permet de soutenir que l'émotion est un moyen d'atteindre la vérité. Il faut donc admettre que l'émotion n'est pas inutile à la preuve et à la solution d'un litige. Le juge et les parties devraient pouvoir utiliser leurs émotions pour la résolution du litige. Cependant, cela n'est-il pas déjà le cas en pratique ? Nous croyons, en effet, que le juge s'appuie parfois sur ses émotions pour exercer son office. L'orientation d'une procédure, le choix d'une mesure d'instruction plutôt qu'une autre et même le jugement au fond sont probablement en partie déterminés par l'émotion du juge. On ne peut s'empêcher de penser que « le bon juge Magnaud » incarne parfaitement l'exemple de la prise en compte par le juge de ses émotions dans l'acte de juger³⁴. De même, les parties laissent-elles libre cours à leurs émotions dans l'exercice de leur action. Par exemple, la décision de transiger ne nous semble pas seulement reposer exclusivement sur la raison et un éventuel bilan coûts-avantages. Nous pensons que certaines émotions participent de cette prise de décision.

L'émotion peut donc contribuer à la détermination de la vérité et il ne faut pas douter de l'existence de celle-ci au sein du procès. Cependant, quelle place lui reconnaître en droit français ? Aux États-Unis, le courant *Law and Emotion* est devenu normatif et incite désormais le juge à utiliser ses émotions³⁵.

Il n'est peut-être pas utile d'en arriver à cette solution dans notre droit. En effet, conférer une normativité à l'émotion risquerait de contrevenir aux engagements internationaux de la France comme la Convention européenne des droits de l'homme. Celle-ci garantit à tout justiciable le droit à un procès équitable, ce qui passe par le respect de certaines exigences comme l'impartialité, le contradictoire ou encore l'égalité des armes³⁶. Or, reconnaître une normativité à l'émotion pourrait faire naître, chez le justiciable, un soupçon quant au respect de ces principes et mener à de nouveaux

³¹ E. JEULAND, « Le juge et l'émotion », *loc. cit.*, p. 4 ; v. égal., du même auteur, *La justice des émotions*, Paris, IRJS Éditions, 2020, coll. « Les Humanités du droit ».

³² E. JEULAND, « Le juge et l'émotion », *loc. cit.*, p. 12.

³³ Pour des développements, v. A. DAMASIO, *L'erreur de Descartes*, Paris, Odile Jacob, 2010 ; v. égal. E. JEULAND, « Le juge et l'émotion », *loc. cit.*, p. 5.

³⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle du Bon Juge Magnaud », in *De Code en Code : mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Paris, Dalloz, 2009, p. 335 et s.

³⁵ E. JEULAND, « Le juge et l'émotion », *loc. cit.*, p. 6.

³⁶ Conv. EDH, art. 6.

problèmes juridiques. Ce sont ces écueils qu'il faut éviter en refusant un caractère normatif à l'émotion. Dès lors que l'existence de l'émotion est implicitement reconnue par le droit, il n'est donc pas nécessaire d'en prescrire l'utilisation.

Le juge doit trancher le litige en application des principes qui gouvernent le procès. Cependant, le droit offre un certain espace qui lui permet d'utiliser ses émotions pour déterminer l'issue du litige, sans pour autant dénaturer la décision. Ainsi, en matière pénale, le principe d'individualisation de la peine³⁷ permet cette prise en compte de l'émotion dans le choix d'une sanction pénale adaptée à la situation du délinquant. De même, en matière civile, l'indemnisation du préjudice³⁸ ou encore l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale à l'un des parents³⁹ peuvent être en partie déterminées par l'émotion d'une situation.

En définitive, ces réflexions permettent éventuellement de comprendre un peu mieux l'ambiguïté du rapport entre l'émotion et le droit de la preuve. Il n'est pas question d'interdire toute émotion aux acteurs dans la conduite du procès mais de les canaliser, et ce, dans le but de mieux les appréhender et donc de leur faire produire des effets de droit.

³⁷ C. pén., art. 132-1, al. 2.

³⁸ C. civ., art. 1240.

³⁹ C. civ., art. 373-2-1.

Propriété intellectuelle et émotion

Tristan AZZI

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

1. La propriété intellectuelle se compose, on le sait, de deux branches : d'une part, la propriété littéraire et artistique, qui correspond au droit d'auteur, à ses droits voisins et au droit *sui generis* des producteurs de bases de données ; d'autre part, la propriété industrielle, qui regroupe notamment le droit des brevets, le droit des marques et le droit des dessins et modèles. Nous allons axer l'essentiel de nos analyses sur la première branche, en insistant surtout sur le droit d'auteur. En d'autres termes, notre sujet sera plus « Propriété littéraire et artistique et émotion » et même « Droit d'auteur et émotion » que « Propriété intellectuelle et émotion ». La mise à l'écart de la propriété industrielle impose toutefois quelques explications en introduction.

2. Pour ce qui est du droit des brevets, il arrive certes que la personne qui réussit à mettre au point une invention ressente une véritable émotion au moment de parvenir à un tel résultat. Tout le monde connaît la légende prêtant à Archimède le fait d'avoir crié le mot « *Eurêka !* » (« J'ai trouvé ! ») en courant nu dans les rues de Syracuse après avoir eu l'intuition, en prenant un bain, du principe qui sera plus tard qualifié de « poussée d'Archimède »¹. Certes encore, la personne qui constate le progrès – parfois vital – constitué par une invention peut, elle aussi, être gagnée par l'émotion. On pense en particulier au malade qui guérit grâce à un médicament ou à un vaccin brevetés. Cependant, ces différentes émotions sont plus liées à l'invention elle-même qu'au droit portant sur l'invention, c'est-à-dire le droit de brevet.

3. L'émotion ne joue pas vraiment plus en droit des marques. Il est vrai que les « marques » et plus particulièrement les « grandes marques », comme on les appelle parfois, cherchent souvent à jouer sur les émotions du public pour séduire et attirer à elles la clientèle. L'émotion est alors un élément central de leur stratégie de communication et, partant, de leur *marketing*. Mais, en réalité, le rapport avec le droit des marques est assez lointain. Quand on parle de « marques » ici, le terme est utilisé dans un sens large et non juridique, car il vise en réalité les entreprises qui détiennent des marques plus que les marques au sens strict c'est-à-dire les signes distinctifs – verbaux, figuratifs ou sonores – déposés par lesdites entreprises. Il est certes aussi possible que de tels signes suscitent, en tant que tels, une forme d'émotion auprès du public. On peut par exemple trouver très beau tel ou tel logo ou telle ou telle

¹ Si l'exemple est parlant, il concerne en réalité une théorie scientifique et non une véritable invention. Or les théories scientifiques sont exclues de la brevetabilité (art. L. 611-10, 2^o, a, C. propr. intell.).

présentation graphique d'une marque verbale, ce qui pourra éventuellement conduire à un acte de consommation des produits ou des services marqués. À l'inverse, la laideur ou le ridicule d'un signe distinctif mal placé sur un objet ou sur un vêtement pourra, dans certains cas, conduire le consommateur à se tourner vers d'autres produits. Plus généralement, comme l'enseignait le célèbre graphiste et *designer* Raymond Loewy, « *la laideur se vend mal* »². Toutefois, ces émotions, générées par un phénomène d'adhésion ou de rejet esthétique, viennent précisément du signe lui-même et non du signe envisagé en tant qu'objet du droit de marque. À la rigueur, cela peut provenir du signe considéré davantage comme une œuvre de l'esprit, ce qui nous ramène alors au droit d'auteur. Enfin, le point de vue du consommateur, personnage de référence en droit des marques, sert, entre autres, à savoir si un signe présente un caractère distinctif autonome, autrement dit s'il est effectivement perçu comme une marque – condition de validité du titre de propriété industrielle³ –, ou s'il existe un risque de confusion – condition jouant lors de l'appréciation de certaines formes de contrefaçon⁴. Cependant, ces règles concernent bien plus le registre de la perception que celui de l'émotion, ce qui est très différent.

4. Des observations du même ordre s'imposent au sujet des dessins et modèles, lesquels protègent l'apparence des créations utilitaires. Certes, l'affirmation de Raymond Loewy s'applique aussi en la matière. Toutefois, si des objets aussi variés qu'un vêtement dessiné par un créateur de mode, un meuble conçu par un *designer*, la carrosserie d'une voiture ou le simple motif d'un tissu ou d'un papier peint peuvent susciter une émotion auprès du public en raison de leur dimension esthétique, c'est à première vue plus parce qu'il s'agit d'œuvres à part entière, lesquelles sont susceptibles d'être soumises au droit d'auteur, qu'en raison de leur protection en tant que dessins et modèles, étant rappelé que les deux droits de propriété intellectuelle peuvent se cumuler⁵. Ajoutons que, tout comme en droit des marques, il existe un personnage de référence fictif, l'« *observateur averti* », dont le regard est pris en considération lors de l'appréciation de la validité et de la contrefaçon des dessins et modèles. Ainsi, un dessin ou modèle doit, pour être protégé, avoir un « *caractère propre* », en ce sens qu'il est nécessaire que « *l'impression visuelle d'ensemble qu'il suscite chez l'observateur averti diffère de celle produite par tout dessin ou modèle divulgué avant la date de dépôt de la demande d'enregistrement ou avant la date de priorité revendiquée* »⁶. En outre, « *la protection conférée par l'enregistrement d'un dessin ou modèle s'étend à tout dessin ou modèle qui ne produit pas sur l'observateur averti une impression visuelle d'ensemble*

² R. LOEWY, *La laideur se vend mal*, trad. de l'anglais (États-Unis) par M. CENDRARS, Paris, Gallimard, 1990, coll. « Tel », n° 165 (1^{re} éd. 1952).

³ Art. L. 711-2, 2°, C. propr. intell.

⁴ Art. L. 713-1, 2°, C. propr. intell.

⁵ V. not. l'art. L. 513-2 C. propr. intell.

⁶ Art. L. 511-4, al. 1^{er}, C. propr. intell.

différente »⁷. Cependant, l'« *impression* » mentionnée dans ces dispositions ressortit, une fois de plus, davantage au domaine de la perception qu'à celui de l'émotion.

5. Tout en nous concentrant donc à partir de maintenant sur la propriété littéraire et artistique et, au sein de celle-ci, surtout sur le droit d'auteur, nous réduirons encore le périmètre de notre étude en écartant deux séries de questions.

6. En premier lieu, le rôle de l'émotion dans la création des normes ne sera pas spécialement analysé, car cette thématique n'est pas propre au droit de la propriété littéraire et artistique. De fait, de nombreuses évolutions du droit, toutes matières confondues, sont dues à l'émotion que certains évènements peuvent déclencher auprès de tout ou partie de la population, du législateur ou des juges. Il en existe de multiples illustrations en droit de la propriété littéraire et artistique comme ailleurs. Par exemple, la naissance du droit de suite en 1920, qui permet à l'auteur d'une œuvre d'art puis à ses héritiers, durant les soixante-dix ans qui suivent son décès, de percevoir un pourcentage sur le prix d'aliénation de l'œuvre, en particulier lorsque celle-ci est vendue aux enchères⁸, trouve notamment son origine dans l'émotion qu'avait suscitée l'adjudication pour un montant très élevé de *L'Angélus* de MILLET alors que ce dernier l'avait cédé à très bas prix de son vivant et que, au moment de la vente aux enchères, ses héritiers étaient dans un grand dénuement⁹. Plus près de nous, l'adoption en 2019 de la directive dite « DAMUN » est liée à l'émotion que suscite depuis plusieurs années l'absence de « partage de la valeur » (« *value gap* ») par les grandes plateformes de l'Internet, lesquelles diffusent massivement des œuvres sans rémunérer de manière satisfaisante les auteurs, alors qu'elles perçoivent des revenus – publicitaires ou autres – singulièrement conséquents¹⁰.

7. En second lieu, seules les questions afférentes à l'existence du droit d'auteur seront examinées, à l'exclusion de celles se rapportant à son exercice. Certes, on pourrait être tenté de soutenir que c'est l'émotion qui conduit l'auteur à agir en contrefaçon lorsque ses droits sont violés, mais, une fois de plus, ce constat n'est pas propre à la matière : quelle que soit la branche du droit concernée, la volonté de déclencher un procès dépend toujours, pour partie, des émotions ressenties par le demandeur, qui décide alors de s'en remettre à la justice. D'aucuns pourraient toutefois avancer que l'émotion est plus présente qu'ailleurs lorsqu'un artiste se plaint d'une atteinte à ses droits moraux, et spécialement à l'intégrité de son œuvre (altération, modification,

⁷ Art. L. 513-5 C. propr. intell.

⁸ Loi du 20 mai 1920. V. aujourd'hui l'art. L. 122-8 C. propr. intell.

⁹ Un dessin de Jean-Louis FORAIN est resté célèbre à cet égard. On y voit deux enfants en haillons montrer du doigt un tableau en salle des ventes en s'exclamant « Un tableau de papa ! ». On trouvera une autre manifestation de l'émotion suscitée par la spéculation dont *L'Angélus* a été l'objet dans un article très critique de Paul GAUGUIN intitulé « Qui trompe-t-on ici ? », publié en 1889 dans la revue *Le Moderniste illustré*.

¹⁰ Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE.

dénaturation, décontextualisation, etc.), car, en réalité, une telle atteinte revient à s'attaquer à la personnalité même de l'artiste, telle qu'elle s'exprime dans l'œuvre. La question est cependant liée en un sens à celle de l'originalité, envisagée comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur. Or nous verrons que l'émotion ne joue pas réellement de rôle en la matière¹¹.

8. Le champ de l'étude étant circonscrit, il convient de définir plus précisément ce que l'on entend par émotion.

La définition du dictionnaire *Larousse* est la suivante : « [1] *Trouble subit, agitation passagère causés par un sentiment vif de peur, de surprise, de joie, etc. Parler avec émotion de quelqu'un.* [2] *Réaction affective transitoire d'assez grande intensité, habituellement provoquée par une stimulation venue de l'environnement.* »

Le *Petit Robert* formule quant à lui trois propositions : « [1] *État affectif intense, caractérisé par des troubles divers (pâleur, accélération du pouls, etc.).* [2] *État affectif, plaisir ou douleur, nettement prononcé.* [3] *Sensibilité. Interpréter une œuvre avec émotion.* » (souligné par nous). Si les deux premières propositions rejoignent celle du *Larousse*, la troisième nous met davantage sur la piste des possibles liens existant entre droit d'auteur et émotion. La notion d'œuvre est, en effet, mentionnée comme exemple. Il ne s'agit toutefois pas de la création de l'œuvre, objet du droit d'auteur, mais de son interprétation, elle aussi objet d'un droit de propriété littéraire et artistique, le droit voisin de l'artiste-interprète (acteur, musicien, chanteur, danseur, etc.)¹².

9. La définition du *Petit Robert* conforte la première impression que pourraient avoir les non-spécialistes : s'il est une discipline juridique dans laquelle l'émotion semble avoir un rôle à jouer, c'est bien, en apparence, le droit de la propriété littéraire et artistique. De fait, les œuvres de l'esprit paraissent littéralement pétries d'émotions. N'a-t-on pas tendance à considérer que les auteurs cherchent généralement à transmettre leurs émotions au travers de leurs œuvres, qu'il s'agisse de livres, de films, de morceaux de musique, de tableaux, de sculptures ou autres ? Ne dit-on pas également, en écho à l'exemple donné par le *Petit Robert*, qu'un bon interprète est un acteur, un chanteur ou un musicien qui exécute l'œuvre avec émotion ? Ne constate-t-on pas, enfin, qu'une œuvre peut procurer toutes sortes d'émotions au public ? La palette de celles-ci est très vaste : sentiment de satisfaction ou de bien-être, frissons liés à la beauté – les fameux « poils qui se dressent » à l'écoute d'un morceau de musique par exemple –, frissons liés à la peur, pleurs, rires, gêne ou dégoût, malaise intellectuel, trouble physique même. Tout le monde connaît à cet égard le syndrome de Stendhal. En 1817, l'écrivain visite la Basilique Santa Croce à Florence. Assis sur un prie-Dieu, il renverse la tête en arrière pour contempler les fresques de la coupole de la chapelle. Leur beauté génère chez lui un véritable malaise qu'il décrit ainsi : « *J'étais déjà dans une sorte d'extase, par l'idée d'être à Florence, et le voisinage des grands hommes dont je venais de voir les tombeaux.*

¹¹ *Infra*, n° 20.

¹² Art. L. 212-1 et s. C. propr. intell.

Absorbé dans la contemplation de la beauté sublime, je la voyais de près, je la touchais pour ainsi dire. J'étais arrivé à ce point d'émotion où se rencontrent les sensations célestes données par les beaux-arts et les sentiments passionnés. En sortant de Santa Croce, j'avais un battement de cœur, ce qu'on appelle des nerfs, à Berlin ; la vie était épuisée chez moi, je marchais avec la crainte de tomber »¹³ (souligné par nous). Sorti du bâtiment, il décide de lire un poème, une autre œuvre donc : « Je me suis assis sur l'un des bancs de la place Santa Croce ; j'ai relu avec délices ces vers de Foscolo, que j'avais dans mon portefeuille ; je n'en voyais point les défauts ; j'avais besoin de la voix d'un ami partageant mon émotion » (souligné par nous là encore). Les œuvres de l'esprit sont donc, à n'en pas douter, d'importants vecteurs d'émotions. Ces émotions sont susceptibles de passer de l'auteur à l'œuvre, puis, le cas échéant, de l'œuvre vers l'interprète, pour enfin gagner le public¹⁴.

10. Si les liens entre œuvres de l'esprit et émotions sont forts, cela ne signifie pas nécessairement que le droit se rapportant à ces œuvres, autrement dit le droit d'auteur, en tient compte. L'examen des conditions d'existence du monopole intellectuel révèle en réalité une certaine indifférence de la propriété littéraire et artistique à l'égard des émotions. Ainsi, il n'est pas nécessaire qu'une œuvre de l'esprit traduise les émotions de l'auteur ni qu'elle produise des émotions dans le public pour qu'elle soit éligible à la protection par le droit d'auteur. On s'intéressera ainsi aux émotions que l'œuvre est à même de refléter (I), puis à celles qu'elle est de nature à susciter (II).

I.- Les émotions que l'œuvre peut refléter

11. Nous partirons de deux éléments indispensables à l'existence du droit d'auteur : s'agissant en premier lieu du sujet de la protection, l'auteur, on se demandera s'il transmet toujours des émotions dans ses œuvres et s'il est le seul à avoir cette capacité (A) ; en ce qui concerne en second lieu l'objet de la protection, l'œuvre, la question se pose de savoir si elle recueille nécessairement les émotions du premier (B).

A.- Du côté du sujet protégé : auteur et émotions

12. Le droit d'auteur ne saurait porter que sur un objet immatériel créé par un auteur, lequel ne peut être qu'une personne physique ayant conscience du résultat de son activité créative¹⁵. Quelle est la place des émotions dans ces exigences et plus particulièrement dans celle tenant à la conscience ? La réponse est loin d'être évidente.

¹³ M. DE STENDHAL, *Rome, Naples et Florence*, t. 2, 3^e éd., Paris, Delaunay, 1826, p. 102.

¹⁴ Parfois, l'émotion existe bien, mais elle change de nature en cours de transmission : par exemple, l'auteur aura voulu faire peur, mais son œuvre s'avèrera tellement maladroite qu'il ne recueillera que des rires de la part du public...

¹⁵ A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER et C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5^e éd., Paris LexisNexis, 2017, n° 47 et s. ; C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 6^e éd., Paris, LexisNexis, 2020, n° 45 et s. ; M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2019, n° 109 et s. ; F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, 2^e éd., Paris, Economica, 2014, n° 123 et s.

13. Une personne morale peut parfaitement être titulaire du droit d'auteur, soit à titre originaire, dans le schéma un peu particulier de l'œuvre collective¹⁶, soit à titre dérivé, dans l'hypothèse d'une cession¹⁷. En revanche, elle ne pourra jamais être qualifiée d'auteur¹⁸. Pour ne prendre qu'un exemple, une société a bien une existence juridique autonome, mais elle ne peut pas créer une œuvre de l'esprit. L'auteur ne peut donc être qu'une personne physique. Or, contrairement à une personne physique, une personne morale n'a pas d'émotions. Ces éléments pourraient laisser penser que l'aptitude à véhiculer des émotions permet de distinguer les auteurs des non-auteurs.

14. De même, un simple objet ou un simple outil, si sophistiqué soit-il, ne peut pas être considéré comme un auteur. Cela va de soi, entre autres, pour une feuille de papier, une toile, un crayon, un stylo, un pinceau, un instrument de musique, un appareil photo ou une caméra. Cela va aussi de soi, du moins aujourd'hui, pour un ordinateur, lequel peut servir à l'écriture littéraire, à la composition musicale, à la réalisation d'un film, etc. Certes, la machine simplifie considérablement le travail de création par sa puissance de calcul, son degré de précision et sa facilité d'utilisation, mais l'homme derrière la machine demeure seul auteur et, en principe, titulaire initial du droit d'auteur. Or l'émotion est bien présente chez l'homme, pas dans la machine. Là encore, le critère peut donc paraître pertinent.

15. Le raisonnement atteint toutefois ses limites dans le cas de l'intelligence artificielle. Certaines intelligences artificielles, une fois qu'elles ont moissonné suffisamment de données pour atteindre une réelle autonomie, sont à même de créer seules des œuvres, sans le concours des personnes physiques qui les ont conçues ou utilisées. Néanmoins, de telles œuvres, si réussies soient-elles, ne paraissent pas protégeables par le droit d'auteur pour l'heure¹⁹ : d'un côté, lorsqu'une œuvre est réalisée par une intelligence artificielle, l'homme n'en est pas le créateur et, en conséquence, il ne peut pas être considéré comme auteur ; de l'autre, c'est bien la machine qui a créé l'œuvre, mais elle n'a pas la personnalité juridique, de sorte qu'elle ne peut se voir octroyer le droit d'auteur. En somme, on est en présence d'une œuvre et d'un auteur-machine, mais sans droit d'auteur. Est-ce lié, indépendamment de la question de la personnalité juridique, au fait que l'intelligence artificielle serait dépourvue d'émotions ? Il est difficile de le dire, car la capacité de la machine à avoir des émotions

¹⁶ Art. L. 113-2, al. 3, et L. 113-5 C. propr. intell.

¹⁷ Sur ce thème, v. plus généralement A. BENSAMOUN, « La personne morale en droit d'auteur : auteur contre-nature ou titulaire naturel ? », *D.*, 2013, 376.

¹⁸ V. not. Cass. civ. 1^{re}, 15 janv. 2015, n° 13-23.556, *RIDA*, janv. 2016, n° 247, p. 297 et p. 219, obs. P. SIRINELLI ; *Propr. intell.*, 2015, n° 55, p. 195, obs. J.-M. BRUGUIÈRE, et p. 196, obs. A. LUCAS ; *D.*, 2015, 2215, obs. C. LE STANC ; *RTD com.*, 2015, 307, obs. Ph. GAUDRAT ; *Légipresse*, 2015, 223, note N. BINCTIN ; *Comm. com. électr.*, 2015, comm. 19, obs. C. CARON.

¹⁹ Sur l'ensemble de la question, plus complexe en réalité que ce qui est présenté ici, v. not. M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *op. cit.*, n° 114 et s. ; A. BENSAMOUN, « Intelligence artificielle et propriété intellectuelle », in A. BENSAMOUN et G. LOISEAU, *Droit de l'intelligence artificielle*, Paris, LGDJ, 2019, coll. « Les intégrales », vol. 15, p. 235, spéc. n° 428 et s.

est sujette à interrogations : à ceux qui voient dans les émotions l'apanage des êtres vivants, s'opposent ceux qui répliquent que la machine peut, par l'apprentissage, ressentir de telles émotions ou à tout le moins les simuler²⁰. La science-fiction et la science tout court se nourrissent de ce débat. Il n'est donc pas évident de soutenir que l'émotion serait un facteur à prendre en considération pour savoir si et comment le droit d'auteur doit s'appliquer en matière d'intelligence artificielle.

16. Reste la question des animaux. Les canulars et les anecdotes relatifs à des animaux prétendument auteurs sont nombreux. On citera l'exemple de l'âne Lolo de Montmartre, à la queue duquel avait été attaché un pinceau qui lui permit de peindre un tableau exposé au Salon des indépendants en 1910. Plus récemment, le singe Naruto a réalisé avec un appareil photo des *selfies* très réussis et largement diffusés sur l'Internet. Ces œuvres ne sont pas protégées faute de conscience de l'acte créatif de la part de l'animal²¹. Peut-on dire que cette absence de conscience de l'acte créatif, qui justifie l'exclusion du droit d'auteur, est due à une absence d'émotions ? Rien n'est moins sûr. De nombreux scientifiques contemporains affirment, en effet, que les animaux ont de véritables émotions²².

17. En définitive, il est assez délicat de rattacher la qualité d'auteur à la notion d'émotion.

B.- Du côté de l'objet protégé : œuvre et émotions

18. Les résultats de l'analyse sont tout aussi incertains si l'on s'intéresse maintenant, non plus au sujet du droit d'auteur, mais à son objet, qui n'est autre que l'œuvre de l'esprit. Deux conditions sont requises pour qu'une œuvre, quelle que soit sa nature, soit protégée par le droit d'auteur : d'une part, l'œuvre doit s'incarner dans une forme tangible ; d'autre part, cette forme doit être originale.

19. La première condition, le caractère tangible de l'œuvre, ne pose pas réellement de difficulté ici. Il est certain que les seules émotions d'un auteur, tant qu'elles ne sont pas extériorisées, ne sont pas protégeables par le droit d'auteur. Il leur faut un support – oral, écrit, numérique, corporel, etc. – pour qu'elles puissent prétendre éventuellement à la protection. Dit autrement, ce qui reste dans le for intérieur de l'auteur n'est pas protégé. Et, en cas d'extériorisation, c'est bien l'œuvre, traduction le cas échéant des émotions de l'auteur, qui sera protégée, non les émotions en elles-mêmes, qui relèvent plus du registre des idées, lesquelles sont « *de libre parcours* » selon la fameuse formule

²⁰ Sur ce thème, v. par ex. M. TUAL, « Intelligence artificielle : une machine peut-elle ressentir de l'émotion ? », *Le Monde*, 11 oct. 2015.

²¹ V. not. M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *op. cit.*, n° 112. V. aussi en droit américain, précisément à propos du singe Naruto, l'affaire *Naruto et al. v. Slater et al.* : Northern District of California, affaire n° 15-cv-04324-WHO, 28 janv. 2016, et United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 23 avr. 2018.

²² Sur ce sujet, v. par ex. I. TAUBES, « Toutes ces émotions que les animaux ressentent comme nous », *Psychologies*, 26 juin 2020.

de Desbois²³, ou appartiennent à tout le moins au fonds commun. De fait, il est inconcevable d'autoriser la constitution d'un monopole intellectuel sur une émotion brute, car cela permettrait à son titulaire d'interdire aux tiers d'exprimer la même émotion...

20. La seconde condition pour qu'une œuvre soit protégée tient à son originalité. Dans la conception française classique, une œuvre est originale si elle porte l'empreinte de la personnalité de l'auteur²⁴. Faire passer des émotions dans une œuvre contribue-t-il à marquer celle-ci de sa personnalité et, partant, à la rendre originale au sens du droit d'auteur ? Rien n'est moins sûr.

En premier lieu, les juges ne raisonnent presque jamais en termes d'émotion, du moins explicitement, lorsqu'ils abordent la question de l'originalité. Il est permis de renvoyer sur ce sujet aux nombreuses décisions citées dans le récent rapport du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique consacré à la preuve de l'originalité²⁵.

En deuxième lieu, le droit d'auteur est loin de s'appliquer exclusivement aux œuvres par lesquelles des auteurs entendent transmettre – ou transmettent malgré eux – des émotions. Il est vrai que les émotions de l'auteur sont assez souvent perceptibles dans un roman, un morceau de musique, un tableau, une sculpture et, plus généralement, dans les arts que l'on peut qualifier à la fois de « purs » et de « classiques », deux termes singulièrement approximatifs à la vérité. Mais le droit d'auteur, qui est indifférent au genre, à la forme d'expression et à la destination de l'œuvre²⁶, protège aussi l'art utilitaire²⁷. Ressentons-nous encore les émotions d'un *designer* dans un tire-bouchon ou une boîte à œufs ? Que dire des hypothétiques émotions du graphiste dans le dessin d'un itinéraire ou d'une carte géographique ? Pourtant, tous ces objets peuvent être originaux et protégés par le droit d'auteur. Celui-ci s'est également ouvert à des œuvres plus techniques : quelle émotion un informaticien peut-il faire passer dans un logiciel²⁸ ? Que dire de l'émotion que chercherait à transmettre la personne qui a agencé une base de données²⁹ ? Le droit d'auteur peut aussi porter sur des œuvres scientifiques³⁰ : livrons-nous beaucoup d'émotions dans nos articles, nos commentaires de jurisprudence et nos ouvrages ? Assez rarement semble-t-il. Le droit d'auteur accueille enfin certaines formes

²³ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1978, p. 22.

²⁴ Sur cette conception classique, v. not. A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER et C. BERNAULT, *op. cit.*, n^{os} 109 et s.

²⁵ J.-A. BÉNAZÉRAF et V. BARTHEZ, *Rapport de mission : la preuve de l'originalité*, Ministère de la Culture, Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA), déc. 2020. Le rapport peut être téléchargé sur le site internet du CSPLA.

²⁶ Art. L. 112-1 C. propr. intell.

²⁷ L'art. L. 112-2 C. propr. intell. donne une liste non limitative et assez désordonnée des œuvres susceptibles d'être protégées. Y figurent notamment les œuvres graphiques et typographiques (art. L. 112-2, 8^o), les œuvres des arts appliqués (art. L. 112-2, 10^o), les cartes géographiques (art. L. 112-2, 11^o), les œuvres d'architecture (art. L. 112-2, 12^o), les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie et à la topographie (*ibid.*) ainsi que les créations de mode (art. L. 112-2, 14^o).

²⁸ Art. L. 122-2, 13^o, C. propr. intell.

²⁹ Art. L. 112-3 C. propr. intell.

³⁰ L'art. L. 112-2, 1^o, C. propr. intell. vise ainsi « les livres, brochures et autres écrits [...] scientifiques » et l'art. L. 112-2, 12^o, « les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs [...] aux sciences ».

d'art moderne qui ne laissent pas forcément de place à l'émotion : Duchamp a-t-il souhaité transmettre une émotion en créant ses *ready-mades*, c'est-à-dire en érigeant au rang d'œuvres d'art des objets du quotidien par la seule force de l'esprit ? Une réponse négative s'impose, sa démarche étant en réalité à l'exact opposé. L'artiste s'exprimait en ces termes : « *c'est très difficile de choisir un objet, parce qu'au bout de quinze jours, vous arrivez à l'aimer ou à le détester. Il faut parvenir à quelque chose d'une indifférence telle que vous n'avez pas d'émotion esthétique. Le choix des ready-mades est toujours basé sur l'indifférence visuelle en même temps que sur l'absence totale de bon ou de mauvais goût* » (souligné par nous)³¹. L'argument prouve peut-être cependant trop, car, l'idée prévalant en un sens sur la forme dans ce cas précis, l'application du droit d'auteur peut susciter des difficultés, bien que les *ready-mades* constituent à n'en pas douter des jalons très forts dans l'histoire de l'art³². Plus fondamentalement, le parti pris de certains artistes – conceptuels ou non – consiste à se débarrasser de toute forme d'émotion dans leurs œuvres (ce qui ne veut pas dire que le public, de son côté, ne développera pas des émotions au contact de celles-ci). De nombreuses œuvres ne portent donc pas en elles les émotions de leurs créateurs.

En troisième lieu, précisément parce que le droit d'auteur s'étend à de nombreux domaines, la conception subjective de l'originalité – l'empreinte de la personnalité – n'est plus la seule. Pour les logiciels, par exemple, le célèbre arrêt *Pachot* rendu en 1986 par l'assemblée plénière de la Cour de cassation a admis qu'un programme d'ordinateur était original dès lors qu'il traduisait un « *effort personnalisé* » et portait la marque d'un « *apport intellectuel* »³³. Cette conception objective ne laisse aucune place à l'émotion. Quant à la Cour de justice de l'Union européenne, elle considère, toutes catégories d'œuvres confondues, que l'originalité se caractérise par l'existence d'une « *création intellectuelle propre à son auteur* »³⁴. La doctrine ne parvient pas à s'entendre sur le point de savoir si cette définition est subjective, comme la définition française classique, ou objective, conception encore moins compatible avec la notion d'émotion³⁵.

³¹ M. DUCHAMP, *Ingénieur du temps perdu. Entretiens avec Pierre Cabanne*, Paris, Belfond, 1967, p. 80.

³² La Cour de cassation a certes admis la protection d'une œuvre conceptuelle, mais celle-ci l'était nettement moins que les créations de Duchamp : Cass. civ. 1^{re}, 13 nov. 2008, n° 06-19021, *Paradis, D.*, 2008, 2933, obs. J. DALEAU ; *D.*, 2009, 263, note B. EDELMAN, et 266, note E. TREPPOZ ; *JCP G*, 2008, II, 10204, note G. LOISEAU ; *Comm. com. électr.*, 2009, comm. 1, obs. C. CARON ; *RTD com.*, 2009, 121, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *RIDA*, janv. 2009, n° 219, p. 353 et p. 193, obs. P. SIRINELLI ; *RIDA*, avr. 2009, n° 220, p. 5, chron. N. WALRAVENS-MARDARESCU, et p. 81, chron. Ph. GAUDRAT ; *Prop. intell.*, 2009, n° 31, p. 157, obs. J.-M. BRUGUIÈRE ; M. VIVANT (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2020, comm. n° 12, note M. CLÉMENT-FONTAINE.

³³ Cass. ass. plén., 7 mars 1986, n° 83-10.477, *Pachot, JCP E*, 1986, II, 14713, note J.-M. MOUSSERON, B. TEYSSIÉ et M. VIVANT, et I, 15791, n° 1, obs. M. VIVANT et A. LUCAS ; *D.*, 1986, 405, concl. CABANNES et note B. EDELMAN ; *RIDA*, juill. 1986, n° 129, p. 136, note A. LUCAS ; *RTD com.*, 1986, 399, obs. A. FRANÇON ; *Grands arrêts*, préc., comm. n° 45, note M. VIVANT.

³⁴ Depuis CJCE, 16 juill. 2009, aff. C-5/08, *Infopaq, Prop. intell.*, 2009, n° 33, p. 378, obs. V.-L. BENABOU ; *Comm. com. électr.*, 2009, comm. 97, obs. C. CARON ; *RTD com.*, 2009, 715, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *D.*, 2011, 2166, obs. P. SIRINELLI ; *RTD eur.*, 2010, 939, obs. E. TREPPOZ ; *Grands arrêts*, préc., comm. n° 41, note V.-L. BENABOU, et n° 46, note M. VIVANT.

³⁵ V. not. en faveur d'une lecture subjective, v. P. SIRINELLI, *loc. cit.*, et d'une lecture objective, A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER et C. BERNAULT, *op. cit.*, n° 123.

En quatrième lieu, la propriété littéraire et artistique se compose d'autres droits que le droit d'auteur. S'agissant du droit voisin de l'artiste-interprète, déjà évoqué, la jurisprudence exige que l'interprétation ait un caractère « *personnel* » pour que le droit naisse³⁶, critère qui n'est pas très éloigné du critère d'originalité utilisé en droit d'auteur. En revanche, les autres titulaires de droits – producteurs de disques, de films, chaînes de radio et de télévision, éditeurs et agences de presse, producteurs de bases de données – sont des entrepreneurs de la création qui sont avant tout protégés pour des raisons économiques. L'émotion n'a dès lors rien à voir avec les droits qui leur sont accordés.

En cinquième lieu, pour en revenir au droit d'auteur, certains objets peuvent refléter (et susciter) une émotion d'ordre esthétique et pourtant ne pas être protégés. On pense en particulier aux collections d'art qui, parce qu'elles résultent uniquement de choix de la part des collectionneurs – si éclairés, si réussis et si cohérents soient-ils –, ne sont pas protégées en tant que telles par le droit d'auteur³⁷. On pense encore aux styles artistiques – le cubisme, le surréalisme, l'abstraction, etc. – qui, ressortissant avant tout au domaine des idées, ne donnent pas prise au droit d'auteur³⁸.

21. Il s'agit à présent d'étudier, non plus les émotions de l'auteur telles qu'elles peuvent transparaître dans l'œuvre, mais, en aval, les émotions que l'œuvre est à même d'engendrer dans le public.

II.- Les émotions que l'œuvre peut susciter

22. Les émotions ressenties par le public au contact de l'œuvre ont-elles des conséquences sur l'existence du droit d'auteur ? Une réponse négative s'impose. Les émotions du lecteur, du spectateur, de l'auditeur ne sont, en principe, pas prises en considération. Au sein du public, il est une personne qui compte plus que les autres. Il s'agit du juge, lequel doit s'abstenir de tout jugement esthétique (A) ou moral (B) sur l'œuvre.

A.- L'exclusion de tout jugement esthétique sur l'œuvre

23. Le professeur Christophe Caron présente le droit d'auteur comme « *le droit des belles formes* », en soulignant que « *c'est la mission du droit d'auteur de protéger l'expression de la beauté sous toutes ses manifestations* »³⁹. Toutefois, il apporte immédiatement une nuance à son propos. Sans doute justifiée sous l'empire des lois révolutionnaires, cette approche n'est plus de mise aujourd'hui, puisque, si les formes

³⁶ V. not. Cass. civ. 1^{re}, 24 avr. 2013, n° 11-20.900, *Les filles du Kawaiï*, *Comm. com. électr.*, 2013, comm. 75, obs. C. CARON, et chron. 9, n° 7, obs. P. TAFFOREAU ; *Propri. intell.*, 2013, n° 48, p. 299, obs. J.-M. BRUGUIÈRE ; *Légipresse*, 2013, 418, note G. QUERZOLA.

³⁷ V. par ex. Paris, 13 oct. 1999, *JurisData* n° 1999-117105. Si la réunion d'œuvres par un collectionneur n'est pas protégée par le droit d'auteur, les éléments destinés à présenter une collection peuvent l'être en revanche, à condition d'être originaux (scénographie d'une exposition, ouvrage, etc.).

³⁸ V. par ex. TGI Paris, 3 juin 1998, *Picasso*, *JurisData* n° 1998-970583 ; *Gaz. Pal.*, 1998, 2, somm. 689.

³⁹ C. CARON, ouvrage préc., n° 1.

protégées « *sont parfois sublimes* », elles sont surtout « *souvent modestes et il arrive même, depuis l'avènement de l'informatique, qu'elles n'aient, avec la beauté, qu'un lien ténu* »⁴⁰. Le droit d'auteur n'est donc finalement pas – ou plus – « *le droit des belles formes* ».

24. Une telle évolution repose principalement sur une règle qui, même si elle est parfois un peu malmenée par les tribunaux, constitue un véritable pilier de la matière. Il s'agit de la règle selon laquelle une œuvre est protégée indépendamment de tout mérite. Cette indifférence du mérite a été consacrée par la loi du 11 mars 1902, qui a étendu l'application du droit d'auteur « *aux sculpteurs et dessinateurs d'ornement, quels que soient le mérite et la destination de l'œuvre* »⁴¹. Elle était en réalité déjà admise à propos de toutes les œuvres de l'esprit avant sa reconnaissance légale. Depuis, elle a été explicitement généralisée par l'article 2 de la grande loi sur le droit d'auteur du 11 mars 1957. Elle figure désormais à l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle, qui énonce que « *les dispositions du présent Code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination* ».

25. L'indifférence du mérite interdit, entre autres et avant tout, de faire dépendre la protection au titre du droit d'auteur d'une appréciation portée sur la valeur esthétique de l'œuvre. Que celle-ci soit belle ou laide, qu'elle soit réussie ou ratée, ces jugements sont profondément subjectifs et ne comptent pas en propriété littéraire et artistique. Le proverbe est bien connu : « *des goûts et des couleurs, on ne discute pas* ». Seules sont donc prises en considération, pour décider de l'existence du monopole intellectuel, l'exigence d'une forme tangible et la condition d'originalité⁴². Marcel Duchamp évoque à sa manière l'indifférence du mérite, qu'il lie du reste à l'émotion mais dans une perspective différente de la nôtre : « *Je veux dire, tout simplement, que l'art peut être bon, mauvais ou indifférent mais que, quelle que soit l'épithète employée, nous devons l'appeler art : un mauvais art est quand même de l'art comme une mauvaise émotion est encore une émotion* »⁴³.

26. La raison d'être de l'indifférence du mérite est simple. C'est le juge qui, en cas de litige, décide en définitive de l'application ou de la non-application du droit d'auteur. L'autoriser à se prononcer en fonction de critères esthétiques reviendrait à l'ériger en critique d'art, ce qu'il n'est pas ou, du moins, ce qu'il n'est pas censé être. La

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Art. 2 de la loi du 11 mars 1902 étendant aux œuvres de sculpture l'application de la loi des 19-24 juillet 1793 sur la propriété littéraire et artistique.

⁴² *Supra* n° 18 et s.

⁴³ M. DUCHAMP, « *The Creativ Act* », allocution prononcée devant la Fédération américaine des arts, Houston, Texas, avr. 1957. Ce texte, rédigé en anglais, a été publié dans *Art News*, New York, 1957, vol. 56, n° 4. L'auteur l'a traduit la même année en français afin qu'il paraisse in R. LEBEL, *Sur Marcel Duchamp*, Paris, Trianon Press, 1959. Il est reproduit in M. DUCHAMP, *Duchamp du signe*, Paris, Flammarion, 1994, p. 187 et s.

jurisprudence serait alors chaotique, puisque la reconnaissance du droit d'auteur serait liée aux goûts et à la sensibilité personnels, par hypothèse extrêmement variables, des magistrats.

27. L'indifférence du mérite traduit dès lors un véritable refoulement des émotions ressenties par le public. Que les uns trouvent une œuvre bonne, que d'autres la jugent médiocre, que d'aucuns la trouvent franchement mauvaise ou qu'elle laisse certaines personnes totalement indifférentes, les émotions liées à ces diverses appréciations n'ont aucune espèce d'importance en droit d'auteur.

B.- L'exclusion de tout jugement moral sur l'œuvre

28. Suivant un même mouvement, on peut rattacher à l'indifférence du mérite la question de l'indifférence des considérations morales⁴⁴ et, partant, la mise à l'écart des différentes émotions que celles-ci peuvent générer.

29. Il en résulte, par exemple, qu'une œuvre que d'aucuns peuvent considérer comme choquante ou, selon un anglicisme en vogue, « inappropriée », sera protégée par le droit d'auteur à la condition, comme toujours, d'épouser une forme tangible et originale⁴⁵. C'est ainsi que la chambre criminelle de la Cour de cassation a, à plusieurs reprises, notamment dans des arrêts rendus en 1986 et 1999, décidé que le caractère pornographique d'une œuvre audiovisuelle n'empêchait pas le jeu du droit d'auteur⁴⁶. La solution devrait aussi trouver à s'appliquer aux œuvres violentes, subversives, transgressives, etc.

Certes, l'exploitation de ces œuvres peut être limitée de différentes manières si l'ordre public est en cause. On pense en particulier aux interdictions à destination de la jeunesse (interdiction aux moins de 18 ans, etc.) et aux différents avertissements qui peuvent accompagner la diffusion de telles œuvres. Cependant, ces restrictions sont issues de disciplines autres que la propriété intellectuelle : droit de l'audiovisuel, droit de la presse, etc. Elles n'affectent pas la protection de l'œuvre, qui demeure pleinement soumise au droit d'auteur.

Plusieurs raisons expliquent que le droit d'auteur ne prenne pas en considération le caractère choquant de l'œuvre. Dans la logique de l'indifférence du mérite, qui interdit au juge de s'élever au rang de critique d'art, ce dernier ne peut pas non plus se comporter comme un censeur en mettant en avant ses propres conceptions de la morale et les émotions qui en découlent, lesquelles s'avèrent tout aussi subjectives que ses jugements esthétiques. La morale évolue par ailleurs avec le temps : bien souvent, une œuvre perçue comme choquante à une époque ne le sera plus quelques années après. Le droit

⁴⁴ A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER et C. BERNAULT, *op. cit.*, n° 87.

⁴⁵ *Supra* n° 18 et s.

⁴⁶ Cass. crim., 6 mai 1986, n° 84-93.696, *RIDA*, avr. 1986, n° 128, p. 149 ; *D.*, 1987, somm. p. 151, obs. C. COLOMBET. Cass. crim., 28 sept. 1999, n° 98-83.675, *Comm. com. électr.*, 2000, comm. 4, obs. C. CARON ; *Légipresse*, 1999, n° 171, III, p. 66, note E. DREYER ; *Grands arrêts*, préc., comm. n° 14, note J.-M. BRUGUIÈRE.

d'auteur ne peut pas être tributaire de tels changements. La solution repose également sur la liberté d'expression, laquelle se décline dans le domaine des arts en une liberté de création, garantie désormais de manière autonome par la loi du 7 juillet 2016 sur la liberté de la création, l'architecture et le patrimoine. L'article 1^{er} de la loi énonce : « *La création artistique est libre* ». L'article 2 ajoute : « *La diffusion de la création artistique est libre. Elle s'exerce dans le respect des principes encadrant la liberté d'expression et conformément à la première partie du Code de la propriété intellectuelle* ». Plus fondamentalement, l'art est là, en grande partie, pour nous bousculer, et il serait particulièrement malvenu que le droit d'auteur, censé protéger les artistes, contrarie cette vocation.

30. Au-delà des œuvres simplement choquantes, *quid*, pour finir, des œuvres radicalement illicites, qui suscitent une plus grande émotion encore dans le public ? Une œuvre raciste, antisémite, négationniste, odieuse, dégradante, injurieuse, diffamatoire ou qui incite à toutes sortes de délits ou de crimes est-elle protégée par le droit d'auteur ? Les avis divergent sur ce point.

Interprétée *a contrario*, la jurisprudence précitée de la chambre criminelle oriente plutôt vers une exclusion du droit d'auteur en présence d'une œuvre illicite. Dans l'arrêt de 1986, les juges ont certes admis l'application du droit d'auteur, mais en relevant que la production des films pornographiques en cause « *n'[était] pas illicite* », car il n'y avait pas d'« *étalage délibéré de violences et de perversions sexuelles dégradantes pour la personne humaine qui serait susceptible d'exclure de la permission légale ces réalisations* »⁴⁷. De même, l'arrêt de 1999 énonce qu'« *une œuvre pornographique bénéficie de la protection accordée par la loi sur la propriété littéraire et artistique* », mais en précisant que c'est « *en l'absence de preuve de son caractère illicite* »⁴⁸.

La doctrine, quant à elle, a plutôt tendance à militer pour l'application du droit d'auteur en pareil cas, en partant là encore du principe qu'il revient à d'autres matières – droit pénal, droit de la presse, droits de la personnalité ou autres – de prévoir des mécanismes de contrôle et de censure⁴⁹. En ce sens, un ouvrage comme *Mein Kampf* a, par exemple, été protégé par le droit d'auteur jusqu'à ce qu'il entre dans le domaine public en 2016, soixante-dix ans à compter du 1^{er} janvier qui a suivi la mort d'Hitler⁵⁰. Précisons que les Alliés avaient confié le droit d'auteur au Land de Bavière qui l'exerçait d'une manière tout à fait conforme à l'intérêt général, en délivrant des autorisations d'exploitation avec une grande parcimonie et à des conditions très strictes.

⁴⁷ Cass. crim., 6 mai 1986, préc.

⁴⁸ Cass. crim., 28 sept. 1999, préc.

⁴⁹ A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER et C. BERNAULT, *op. cit.*, n° 87. M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *op. cit.*, n° 249 et s. F. POLLAUD-DULIAN, ouvrage préc., n° 208 et s. C. CARON, ouvrage préc., n° 106. V. aussi le rapport du groupe spécial de l'OMC du 26 janv. 1999 rendu dans une affaire opposant les États-Unis à la Chine (WT/DS362/R), qui a jugé contraire aux traités internationaux relatifs au droit d'auteur une disposition de la loi chinoise excluant le droit d'auteur en cas d'illégalité de l'œuvre : JCP E, 2010, 1070, n° 9, obs. H. LE THI THIEN ; *JDI*, 2009, chron. 5, n° 67 et s., obs. H. RUIZ FABRI et P. MONNIER.

⁵⁰ Sur la durée de protection du droit d'auteur, uniformisée au sein de l'Union européenne, v. en France les art. L. 123-1 et s. C. propr. intell.

Quoi qu'il en soit, ces éléments montrent que l'émotion ne permet pas, du moins à elle seule, d'empêcher la diffusion et l'exploitation des œuvres illicites : il faut en passer par la loi et le juge.

31. En conclusion, on peut résumer l'émotion à une sorte de victoire des sens sur la raison ou, dit autrement, du subjectif sur l'objectif. Cependant, le droit d'auteur est – et reste – du droit. Peut-être parce que l'écueil dans lequel il pourrait sans doute plus facilement tomber que les autres disciplines juridiques est celui qui consisterait à faire prévaloir les sens sur la raison, il a choisi de refouler assez largement l'émotion.

Propriété littéraire et artistique et émotion

Clara GAVELLI

Doctorante en droit à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

1. Dans le prolongement de l'exposé du professeur Tristan Azzi, nous envisagerons le refoulement des émotions par la propriété littéraire et artistique comme motif du désordre dont souffre actuellement la matière.

2. **L'art et le droit.** La propriété littéraire et artistique semble être la branche de la propriété intellectuelle la plus exposée aux émotions. Cela s'explique par sa fonction : assurer un statut juridique protecteur aux auteurs et œuvres de l'esprit. Le droit d'auteur est ainsi le lieu de rencontre de l'art et du droit, deux domaines a priori étrangers l'un à l'autre, antinomiques sur le plan émotionnel. Tandis que l'art trouve son origine dans la sensibilité et la recherche de l'exaltation du sentiment esthétique, le droit se présente quant à lui comme l'expression d'une rationalité, en recherche permanente d'objectivité¹.

3. **Le juste et le beau.** Malgré cette opposition – au mieux cartésienne, au pire caricaturale² – l'art et le droit présentent de fortes ressemblances. Ces deux domaines de connaissance rencontrent sur leur route les mêmes obstacles épistémologiques : ils sont deux objets fortement contextualisés, qu'historiens de l'art ou juristes sont tentés de regarder de l'extérieur, par le prisme de la morale, de l'économie, de la sociopolitique, etc. Autant de facteurs externes qui fragilisent leur autonomie³. Aussi, se fondent-ils originellement sur des idéaux, le *beau* pour l'art et le *juste* pour le droit, et sont-ils historiquement liés, en ce qu'ils ont chacun su s'émanciper de ces valeurs à l'époque moderne – les questions de valeurs étant, du point de vue wébérien, des « produits de l'émotion »⁴. Ce changement de paradigme fut impulsé par l'esthétique kantienne pour l'art et les théories positivistes pour le droit⁵. Ces révolutions de pensée sont à l'origine

¹ B. OPPETT, « Philosophie de l'art et droit de l'art », *Archives de philosophie du droit*, t. 40, Paris, Sirey, 1995, p. 194-205.

² La dichotomie cartésienne entre le domaine de la rationalité et celui de la sensibilité joue comme argument classique d'opposition entre le droit et l'esthétique – en ce sens, J. MAKOWIAK, *Esthétique et droit*, thèse : droit public, Limoges, Université de Limoges, 2000, p. 53.

³ F. COLONNA D'ISTRIA, « Contre le réalisme : les apports de l'esthétique au savoir juridique », *RTD civ.*, 2012, p. 1.

⁴ A. VIALA, « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, février 2011, vol. 67, p. 95.

⁵ F. TERRÉ, « Sociologie du droit et sociologie de l'art », *Archives de philosophie du droit*, t. 40, Paris, Sirey, 1995, p. 295.

de l'avènement de deux disciplines autonomes : l'esthétique (libérée de l'imitation de la nature et du dogme du beau⁶) et le droit (libéré des tutelles morales et religieuses⁷).

4. Le jugement esthétique et la règle juridique. Pour s'autonomiser, esthétique et droit ont cependant emprunté un chemin différent. La conception moderne de l'art advient par un mouvement de subjectivation : le beau ne pouvant se définir objectivement, l'esthétique s'érige en discipline de la perception et du sentiment subjectif que le beau fait naître en nous. À l'inverse, l'autonomie de la discipline juridique se traduit par un mouvement d'objectivation. Il s'ensuit que le jugement esthétique face à l'art est nécessairement subjectif, tandis que la subjectivité est *a priori* vécue comme un obstacle à l'application de la règle juridique. Comment le droit d'auteur peut-il alors se saisir des objets qu'il protège ? Si l'histoire de l'art et l'esthétique nous ont montré qu'une critériologie du *beau* est illusoire, comment à son tour la propriété littéraire et artistique peut-elle concevoir un régime de protection des œuvres reposant sur un concept normatif et non esthétique ?

5. Le prisme des émotions. Le concept d'*émotion* se présente comme un possible angle d'approche pour éclairer cette difficile appréhension de l'art par le droit d'auteur. L'émotion n'est peut-être (et probablement) pas la propriété ontologique commune à toute œuvre de l'esprit⁸. Cependant, elle reste, au pire un prétexte pour se rapprocher de l'élément irréductible à toute création, au mieux une piste à explorer pour tenter de le saisir. Mais il convient au préalable de rappeler que le droit d'auteur n'est pas une « réalité immuable atemporelle »⁹. Il est un droit récent, né au lendemain de la Révolution française et le concept d'art dont il entend faire son objet n'a pas toujours désigné ce qu'il désigne aujourd'hui.

6. L'avènement de l'esthétique. Pendant l'Antiquité, l'art se confond avec la technique, désignant un savoir-faire pour tendre à une fin : l'artiste est artisan, aussi bien peintre que menuisier ou orfèvre¹⁰. Quant au beau, il est un attribut des choses, appréhendé de manière objective. La période médiévale fait apparaître une première distinction entre les *arts libéraux* par lesquels l'esprit travaille les idées, et les *arts mécaniques* par lesquels la main travaille la matière¹¹. La Renaissance voit l'art s'affranchir progressivement du religieux et la personne du créateur prendre de l'importance, mais peintres et sculpteurs demeurent des artisans dépendant des

⁶ J. MAKOWIAK, *Esthétique et droit*, op. cit., p. 3-4.

⁷ M. TROPER, *La philosophie du droit*, 4^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 15.

⁸ L'art conceptuel de Duchamp et ses suiveurs vise l'émotionnellement neutre. Les *ready-mades* incarnent un refoulement de toute subjectivité et référence au goût ; ce sont des œuvres non plus formelles et sensibles, mais idéelles et intellectuelles – cf. § 33.

⁹ J.-M. BRUGUIÈRE et M. VIVANT, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2015, n° 1.

¹⁰ F. FÉDIER, *L'art en liberté*, Paris, Pocket, 2006, p. 83 : la formule d'Aristote selon laquelle l'art (*technè*) imite la nature « concerne non seulement la poésie ou la sculpture, mais aussi la cordonnerie, la menuiserie, l'architecture, la médecine, etc. ».

¹¹ C. TALON-HUGON, *L'esthétique*, Paris, PUF, 2013, p. 11-32.

corporations¹². Le beau est toujours appréhendé de manière objective, ce dont témoigne le succès des théories sur la perspective de Léonard de Vinci qui conduisent à une « mathématisation de l'art »¹³. Ce n'est qu'au XVII^e siècle en France qu'apparaît le terme *beaux-arts*, dessinant les prémices d'une nouvelle frontière entre l'art et la technique. Ce terme transitoire signale, d'une part, le passage du statut d'artisan à celui d'artiste et, d'autre part, le glissement de la dimension technique à la dimension esthétique de l'art. Le XVIII^e siècle marque un tournant dans la pensée sur l'art. L'esthétique, définie par Alexander Gottlieb Baumgarten comme science du sensible¹⁴, s'érige en discipline philosophique autonome : le beau n'étant plus un attribut des choses, mais une qualité que l'on attribue aux choses, il n'est plus question de s'intéresser à l'objet, mais au rapport entre l'objet et le sujet. L'esthétique kantienne sonne ensuite le glas de la pensée dogmatique du beau, au profit d'une conception moderne de l'art. L'art est une création libre et désintéressée – qui répond à la formule devenue célèbre de « finalité sans fin »¹⁵ – et le jugement esthétique qu'il suscite est radicalement subjectif¹⁶.

7. Naissance et évolution du droit d'auteur. C'est dans ce contexte que naît le droit d'auteur français, consacré par les lois du droit intermédiaire de 1791 et 1793, à une période de l'histoire où l'acception de l'art se subjective. Nourrie de la pensée des philosophes des Lumières, la dimension humaniste du droit d'auteur prend de l'ampleur au XIX^e siècle : elle repose sur une vision *in favorem auctoris*, tournée vers la personne de l'auteur. Mais, depuis ses origines, le droit d'auteur a bien évolué : du théâtre qui fut son premier objet, il protège aujourd'hui aussi bien un emballage du Pont-Neuf¹⁷, qu'un boulon¹⁸ ou un jeu vidéo¹⁹. En parallèle, l'art s'est aussi métamorphosé : les *ready-mades* de Marcel Duchamp et l'avènement de l'art conceptuel marquent une rupture avec la conception idéalisante de l'art²⁰. Le processus « d'artification »²¹ (passage du non-art à l'art) s'accélère avec l'entrée de nouveaux objets dans le royaume de l'art – de l'art brut, ethnographique ou vernaculaire, aux photographies, performances, *street art*, expositions, graphisme et mode, en passant par la parfumerie ou la gastronomie. Alors certes, il existe des discordances entre le monde de l'art et le droit d'auteur²², mais ce

¹² A. TALLON, « Arts et artistes à la Renaissance », *L'Europe de la Renaissance*, Paris, PUF, 2013, coll. « Que sais-je ? », p. 69-84.

¹³ J. MAKOWIAK, *Esthétique et droit*, op. cit., p. 3.

¹⁴ A. G. BAUMGARTEN, *Æsthetica* [1750], trad. J.-Y. PRANCHÈRE, Paris, L'Herne, 1988.

¹⁵ E. KANT, *Critique de la faculté de juger* [1790], trad. J. BARNI, Paris, Ladrance, 1846, p. 107.

¹⁶ *Ibid.*, p. 150.

¹⁷ CA Paris, 13 mars 1986, *D.*, 1987, somm. p. 150, obs. C. COLOMBET.

¹⁸ Cass. 1^{re} civ., 11 févr. 1997, *JCP*, 1997, II, 22973, note DAVERAT.

¹⁹ Cass. ass. plén., 7 mars 1986, *D.*, 1986, 405, note EDELMAN, *RIDA*, 1986, n° 136, note LUCAS.

²⁰ À l'ère duchampienne, pour accéder au royaume de l'art, l'objet doit désormais être légitimé par les instances artistiques, c'est-à-dire être propulsé sur le marché de l'art, validé par les institutions, exposé dans des galeries et musées et faire parler les critiques. Le prisme pour qualifier un objet d'artistique se déplace, passant de l'objet à l'artiste : lorsque l'objet artistique devient le « *n'importe quoi* », celui-ci ne peut plus être produit par « *n'importe qui* » – R. MOULIN, « La genèse de la rareté artistique », *Ethnologie française*, Paris, PUF, 1978, p. 247.

²¹ N. HEINICH et R. SHAPIRO, *De l'artification. Enquêtes sur le passage à l'art*, Paris, EHESS, 2012.

²² N. WALRAVENS, *L'œuvre d'art en droit d'auteur*, Paris, Economica, 2005, n° 129.

dernier n'est pas totalement insensible à l'approche esthétique et au marché de l'art. La plasticité et l'hétérogénéité du « label artistique »²³ invitent le droit d'auteur à sans cesse réenvisager ses frontières. Sa capacité d'adaptation aux évolutions de l'art et de la technique est sans doute sa grande qualité ; mais d'extensions en distorsions, elle est parfois son écueil.

8. Pour tenter de cerner les mutations que traverse la matière, la conception personaliste du droit d'auteur sera envisagée sous le prisme des émotions (I), afin de mettre en lumière son risque de dévoiement lorsqu'elle s'éloigne trop de celles-ci (II).

I.- La conception personaliste du droit d'auteur empreinte d'émotions

9. L'art est à la fois porteur et vecteur d'émotions : d'un côté, selon la conception personaliste, un lien particulier unit l'œuvre à son auteur (A) ; de l'autre, un lien émotionnel s'établit aussi entre l'œuvre et son public, ce qui impose au droit d'auteur d'échafauder une neutralité esthétique (B).

A.- La reconnaissance d'un lien sensible unissant l'œuvre à son auteur

10. **Une propriété spécifique.** *A priori*, la nature du rapport qu'entreprendrait l'auteur à son œuvre serait purement propriétaire. C'est la conception suivie par le système anglo-saxon du *copyright*, pour laquelle l'œuvre est un objet de propriété, que l'auteur, en tant que propriétaire peut céder à tout moment. Le *copyright* est ainsi exclusivement économique, ce qui fait de l'œuvre un bien comme un autre, une simple marchandise²⁴. Le droit d'auteur français a cependant pris un chemin différent, incommode à l'idée de concevoir l'œuvre comme un objet quelconque et de réduire la nature du lien avec son auteur en simple droit réel. Il demeure certes un droit de propriété²⁵, mais un droit de propriété tout à fait original. L'origine de sa spécificité repose sur la volonté de préserver l'œuvre de toute dénaturation par celui qui se l'approprie. Pour extraire l'œuvre du statut de simple objet appropriable, le droit d'auteur a ainsi dû rompre avec la conception classique de la propriété. Cette dernière repose sur un rapport d'extranéité entre le sujet et l'objet – le propriétaire ne se confond pas à son bien. C'est ce rapport que le droit d'auteur est venu briser : l'œuvre d'art incarne l'identité du sujet et serait finalement le sujet lui-même²⁶ – de la même manière que Flaubert aurait dit « *Madame Bovary, c'est moi* »²⁷.

²³ R. MOULIN, « La genèse de la rareté artistique », *op. cit.*, p. 248.

²⁴ B. EDELMAN, *La propriété littéraire et artistique*, Paris, PUF, 1989, coll. « Que sais-je ? », p. 26.

²⁵ Le Conseil constitutionnel français s'est expressément prononcé dans ce sens : Cons. const., déc. n° 2006-540 DC, 27 juill. 2006 – v. V.-L. BÉNABOU, « À propos de la décision du Conseil constitutionnel... », *Prop. intell.*, 2006, n° 20, p. 240.

²⁶ B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999, n° 123.

²⁷ Qui serait en réalité, selon Gérard Genette, une citation apocryphe attribuée à l'auteur par la critique flaubertiste – G. GENETTE, *Bardadrac*, Paris, Seuil, 2006.

11. Une conception personnaliste. La naissance du droit d'auteur s'explique par le constat d'une inadaptabilité du concept de propriété à l'œuvre, combiné avec la découverte du concept de personne. En proclamant l'indivisibilité entre l'auteur et son œuvre, le droit d'auteur consacre une conception radicalement personnaliste. Il n'est dès lors pas étonnant que Michel Foucault considère la reconnaissance du statut d'auteur comme un catalyseur de la montée de l'individualisme dans l'histoire de la philosophie et des sciences²⁸. Ce lien sensible et intime, ce « cordon ombilical »²⁹ entre l'auteur et l'œuvre, démontre que la subjectivité est au cœur de la conception française du droit d'auteur. Chaque auteur exprime dans son œuvre, à un degré plus ou moins élevé, « ses goûts, sa sensibilité, son intelligence, son expérience, aussi bien que ses convictions, ses *a priori*, ses fantasmes et son inconscient »³⁰. La jurisprudence a ainsi pu considérer que « les œuvres de l'esprit participent intimement à la personnalité de l'auteur, dont elles ne sont qu'une émanation »³¹.

12. L'œuvre comme « objet-personne ». Cette homologie auteur / œuvre fait finalement entrer l'objet protégé par le droit d'auteur dans la « mouvance de la personne »³². Dans le même sens, la sociologue Nathalie Heinich, en s'intéressant à la dichotomie juridique personne / chose, qualifie les œuvres d'art d'« objet-personne »³³. Si l'œuvre enferme l'âme de son auteur, la maltraiter reviendrait donc à maltraiter la personne qui l'a créée. Le lien personnel justifie ainsi la protection toute particulière de l'œuvre. Du point de vue des émotions, cette personnification juridique des œuvres fait écho avec le statut des animaux. Juridiquement, les animaux sont des choses qui tendent à se rapprocher de la sphère des personnes : le droit s'oblige à les traiter différemment dès lors qu'ils sont doués de sensibilité. On constate cependant, en pratique, que les animaux domestiques nouent un lien affectif avec les humains – lequel lien leur vaut d'être considérés autrement que le bétail traité comme une marchandise. Cela laisse penser que, pour les œuvres d'art comme pour les animaux domestiques, les émotions humaines induisent une plus grande protection. Autrement dit, ce que le droit cherche à protéger à travers la prise en compte du statut spécifique de ces objets, ce sont les émotions que les personnes leur attachent.

13. Le droit moral de l'auteur. Le droit moral (fondamental en droit d'auteur français et secondaire dans le *copyright*) permet de concrétiser ce lien indivisible entre l'auteur et son œuvre³⁴. Perpétuel et inaliénable contrairement aux droits patrimoniaux,

²⁸ M. FOUCAULT, « Qu'est-ce qu'un auteur ? » [1969], *Dits et écrits, I, 1954-1975*, Paris, Gallimard, 2001, coll. « Quarto », p. 817.

²⁹ A. BENSAMOUN, « Portrait d'un droit d'auteur en crise », *RIDA*, janv. 2009, n° 219, p. 12.

³⁰ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, 2^e éd., Paris, Economica, n° 719.

³¹ Trib. civ. Seine, 1^{er} avr. 1936, DP, 1936, 2, 65, note NAST.

³² B. EDELMAN, *La propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 36.

³³ N. HEINICH et B. EDELMAN, *L'art en conflit*, Paris, La Découverte, 2002, p. 102.

³⁴ Le droit moral peut se définir comme « le lien juridiquement protégé, unissant le créateur à son œuvre et lui conférant des prérogatives souveraines à l'égard des usagers, l'œuvre fut-elle entrée dans le circuit

le droit moral sert d'instrument à l'auteur pour défendre sa personne à travers son œuvre. Pour reprendre la formule de Claude Colombet, « par opposition aux droits pécuniaires qui ont vocation à se détacher, le droit moral s'attache à l'auteur comme la lueur au phosphore »³⁵. Parmi les diverses prérogatives que recouvre le droit moral³⁶, le droit au respect est un bon exemple de cette personnification de l'objet, puisqu'il permet à l'auteur ou ses ayants droit de s'opposer à toute atteinte portée à l'intégrité physique ou spirituelle de l'œuvre. La cour d'appel de Paris a ainsi pu juger, au sujet du film *Le Kid*, que l'ajout d'une musique sans le consentement de Charlie Chaplin « agit de façon certaine et directe sur la sensibilité du spectateur dont elle est susceptible de transformer profondément les impressions » et caractérise ainsi une atteinte au droit moral de l'auteur³⁷.

14. Rainer Rochlitz écrit que « l'œuvre d'art est le partage intersubjectif d'un monde subjectif »³⁸. La subjectivité qui entoure l'œuvre, en effet, ne réside pas que du côté de celui qui la crée, mais aussi du côté de celui qui la perçoit. Si le droit d'auteur ne s'intéresse pas directement aux émotions ressenties par le public face à une œuvre, il se préoccupe toutefois de celles du juge en s'efforçant de les neutraliser.

B.- La neutralisation de la sensibilité du juge

15. **Œuvres et perceptions sensorielles.** Le législateur n'a pas défini la notion d'œuvre, mais celle-ci est considérée en doctrine comme une forme véhiculant des émotions et des idées par le truchement des sens³⁹. La forme est ainsi la manière dont l'idée ou le sentiment s'exprime, et les sens jouent comme vecteurs pour s'adresser à l'intelligence et la sensibilité humaine : « le lecteur voit les scènes, sent les odeurs, entend parler les personnages ; il s'investit dans leur devenir parce qu'il leur prête ses propres sentiments »⁴⁰. La neurophysiologie distingue à cet égard les sens mécaniques (toucher, vue, et ouïe) et les sens chimiques (goût et odorat). En l'état actuel, le droit d'auteur ne reconnaît que les œuvres qui s'adressent aux sens mécaniques, de sorte que les parfums et les saveurs sont exclus de sa protection⁴¹. Cette exclusion repose sur le fait

économique » – P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 9^e édition, Paris, PUF, 2015, coll. « Droit fondamental », n° 123.

³⁵ C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9^e édition, Paris, Dalloz, n° 129.

³⁶ Le droit de divulgation (seul l'auteur peut décider de divulguer son œuvre au public), le droit de paternité (l'auteur peut revendiquer que son nom apparaisse à la diffusion de son œuvre, ou exiger l'anonymat), le droit au respect de l'œuvre (s'opposer à une atteinte à l'intégrité matérielle ou spirituelle de l'œuvre) et le droit de retrait (exiger que son œuvre cesse d'être diffusée).

³⁷ CA Paris, 29 avril 1959, *D.*, 1959, 402. note LYON-CAEN et LAVIGNE.

³⁸ R. ROCHLITZ, *Subversion et subvention*, Paris, Gallimard, 1994, p. 103.

³⁹ F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, 2^e éd., Paris, Economica, n° 127.

⁴⁰ P. GAUDRAT, « Objet du droit d'auteur, Œuvres protégées. Notion d'œuvres », *J.-Cl. PLA*, Fasc. 1134, 1995, n° 52.

⁴¹ Du côté de l'esthétique, dans *l'Hippias majeur*, Platon considère que le beau se limite aux sens de la vue et de l'ouïe, qu'une sensation gustative ou olfactive ne peut être belle. Kant, lui, distingue le beau de l'agréable : le beau est ce qui plaît, sans concept et de manière désintéressée, alors que l'agréable est ce qui fait plaisir aux sens – le parfum d'une rose ou le goût d'une épice (E. KANT, *Critique de la faculté de*

que le goût et l'odorat seraient des sens indescriptibles et purement subjectifs⁴². Mais ne peut-on pas considérer, comme a pu le faire le Tribunal de Paris, que la fugacité de la forme olfactive importe peu « dès lors que toutes les perceptions sensorielles dépendent plus ou moins de la personne qui les reçoit »⁴³ ?

16. L'indifférence du mérite. Dans son *Traité des passions*, Descartes écrit que « ce qui vient à l'âme par les sens la touche plus fort que ce qui lui est représenté par sa raison ». Que le juge soit touché face à une œuvre est inévitable, mais que ses émotions jouent en faveur ou en défaveur de la protection demandée par l'auteur est inacceptable. L'art étant le terrain d'élection des jugements affectifs, tout l'effort du droit d'auteur va alors consister à cantonner l'office du juge à une neutralité esthétique : celui-ci n'est ni critique d'art ni censeur. Le premier principe permettant de chasser les émotions du juge est celui de l'indifférence du mérite, posé par l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle. En interdisant au juge d'envisager le mérite comme critère de protection, le législateur met de côté sa subjectivité et bannit ainsi tout jugement de valeur. Ce refus d'une immixtion du juge dans le domaine esthétique se comprend aisément : nous préserver du risque d'un art officiel et assurer l'égalité des auteurs devant la loi. Pour les mêmes raisons de neutralité, le droit d'auteur ne peut prendre en compte le genre d'une œuvre. Au sujet d'un film pornographique, la Cour de cassation a ainsi énoncé que la loi « interdit aux juges de subordonner son application à des considérations relatives à une morale essentiellement variable selon les lieux et les époques »⁴⁴.

17. La théorie de l'unité de l'art. Si, au départ, le droit d'auteur se référait explicitement aux « beaux-arts »⁴⁵, le législateur a posé le principe de l'indifférence de la destination de l'œuvre en 1902. Exclure une œuvre de la protection en considération de sa finalité – contemplative, décorative, ludique ou fonctionnelle – reviendrait en effet, par voie détournée, à prendre en compte le mérite. Ce principe s'exprime juridiquement dans la théorie dite de « l'unité de l'art », née sous l'impulsion d'Eugène Pouillet. Ses fondements reposent sur le constat d'une incapacité du droit à tracer une frontière entre « arts purs » et « arts appliqués », et ne peuvent s'expliquer qu'en considération de

juger, op. cit., p. 130). En ce sens, le terme *esthétique*, qui porte sur la forme, se distinguerait de *l'esthétique* qui active les sens instinctivement, de manière primitive.

⁴² Cass. com., 10 déc. 2013, n° 11-19.872, *Comm. com. électr.*, 2014, comm. 13, note C. CARON, *Propri. intell.*, 2014, n° 51, obs. J.-M. BRUGUIÈRE. Plus récemment, la Cour de justice de l'Union européenne s'est opposée à la protection de la saveur d'un produit alimentaire en l'absence d'une forme identifiable suffisamment précise et objective : CJUE, 13 nov. 2018, aff. C-310/17, *Levola Hengelo, D.*, 2018, act. 2181 ; *Comm. com. électr.*, 2019, comm. 1, obs. C. CARON ; *Propri. intell.*, 2019, n° 70, p. 18, obs. BRUGUIÈRE et n° 71, p. 116, obs. VIVANT ; *RIDA*, 2019, n° 259, 139, obs. P. SIRINELLI et A. BENSAMOUN.

⁴³ TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 26 mai 2004.

⁴⁴ Crim., 6 mai 1986, *Rev. intr. dr. aut.*, oct. 1986, p. 149.

⁴⁵ L'article 7 du Décret des 19-24 juillet 1793 énonce que : « Les héritiers de l'auteur d'un ouvrage de littérature ou de gravure, ou de toute autre production de l'esprit ou du génie, qui appartient aux beaux-arts, en auront la propriété exclusive pendant dix années ».

l'histoire de l'art⁴⁶. Balayant la conception puriste de l'art, ce principe fait ainsi entrer le *design*, souvent qualifié de « petite monnaie du droit d'auteur » ou d'art pauvre, dans le champ de la propriété artistique. Un papier peint⁴⁷, un vêtement⁴⁸ ou un panier à salade⁴⁹ sont protégés tout autant qu'une peinture.

18. Le droit d'auteur, un droit de l'anti-émotion ? Si l'on s'en tient à ce principe d'indifférence du mérite, du genre et de la destination, qui ceinture l'office du juge, le droit d'auteur semble imperméable aux émotions. Toutefois, ces conditions négatives ne suffisent pas à définir juridiquement ce qu'est une œuvre de l'esprit. Il a en effet fallu s'accorder sur un critère positif de protection qui soit à la fois suffisamment opératoire afin de distinguer les objets nécessitant protection des objets quelconques, tout en restant un critère assez souple qui puisse s'adapter au concept fuyant d'art. Le critère juridique choisi a été celui de l'originalité. Peut-on dès lors, sans contradiction, énoncer que le juge est neutre face aux œuvres, mais qu'il doit néanmoins en apprécier l'originalité⁵⁰ ? Face à la rébellion de l'art à toute définition, juridique ou non, le choix de l'originalité révèle l'incapacité (ou la sagesse ?) du droit à déterminer un critère objectif et précis.

19. L'originalité, un critère subjectif. L'originalité, « pierre angulaire »⁵¹ ou « ADN »⁵² du droit d'auteur, était pourtant absente des textes révolutionnaires et aujourd'hui le Code de la propriété intellectuelle n'en donne aucune définition. Elle fait son apparition progressive au XIX^e siècle en jurisprudence⁵³ et c'est au XX^e siècle que Henri Desbois la systématise, en la présentant comme une notion matricielle du droit d'auteur : « Il suffit, pour qu'une œuvre donne prise au droit d'auteur, qu'elle soit originale, au sens subjectif du mot : point n'est besoin qu'elle soit nouvelle, au sens

⁴⁶ La question du rapport de l'art à la vie quotidienne émerge dans l'Angleterre victorienne sous l'égide de William Morris avec le mouvement des Arts & Crafts, qui allie art et technique. Celle-ci atteint son apogée avec le Bauhaus et l'idée d'un art total à la portée de tous. En France, on rencontre cette volonté d'abolir les frontières traditionnelles entre les « arts majeurs » et les « arts mineurs », dès 1880, avec le mouvement des Nabis. Leur volonté est d'introduire le beau dans le quotidien et d'imposer les arts décoratifs comme le fondement de l'unité de la création. L'art doit être partout, peu importe son support de médiation : « *Plus de tableau de chevalet ! À bas les meubles inutiles ! Il n'y a pas de tableaux, il n'y a que des décorations* » – S. FLOUQUET, « Des Nabis à l'Art nouveau, la révolution du décor », *Beaux-Arts Magazine*, 27 mars 2019.

⁴⁷ Cass. com., 18 mars 1970, Bull. civ. IV, p. 108.

⁴⁸ CA Paris, 30 juin 2009, n° 09/01538, *SARL Maje c/ Isabel Marant*.

⁴⁹ Cass. crim., 30 oct. 1963, *D.*, 1964, 678, note FRANÇON.

⁵⁰ Selon Pierre-Yves Gautier, le critère d'originalité sous-entend celui du mérite dès lors que l'appréciation esthétique est inéluctable en matière d'œuvres intellectuelles. Par conséquent, l'auteur propose de réintroduire une référence aux *beaux-arts* dans sa définition : « *tout effort d'innovation de l'esprit humain, conduisant à une production intellectuelle, qui peut tendre vers un but pratique, mais doit comporter un minimum d'effet esthétique, la rattachant d'une quelconque façon à l'ordre des beaux-arts* » – P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 9^e édition, Paris, PUF, 2015, coll. « Droit fondamental », n° 52.

⁵¹ A. LUCAS et P. SIRINELLI, « L'originalité en droit d'auteur », *JCP*, 1993. I. 3681, n° 1.

⁵² C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 6^e éd., Paris, LexisNexis, 2020, n° 83.

⁵³ A. MAFFRE-BAUGÉ, *L'œuvre de l'esprit, empreinte de la personnalité de l'auteur ?*, thèse : droit privé, Montpellier I, 1997, p. 43.

objectif »⁵⁴. L'œuvre est protégée parce qu'elle est la manifestation de l'individualité, du for intérieur de son auteur. En ce sens, doctrine et jurisprudence s'accordent à définir cette notion par la formule devenue canonique d'« empreinte de la personnalité de l'auteur ». Un jugement rendu par le Tribunal de Nanterre en 1993 parle même d'« empreinte émotionnelle personnelle »⁵⁵. Ce critère qui assume sa subjectivité est ainsi en parfaite harmonie avec la conception personnaliste du droit d'auteur français⁵⁶. Contrairement au critère de nouveauté, qui s'intéresse à l'objet, celui d'originalité se réfère à l'auteur : il assure le lien indéfectible entre l'auteur et son œuvre et justifie ainsi l'existence d'un droit moral.

20. L'insaisissable originalité. Mais l'originalité est loin de faire l'unanimité. Souvent qualifiée de notion insaisissable⁵⁷ ou à contenu variable⁵⁸, son imprécision dérange ceux qui envisagent le droit comme une science exacte. Du fait de sa ductilité, l'originalité a pu dans certaines décisions masquer des jugements de valeur⁵⁹ : c'est notamment le cas lorsque le juge se réfère à la notoriété⁶⁰ ou au talent⁶¹ de l'auteur. On lui reproche aussi d'être une notion teintée de dogmatisme⁶², symptomatique d'une vision romantique⁶³ du droit d'auteur et inadaptée aux œuvres utilitaires. La diversité d'objets modestes que couvre le droit d'auteur joue en effet comme argument pour démontrer le caractère artificiel de l'originalité : « l'auteur du boulon peut-il sérieusement dire : *Ce boulon c'est moi ?* »⁶⁴. Dans le même sens, André Lucas et Pierre Sirinelli considèrent que la notion serait plus adaptée aux « arts purs » pour lesquels l'originalité « ne prête généralement pas à discussion dans la mesure où ces œuvres s'adressent plus au sentiment qu'à la raison »⁶⁵.

21. Face aux critiques se pose la question de savoir si le désir d'objectivité peut être assouvi sans que la matière s'en trouve dévoyée ? On constate que l'originalité est depuis un certain temps en voie d'objectivation⁶⁶, ce qui est loin de rendre la matière plus cohérente.

⁵⁴ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1978, n° 3.

⁵⁵ TGI Nanterre, 10 mars 1993, *RIDA*, 1993, n° 157, 343, note GAUBIAC.

⁵⁶ J. MESNARD, « Le paradoxe de l'originalité », *Le Monde*, 27 octobre 1999, p. 16 : « Toute œuvre dans laquelle s'exprime le moi authentique et profond du créateur déclenche chez celui qui la reçoit une réaction d'amour parce qu'il y trouve un écho de lui-même. Loin d'éloigner les hommes les uns des autres, l'originalité vraie les rapproche ».

⁵⁷ J.-M. BRUGUIÈRE et M. VIVANT, *op. cit.*, n° 258.

⁵⁸ C. CASTETS-RENARD, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, Paris, L'Harmattan, 2003.

⁵⁹ C. CARREAU, *Mérite et droit d'auteur*, thèse : droit privé, Paris, Université Paris II, 1979.

⁶⁰ De la réplique de cinéma « *T'as de beaux yeux tu sais* » : Paris, 3 juin 1991, n° 1991-045428.

⁶¹ Celui d'un photographe : Paris, 20 sept. 1994, *RIDA*, avr. 1995, p. 367.

⁶² J.-M. BRUGUIÈRE et M. VIVANT, *op. cit.*, n° 264.

⁶³ A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER et C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5^e éd., Paris, Litec, 2017, p. 94.

⁶⁴ J.-M. BRUGUIÈRE et M. VIVANT, *op. cit.*, n° 264.

⁶⁵ A. LUCAS et P. SIRINELLI, « L'originalité en droit d'auteur », *JCP*, 1993, I, 3681, n° 12.

⁶⁶ A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, C. BERNAULT, *op. cit.*, p. 127.

II.- Vers un droit d'auteur détourné des émotions

22. Sous prétexte d'objectivité, l'efficacité du droit d'auteur a fait naître la tentation de le faire déborder hors de son cadre (A). Mais à trop vouloir chasser l'insaisissable, le droit d'auteur s'égaré (B).

A.- La protection des « œuvres sans esprit »

23. Les industries culturelles et les avancées technologiques ont bouleversé le droit d'auteur. La fin du XX^e siècle marque un changement de paradigme : le droit d'auteur accueille en son ancre les logiciels et les bases de données, deux objets informatique et informationnel qui se démarquent clairement des œuvres jusqu'alors protégées⁶⁷. Non sans humour, le juriste et philosophe Bernard Edelman les qualifie d'« œuvres sans esprit »⁶⁸.

24. **La protection des logiciels.** Les logiciels, « ces objets, moins artistiques qu'utilitaires, moins créatifs que techniques »⁶⁹, sont protégeables par le droit d'auteur depuis la loi du 3 juillet 1985⁷⁰. Cette protection spéciale couvre trois éléments du programme d'ordinateur : l'organigramme (schéma fonctionnel du logiciel), le code source (suites algorithmiques et formules mathématiques intelligibles par les informaticiens) et le code objet du programme (traduction du code source en langage binaire lisible uniquement par l'ordinateur)⁷¹. Or, nous l'avons vu, en principe le droit d'auteur ne protège que les formes qui s'adressent à l'humain, perceptibles par les sens. Le code objet du logiciel s'adresse à une machine et n'est intelligible que par le truchement de celle-ci. Si ses interfaces graphiques peuvent être originales et ainsi protégées par le droit commun du droit d'auteur, le logiciel en lui-même ne cherche pas à émouvoir, il ne vise qu'à fonctionner. Sa protection est une fiction juridique.

25. **Une décision de repli.** L'assimilation contre nature des logiciels aux œuvres a été en réalité une décision d'opportunité, animée par un souci de pragmatisme : celui de protéger rapidement et efficacement un objet à forte valeur économique d'un secteur

⁶⁷ E. ULMER, « La protection par le droit d'auteur des œuvres scientifiques en général et des programmes d'ordinateur en particulier », *RIDA*, oct. 1972, n° 69 : « les œuvres relevant du droit d'auteur, telles qu'on les connaissait jusqu'à présent, étaient telles que la signification de leur contenu était destinée à être perçue par les sens et par l'esprit de l'homme ».

⁶⁸ B. EDELMAN, *op. cit.*, p. 66.

⁶⁹ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n° 277.

⁷⁰ Ce choix fut confirmé par la directive 91/250 du 14 mai 1991, transposée par la loi n° 94-361 du 10 mai 1994, venue étendre la protection des logiciels par le droit d'auteur à tous les pays européens.

⁷¹ La Cour de justice est venue l'affirmer : « le code source et le code objet d'un programme d'ordinateur sont des formes d'expression de celui-ci, qui méritent, par conséquent, la protection par le droit d'auteur des programmes d'ordinateur » – CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany c/ Ministerstvo kultury : Propr. industr.*, 2011, comm. 37, J. LARRIEU : *RIDA*, janv. 2011, p. 417, et p. 213, obs. P. SIRINELLI ; *Comm. com. électr.*, 2011, comm. 42, note C. CARON ; *Propr. intell.*, 2011, p. 205, obs. V.-L. BENABOU ; *LEPI*, mars 2011, n° 35, obs. A. LUCAS.

industriel en plein essor. Le droit des brevets, qui couvre les inventions (objets techniques, novateurs et d'application industrielle), paraissait la voie la plus cohérente. Mais plusieurs objections se sont élevées contre ce type de protection : la difficulté à prouver l'activité inventive à propos d'un logiciel et le désavantage de devoir effectuer un dépôt impliquant une divulgation du code source du programme. Le droit d'auteur, qui avait l'avantage d'offrir un monopole exclusif sans dépôt et une protection internationale via la Convention de Berne⁷², a donc été choisi. Sous la pression de l'industrie du logiciel et la crainte de se faire dépasser par les États-Unis⁷³, ce corps étranger fut ainsi introduit dans le droit d'auteur.

26. Un droit d'auteur travesti. L'entrée du logiciel « au Pays des Merveilles »⁷⁴ ne s'est pas faite sans remous. Tout d'abord, il faut reconnaître qu'il n'est pas aisé de déceler l'empreinte de la personnalité de l'auteur dans un programme d'ordinateur. La conséquence a été celle d'une altération de la notion d'originalité : le célèbre arrêt *Pachot* de 1986 réduit en effet le critère à la « marque d'un apport intellectuel »⁷⁵. Ensuite, il faut admettre que le régime personnaliste du droit d'auteur s'adapte difficilement à la logique industrielle de ces œuvres informatiques. Le législateur a ainsi opté pour une protection fortement dérogoratoire au droit commun du droit d'auteur : l'ensemble des droits sont dévolus à l'employeur et le droit moral de l'auteur du logiciel est réduit à peau de chagrin – se résumant dans la pratique à un droit de paternité. Face à un objet essentiellement industriel et technique, on ne peut s'étonner que la logique humaniste du droit d'auteur soit détrônée par une logique économique qui induit un effacement de la personne⁷⁶.

27. La protection des bases de données. La protection des logiciels a accrédité l'idée que le droit de la propriété littéraire et artistique serait accueillant envers tout type d'objet nécessitant protection : la dilution de la conception personnaliste ne s'est donc pas arrêtée là. En 1996, le législateur européen impose l'institution d'un droit *sui generis* au profit des producteurs de bases de données, qui n'est certes pas un droit d'auteur, mais qui relève tout de même de la propriété littéraire et artistique⁷⁷. Est ainsi octroyé un droit privatif au producteur sur sa base de données en récompense « d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel » (art. L. 341-1 du Code de la

⁷² V. E. TREPPOZ, *La protection du logiciel en droit international privé*, thèse : droit privé, Paris, Université Paris 1, 2001.

⁷³ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n° 279.

⁷⁴ M. VIVANT, « Le logiciel au Pays des Merveilles », *JCP*, E 1985, I, 3208, et G II, 14269.

⁷⁵ Cass. ass. plén., 7 mars 1986, n° 83-10.477 ; *JCP* G, 1986, II, 20631, note J.-M. MOUSSERON, B. TEYSSIÉ et M. VIVANT ; *D.*, 1986, jurispr. p. 405, note B. EDELMAN ; *RIDA*, mars 1986, p. 136, note A. LUCAS ; *RTD com.*, 1986, p. 399, obs. A. FRANÇON.

⁷⁶ Selon l'expression du sénateur Jolibois, la protection des logiciels ne pouvait pas se soumettre au régime commun du droit d'auteur, autrement « à chaque fois qu'un employé aurait inventé un logiciel, des problèmes absolument insurmontables se poseraient pour le règlement, alors que l'entreprise de logiciels, par définition, loue le travail d'un certain nombre d'ingénieurs qualifiés pour faire des logiciels qui, à l'évidence, doivent appartenir à l'entreprise de logiciels » – C. JOLIBOIS, Sénat, séance du 17 juin 1985.

⁷⁷ Directive européenne 96/9 du 11 mars 1996 transposée par la loi n° 98-536 du 1^{er} juillet 1998 (CPI, art. L. 342-1 et s.).

propriété intellectuelle). Il n'est donc plus question de protéger une personne, mais des investissements. La légitimité d'une telle démarche interroge⁷⁸ : s'il est nécessaire de protéger des investissements, les mécanismes de droit commun, à savoir l'action en concurrence déloyale ou en parasitisme, existent à cette fin⁷⁹. En réalité, cette logique avait déjà été amorcée par l'institution de droits voisins du droit d'auteur visant à protéger, outre les artistes-interprètes, les investissements des « entrepreneurs de la création »⁸⁰ – producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, entreprises de communication audiovisuelle, auxquels sont venus s'ajouter, en 2019, les éditeurs de publication de presse⁸¹. Cependant, les objets protégés au titre des droits voisins intègrent généralement des œuvres – musique, films ou articles de presse. C'est moins souvent le cas pour les bases de données, dont l'objet est parfois un recueil d'informations, exclusivement fonctionnel⁸². L'émotion n'est pas au rendez-vous et l'esprit personnaliste du droit d'auteur non plus. En outre, cette nouvelle protection assimile dangereusement information et œuvre de l'esprit. L'information n'est pourtant qu'une donnée, un fait brut non susceptible d'appropriation. La Vénus de Milo n'est-elle pas elle aussi un bien informationnel, s'interroge dans un sens provocateur André Lucas⁸³. Certes, comme toute œuvre elle apporte des connaissances sur l'histoire de l'humanité, mais la réduire à une information occulterait son « aspect émotionnel »⁸⁴.

28. En accueillant ces objets informatiques et informationnels, le droit de la propriété littéraire et artistique s'éloigne des émotions. L'hostilité à l'intrusion de ces objets ne serait que de pur principe si la matière ne s'en trouvait pas pour autant tourmentée. En protégeant des objets qui ne sont pas de son ressort, ce que la propriété littéraire et artistique gagne en superficie, elle le perd en cohérence et légitimité⁸⁵.

⁷⁸ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, n° 2537.

⁷⁹ C. CARON, *op. cit.*, n° 669 : *Ce droit sui generis* donne l'impression « d'une mutation du parasitisme en un droit réel subjectif ».

⁸⁰ T. AZZI, *Recherche sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, préf. H. GAUDEMET-TALLON, Paris, LGDJ, 2005, coll. « Bibliothèque de droit privé ».

⁸¹ T. AZZI, « Les droits accordés aux éditeurs dans la proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché numérique », *JAC*, 2017, n° 47, p. 26.

⁸² Il convient de préciser qu'outre cette protection, la base de données dont l'agencement est original est également protégée par le droit d'auteur (CPI, art. L. 112-3). Sur l'articulation des différents droits en matière de bases de données, v. T. AZZI, « Les créations multimédias (bases de données, jeux vidéo, etc.) », in J.-M. BRUGUIÈRE (dir.), *L'articulation des droits de propriété intellectuelle*, Paris, Dalloz, 2011, coll. « Thèmes & commentaires », p. 31.

⁸³ A. LUCAS, *Le droit de l'informatique*, Paris, PUF, 1987, n° 304.

⁸⁴ C. GEIGER, « La privatisation de l'information par le droit d'auteur », *Revue internationale de droit économique*, 2006, p. 396.

⁸⁵ Pour reprendre la métaphore d'André Kérever, « étendre abusivement cette protection équivaut à ce qui se passe en économie lorsque la monnaie est émise en quantité excessive : l'inflation apparaît et affaiblit la valeur de la monnaie » – A. KÉREVER, « Le droit d'auteur est-il anachronique ? », *Dr. auteur*, 1983, p. 368.

B.- Un droit d'auteur en quête de sens

29. Pour reprendre la formule de Christophe Caron, « *le droit d'auteur est le droit des belles formes. Ces formes sont parfois sublimes, parfois modestes et il arrive même depuis l'avènement de l'informatique, qu'elles n'aient, avec la beauté, qu'un lien ténu* »⁸⁶.

30. **L'objectivation de l'originalité.** Il est vrai qu'avant l'arrivée du logiciel, la jurisprudence a pu mélanger originalité et nouveauté en matière d'arts appliqués⁸⁷. La source de cette confusion résidait dans le possible cumul induit par la théorie de l'unité de l'art : ces œuvres sont en effet protégeables également par le droit des dessins et modèles sous condition de nouveauté⁸⁸. Cependant, plus grave fut la dérive enclenchée par la jurisprudence *Pachot*⁸⁹ qui, pour accommoder le droit d'auteur au logiciel, signa l'abandon de l'approche subjective de l'originalité, remettant ainsi en cause les fondements mêmes du droit d'auteur français⁹⁰. Le constat est celui d'un droit d'auteur à double vitesse, « l'un resté centré sur une vision personnaliste et l'autre ayant évolué vers une acception affairiste »⁹¹. Pour certains auteurs, le retour en arrière étant exclu, il faudrait en tirer les conséquences : cesser de se référer à l'empreinte de la personnalité de l'auteur et s'aligner sur le *copyright*⁹².

31. **Comparaison avec les arts utilitaires.** Que l'originalité se manifeste à des degrés différents est une chose – il existe des œuvres moins personnelles que d'autres. Mais que l'originalité change de nature en est une autre. Pour ce qui est des arts utilitaires, le critère d'originalité ne s'évanouit pas totalement. Certes, la forme obéit à des règles extérieures à la personne du créateur qui est contrainte à la rendre utile. Toutefois, peut s'ajouter à la dimension fonctionnelle une dimension esthétique, dès lors que l'auteur exprime des choix libres et personnels, non dictés par la fonction. C'est dans cet espace de liberté que se loge l'empreinte de sa personnalité⁹³. Que celle-ci soit plus

⁸⁶ C. CARON, *op. cit.*, n° 1.

⁸⁷ À titre d'exemple, une chaise longue signée Le Corbusier a été protégée pour le « *système d'inclinaison innovateur de son dossier* » (TGI de Nanterre, 17 juin 1992, *RIDA*, 1992, n° 154, p. 180).

⁸⁸ T. AZZI, « La propriété artistique », *RIDA*, avr. 2018, n° 256, p. 191.

⁸⁹ Cass. ass. plén., 7 mars 1986, n° 83-10.477 ; *JCP G*, 1986, II, 20631, note J.-M. MOUSSERON, B. TEYSSIÉ et M. VIVANT ; *D.*, 1986, jurispr. p. 405, note B. EDELMAN ; *RIDA*, 3/1986, p. 136, note A. LUCAS ; *RTD com.*, 1986, p. 399, obs. A. FRANÇON.

⁹⁰ A. LUCAS et P. SIRINELLI, « L'originalité en droit d'auteur », *op. cit.*, n° 18.

⁹¹ A. BENSAMOUN, « La protection de l'œuvre de l'esprit par le droit d'auteur : qui trop embrasse mal étreint », *D.*, 2010, 2919.

⁹² A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, C. BERNAULT, *op. cit.*, p. 145.

⁹³ Nous pouvons citer en ce sens des arrêts récents de la Cour de justice de l'Union européenne, notamment l'arrêt *Cofemel* qui énonce que les œuvres d'art appliqué, comme toutes les œuvres, sont protégées par le droit d'auteur dès lors qu'elles répondent à la seule condition d'originalité. Plus récemment, l'arrêt *Brompton* rappelle qu'une forme technique est protégeable par le droit d'auteur si « *son auteur a exprimé sa capacité créative de manière originale en effectuant des choix libres et créatifs et a modelé le produit de sorte qu'il reflète sa personnalité* » (pt 34) – CJUE, 3^e ch., 12 sept. 2019, aff. C-683/17, *Cofemel* : *Comm. com. électr.*, 2019, comm. 65, C. CARON et CJUE, 11 juin 2020, aff. C-833/18, *Brompton* : *Comm. com. électr.*, 2020, comm. 61, P. KAMINA.

difficilement décelable que dans une œuvre qui n'a pour finalité que la contemplation, cela ne fait nul doute. Que le caractère insaisissable de l'originalité pose des difficultés pratiques en matière d'arts appliqués, non plus. Cependant, dire qu'il est artificiel de qualifier d'original une chaise, une chemise ou un bijou, ne correspond pas à la réalité. Du côté du public, certaines formes utiles, par leurs courbes, leurs matériaux et leurs couleurs, procurent parfois de fortes émotions. Le *design* concentre en effet technique et esthétique au sein d'un objet du quotidien, dans l'optique de répandre la beauté dans le monde pratique. Il arrive aussi que l'esthétique industrielle soit purement mercatique, s'apparentant alors à du *marketing* émotionnel pour séduire le consommateur⁹⁴ – pour Raymond Loewy, la plus belle courbe est celle de la progression ventes⁹⁵.

32. La disparition de l'auteur. En acceptant une protection plus objective, le droit d'auteur accueille des objets impersonnels pour lesquels un droit moral ne se justifie plus : « aux œuvres sans esprit fait écho un auteur dépossédé »⁹⁶. L'introduction du logiciel dans le giron du droit d'auteur en témoigne. Le droit moral, ce bouclier protégeant l'auteur contre les intentions commerciales des exploitants, est pourtant la clef de voûte de la conception *in favorem auctoris* du droit d'auteur français. Sans droit moral, la dénomination même de la matière devient déceptive : le droit d'auteur devient un droit des exploitants⁹⁷. Il mute vers un *copyright*⁹⁸, vers un droit d'auteur sans auteur⁹⁹. La pensée déconstructiviste, de Michel Foucault à Roland Barthes, ne l'avait-elle pas pressenti en anticipant « la disparition »¹⁰⁰ ou « la mort »¹⁰¹ de l'auteur ?

33. Un droit d'auteur fragilisé. Certes, le droit d'auteur doit être appréhendé dans sa réalité économique et le fait qu'il évolue dans un univers mercantile est indéniable. En revanche, il est aussi regrettable que dangereux qu'il se laisse mener par des logiques de marché, sous le poids de l'industrie et jusqu'à en perdre de vue ses fondements. Ces dérives nourrissent en effet les critiques à son égard¹⁰² et, l'édifice étant fragilisé, le droit d'auteur devient plus vulnérable aux attaques. Le droit d'auteur serait un frein à la connaissance, trop contraignant ou tout simplement illégitime – d'aucuns ont souligné

⁹⁴ G. LIPOVETSKY, J. SERROY, *L'esthétisation du monde. Vivre à l'âge du capitalisme artiste*, Paris, Gallimard, 2013 : les auteurs définissent l'esthétique contemporaine de « *transesthétique* », une esthétique émotionnelle hypermoderne, qui suit une logique d'esthétisation généralisée au sein de la consommation marchande et d'hybridation des secteurs de l'art et du marketing.

⁹⁵ La citation exacte étant « *The most beautiful curve is a rising sales graph* » dans la revue *Times*, octobre 1931, vol. 56, n° 18, avec comme titre de couverture « *Designer Raymond Loewy. He streamlines de sales curve* ».

⁹⁶ B. EDELMAN, *op. cit.*, p. 66.

⁹⁷ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 1.

⁹⁸ Le *copyright* américain fonctionne sur le système des « *works made for hire* » : par principe, l'auteur salarié est dépossédé de sa création au profit de l'employeur. Par l'effet d'une fiction juridique, l'employeur est donc réputé être l'auteur de l'œuvre créée par son employé.

⁹⁹ A. LATREILLE, « L'avènement d'un droit d'auteur sans auteur », *Droit et patrimoine*, sept. 2007, p. 32 ; J.- C. GINSBURG, « L'avenir du droit d'auteur : un droit sans auteur ? », *Comm. com. électr.*, 2009, étude 10.

¹⁰⁰ M. FOUCAULT, « Qu'est-ce qu'un auteur ? », *op. cit.*

¹⁰¹ R. BARTHES, « La mort de l'auteur », *Le bruissement de la langue* [1968], Paris, Seuil, 1984.

¹⁰² S. KINSELLA, « Against Intellectual Property », *Journal of Libertarian Studies*, 2001, vol. 5.

dans la presse que « la propriété intellectuelle, c'est le vol ! »¹⁰³. Le droit d'auteur est pourtant à l'origine un droit des auteurs participant au soutien de la création. Comme le disait Beaumarchais, « pour pouvoir créer, encore faut-il au préalable dîner ». La conception personnaliste – qui a pour épïcêtre l'auteur, la protection de sa personne et la rétribution de son travail intellectuel – justifie l'existence du droit d'auteur. À l'inverse, l'approche objective et utilitariste, qui délaisse l'aspect subjectif et émotionnel, fait perdre au droit d'auteur sa légitimité.

34. Le paradoxe de l'Art conceptuel. L'art conceptuel oblige à nuancer le propos. Quelle espèce d'émotion un urinoir retourné peut-il transmettre ?¹⁰⁴ Pour Sol LeWitt, « l'artiste dont l'art est conceptuel [...] aimerait en règle générale que cet art devienne émotionnellement sec »¹⁰⁵. Avec ses *ready-mades*, Marcel Duchamp voulait en effet créer un état d'indifférence esthétique envers l'objet pour laisser place à une idée réflexive sur la nature de l'art. Les *ready-mades*, en se présentant comme art, rendent futile toute définition de l'art, ce que le droit peine à admettre dans sa discipline. Ce type de création, exposé dans les galeries et musées, n'est pas pour autant considéré comme œuvre de l'esprit : le droit d'auteur ne protège que les formes originales, et non les idées, quand bien même seraient-elles originales¹⁰⁶, ce qui rend très incertain l'accès à la protection de certaines œuvres d'art contemporaines. Il est ainsi paradoxal de constater que tout un pan de la création moderne et contemporaine est rejeté du droit d'auteur, tandis que des objets industriels – qui n'ont pas cette finalité désintéressée qu'a *l'art pour l'art* – bénéficient de sa protection. Ce décalage entre le droit et le monde de l'art, s'il n'est pas étonnant face à des créations qui défient la notion d'art, n'est pas moins incommode. N'est-il pas attendu du droit d'auteur qu'il protège et fasse vivre les artistes ?¹⁰⁷.

35. Sensibilité et interdisciplinarité. Dans son œuvre *Le gai savoir*, Nietzsche écrit « Qu'est-ce que l'originalité ? Voir quelque chose qui ne porte encore aucun nom, qui ne peut pas encore être nommé quoique tout le monde l'ait sous les yeux »¹⁰⁸. La discipline juridique ne doit-elle pas accepter qu'il est des choses qui ne s'objectivent

¹⁰³ D. COHEN, « La propriété intellectuelle, c'est le vol », *Le Monde*, 8 avril 2001.

¹⁰⁴ Le jugement esthétique n'est absolument pas ce que recherchait Marcel Duchamp ; il s'inquiètera d'ailleurs que des spectateurs éprouvent un plaisir esthétique devant ses *ready-mades* – C. STRUMEYER et P. GUEDJ, *Propos sur l'art d'aujourd'hui*, Arles, L'art-Dit, 2016, p. 98.

¹⁰⁵ S. LEWITT, « Paragraphs on Conceptual Art », *L'art conceptuel, une perspective*, Catalogue d'exposition, Musée d'art moderne de la ville de Paris, 1989, p. 199.

¹⁰⁶ À titre d'exemple, le concept d'emballer un monument, marque de fabrique du couple Christo et Jeanne-Claude, n'est pas protégeable par le droit d'auteur (TGI Paris, 26 mai 1987, *Dalloz*, 1988, somm. comm. p. 201, obs. COLOMBET) ; en revanche, l'emballage du Pont-Neuf est protégé par le droit d'auteur puisqu'il y a une concrétisation de l'idée dans une forme originale (CA Paris, 13 mars 1986, *Dalloz*, 1987, somm. comm. p. 150, obs. COLOMBET).

¹⁰⁷ V. la thèse de Nadia Walravens qui propose un élargissement des concepts de forme et d'originalité afin d'ouvrir l'accès à la protection à l'ensemble des œuvres d'art contemporaines, sans pour autant dénaturer l'esprit personnaliste du droit d'auteur – N. WALRAVENS, *Les notions de forme et d'originalité appliquées aux œuvres d'art contemporaines*, thèse : droit privé, Paris, Université Paris-Saclay, 2002.

¹⁰⁸ F. NIETZSCHE, *Le gai savoir* [1882], trad. H. ALBERT, Paris, Société du Mercure de France, 1901, p. 226-227.

pas ? Cela ne veut pas dire pour autant qu'il faille rester passif face à ce « désordre »¹⁰⁹. Les difficultés pratiques que provoque l'originalité, cette « anguille juridique »¹¹⁰ pour reprendre l'expression de Valérie-Laure Benabou, ne peuvent être niées – le récent rapport du CSPLA sur la preuve de l'originalité en témoigne¹¹¹. Cependant, le droit ne devrait pas autant craindre l'insaisissable au point d'abdiquer en qualifiant l'approche subjective d'« irréaliste » et l'approche objective d'« inévitable »¹¹². Les solutions viennent peut-être d'ailleurs¹¹³. Patricia Signorile explique que « nous avons appris, par notre éducation, à séparer les disciplines et notre aptitude à les relier s'est atrophiée »¹¹⁴. La révolution kantienne a, en effet, non seulement introduit une conception moderne de l'esthétique, mais est aussi à l'origine d'une cassure épistémologique entre la philosophie, le droit et l'esthétique¹¹⁵ ayant conduit à un isolement des savoirs¹¹⁶. L'ouverture à d'autres disciplines ne peut qu'aider le droit d'auteur à sortir de l'impasse et à recouvrer du sens. L'esthétique, en tant que discipline de la connaissance du sensible, place la sensibilité comme source du connaître ; elle est un savoir qui cherche à produire un discours théorique cohérent sur l'art, en rendant compte rationnellement de données issues des sens et de l'imaginaire. Certes, les règles de l'art ne sont pas les règles du droit¹¹⁷, mais la rencontre épistémologique des deux disciplines, le fait qu'elles se « construisent en normativité parallèle »¹¹⁸, invite d'autant plus le juriste à reconsidérer les discours théoriques sur l'art. C'est précisément cette voie que Bernard Edelman suggère d'emprunter lorsqu'il énonce que le droit d'auteur s'est élaboré sur quelques concepts, apparemment évidents, mais que leurs articulations « dessinent une conception tout à fait originale de l'art et de la littérature, qui n'a rien à

¹⁰⁹ A. BENSAMOUN, « Portrait d'un droit d'auteur en crise », *RIDA*, janv. 2009, n° 219, p. 12.

¹¹⁰ V.-L. BÉNABOU, « L'originalité, un Janus juridique : regards sur la naissance d'une notion autonome de droit de l'Union », *Mélanges en l'honneur du professeur André Lucas*, Paris, LexisNexis, 2014, p. 19.

¹¹¹ J.-A. BÉNAZÉRAF et V. BARTHEZ, Rapport de mission « La preuve de l'originalité », déc. 2020 : présenté le 15 décembre au Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, il retrace l'évolution jurisprudentielle de la preuve de l'originalité d'une œuvre et propose des solutions visant « à rétablir la bonne foi au coeur du procès en contrefaçon, afin d'éviter les contestations d'originalité formées de manière systématique et dilatoire, sans éluder pour autant, lorsqu'il a lieu d'être, le débat sur l'originalité » (p. 6).

¹¹² A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER et C. BERNAULT, *op. cit.*, n° 125.

¹¹³ P. MASSOT, « Droit des dessins et modèles », *Prop. intell.*, oct. 2020, n° 77, p. 81 : « la jurisprudence n'a d'ailleurs pas reculé en matière de brevet lorsqu'il s'est agi de définir la notion d'activité inventive, qui est pourtant une notion tout aussi fuyante et difficile à cerner que la créativité ».

¹¹⁴ P. SIGNORILE, « Des liens du droit et de la musique à travers le prisme de la philosophie », in P. SIGNORILE (dir.), *Entre normes et sensibilité : droit et musique*, Aix-en-Provence, Presses universitaires Aix-Marseille, 2017, p. 19.

¹¹⁵ Kant dissocie les compétences du philosophe de celles du juriste : selon lui, le juriste doit s'en tenir à une recherche du juste dans le droit positif, alors qu'il appartiendrait au philosophe de critiquer le droit préexistant. La démarche kantienne a d'ailleurs nourri la pensée de Hans Kelsen sur l'élaboration d'une « science objective du droit » – S. GOYARD-FABRE, « L'inspiration kantienne de Hans Kelsen », *Revue de métaphysique et de morale*, avr. 1978, p. 203.

¹¹⁶ J.-P. CHAZAL, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Archives de philosophie du droit*, t. 45, Paris, Dalloz, 2001, p. 303-333.

¹¹⁷ Cf. § 33.

¹¹⁸ Cf. § 3 et 4. – G. CORNU, « Droit et esthétique », *Arch. philo. droit*, t. 40, Paris, Sirey, 1995, p. 194-205.

envier aux théories les plus subtiles de l'esthétique, de la critique littéraire ou de la sociologie de l'art. Qu'il faille, un jour, unifier ces différents points de vue en un ensemble cohérent ne fait pour moi aucun doute. Mais cela est un autre travail »¹¹⁹.

¹¹⁹ B. EDELMAN, *op. cit.*, p. 5.

Droit des entreprises en difficulté et émotions

David LEMBERG

*Doctorant à l'École de droit de la Sorbonne
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

S'il est souvent question de l'appréhension des émotions par le droit, le droit des entreprises en difficulté invite à changer de perspective. Dans cette présentation, il sera question d'analyser les émotions que ce droit cherche à susciter de la part du débiteur en proie à des difficultés économiques. Selon les périodes de l'histoire, les émotions qu'inspire la confrontation au droit des procédures collectives ont changé au gré des objectifs politiques et économiques poursuivis. Retracer la variation des émotions provoquées par l'échec que constitue un dépôt de bilan permet de rendre compte de l'évolution de ces objectifs.

Historiquement, l'échec commercial devait créer, chez le débiteur, une peur des sanctions subies par le failli. Au cours de la seconde moitié du XX^e siècle, le législateur s'est progressivement converti à l'objectif de sauvetage des entreprises. La procédure collective est ainsi devenue un outil de traitement des difficultés qui, pour être efficace, commandait de neutraliser la peur que pouvait engendrer l'ouverture d'une procédure de faillite à la suite d'un échec d'un débiteur honnête. Aujourd'hui, le droit des entreprises en difficulté va encore plus loin car, par certains aspects, la dédramatisation est telle que l'échec semble pouvoir désormais être associé à une émotion positive. Autrement dit, la confrontation à l'échec économique a d'abord suscité de la peur (I). Afin de sauver certaines entreprises, le droit a ensuite cherché à neutraliser cette peur (II). Avec le droit au rebond, le droit des entreprises en difficulté a poursuivi ce mouvement, y compris en cas de liquidation de l'activité. Il en résulte que, désormais, la confrontation à l'échec peut provoquer parfois, chez la personne qui le subit, une émotion positive (III).

I.- La peur

Le droit romain de la faillite témoigne de la peur que peut inspirer l'échec. Dans la procédure de *manus injectio*, lorsque le débiteur ne pouvait pas payer ses créanciers, ces derniers avaient le droit de le réduire en esclavage voire de le tuer afin de les désintéresser¹.

S'il s'agissait ici de solutions extrêmes et rares, les sanctions auxquelles s'exposait le débiteur devaient manifestement avoir pour effet de générer une peur de l'échec chez ce

¹ R. SZRAMEKIEWICZ et O. DESCAMPS, *Histoire du droit des affaires*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2019, n° 82, p. 71.

dernier. Plus tard, le droit est passé de l'exécution sur le débiteur à l'exécution sur ses biens. Demeurait la peur que suscitait l'infamie atteignant le débiteur qui ne payait pas ses dettes². L'idée s'est perpétuée au Moyen Âge où l'échec économique du débiteur entraînait sa banqueroute. L'étymologie du terme se référant au banc du commerçant rompu en cas de faillite signifiait son expulsion de l'assemblée des marchands. Du reste, la procédure comportait parfois son lot d'humiliations comme l'obligation de porter un bonnet vert de nature à ce que le débiteur ressente de la honte³.

La logique à l'œuvre ici ne fait à nouveau guère de doute. La peur suscitée par la faillite devait conduire le débiteur à respecter ses engagements et payer ses dettes. En revanche, avec l'Ordonnance de Colbert de 1673 et les lettres de répit que le roi pouvait donner émerge l'idée selon laquelle la raison économique commande parfois de sauver certains débiteurs⁴. Par ailleurs, la volonté d'adoucir le sort du failli malheureux a aussi commencé à s'affirmer dans l'Ancien droit⁵. L'adoption du Code de commerce de 1807 sera toutefois empreinte de la volonté de rétablir une grande sévérité à l'encontre des débiteurs faillis⁶.

Néanmoins, à trop vouloir produire de la peur, le droit des faillites manquait parfois son objectif et encourageait surtout les débiteurs à s'entendre avec leurs créanciers en mettant en œuvre, loin des tribunaux, des procédures amiables de liquidation⁷. À partir de la loi de 1838, le sort du débiteur va être radouci⁸. En effet, la peur causée par la faillite peut aussi pousser les débiteurs à retarder l'ouverture de la procédure, engendrant une aggravation contreproductive du passif.

L'histoire du droit moderne des faillites a ainsi été parcourue par cette recherche d'un savant dosage destiné à ce que la peur de l'échec assure le respect des engagements sans pour autant susciter des comportements de fuite en avant préjudiciables aux créanciers.

II.- La neutralisation de la peur

À la seconde moitié du XX^e siècle, la nécessité de distinguer le sort du débiteur de l'entreprise s'impose⁹. Il est vrai que le fait qu'un débiteur soit en échec et criblé de dettes

² *Ibid.*, n° 85, p. 73.

³ *Ibid.*, n° 457, p. 244.

⁴ *Ibid.*, n° 787, p. 395.

⁵ *Ibid.*, n° 487, p. 255.

⁶ *Ibid.*, n° 791, p. 397.

⁷ *Ibid.*, n° 793, p. 398.

⁸ *Ibid.*, n° 797, p. 401.

⁹ R. HOUIN, « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », in *Liber amicorum Baron Louis Frédéricq*, Faculteit der rechtsgeleerdheid te Gent, 1965, p. 609 ; A. BRUNET, « De la distinction de l'homme et de l'entreprise », in *Études dédiées à R. Roblot*, Paris, LGDJ, 1984, p. 471 ; J. PAILLUSSEAU, « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté », in *Études offertes à Roger Houin : problèmes d'actualité posés par*

ne signifie pas que son activité économique ne soit pas viable en tant que telle. En ce sens, la loi du 13 juillet 1967 et l'ordonnance du 23 septembre 1967 ont cherché à sauver l'entreprise indépendamment du sort réservé au débiteur. Afin d'atteindre pleinement cet objectif, le législateur a été amené à dédramatiser davantage l'ouverture d'une procédure collective.

En effet, le sauvetage de l'activité économique, alors même que le débiteur est en échec, n'est possible qu'à la condition que ce dernier sollicite suffisamment tôt l'ouverture de la procédure. Ainsi, la loi du 25 janvier 1985 a cherché à évacuer la peur engendrée par la faillite en repensant le régime des sanctions¹⁰. Se fait jour l'idée selon laquelle l'échec est désormais admis et ne doit plus susciter de peur dans la mesure où seuls les débiteurs malhonnêtes seront sanctionnés.

La peur n'est plus recherchée par le droit des procédures collectives. Cette neutralisation des émotions occasionnées par l'ouverture d'une procédure tend alors à faciliter un traitement économique objectif des difficultés¹¹.

Ce mouvement sera continué avec la loi du 26 juillet 2005 introduisant la procédure de sauvegarde en droit français. La recherche d'un traitement efficace des difficultés a donc conduit à créer une procédure volontaire de traitement des difficultés avant même la cessation des paiements. Cette procédure se distingue de celle du redressement judiciaire en ce que le débiteur ne craint plus d'être entièrement dessaisi de l'administration de l'entreprise¹² et ne risque pas davantage la cession totale de son entreprise¹³. Le législateur a ainsi cherché à dédramatiser encore davantage l'ouverture d'une procédure collective¹⁴. Par conséquent, c'est exempt de toute peur que le débiteur peut se présenter devant le tribunal pour solliciter l'ouverture d'une procédure.

À cette étape de la présentation, la place de la peur dans le droit des procédures collectives semble en net recul. Toutefois, la dédramatisation était destinée au sauvetage des entreprises encore viables de sorte que la liquidation judiciaire emportait toujours une forme de stigmatisation tenant à l'échec qu'elle sanctionnait. Il n'est plus certain que cela soit encore le cas aujourd'hui.

les entreprises, Paris, Dalloz, 1985, p. 109 ; P.-M. LE CORRE, « 1807-2007 : 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », *Gaz. Pal.*, 21 juill. 2007, p. 3.

¹⁰ R. BADINTER, « Les ambitions du législateur », in « Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises », *RTD com.*, 1986, n° spéc, p. 6.

¹¹ *Ibid.*

¹² C. com., art. L. 622-1.

¹³ C. com., art. L. 626-1.

¹⁴ P.-M. LE CORRE, « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises », *D.*, 2005, p. 2297 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises : continuité, rupture ou retour en arrière ? », *Dr. & patr. Mensuel*, 2005, p. 24.

III.- De la neutralisation de la peur à l'émotion positive

L'échec semble avoir aujourd'hui perdu son caractère infamant et l'ouverture d'une liquidation judiciaire, non seulement ne suscite plus la peur ou la honte, mais semble même parfois être associée à une émotion positive.

La neutralisation des émotions a ainsi été poursuivie par l'introduction en droit français, à la suite du droit européen lui-même inspiré pour partie du droit étatsunien, d'un droit au rebond¹⁵. Cela signifie qu'à la suite d'un échec conduisant à la liquidation judiciaire d'une entreprise, la situation du débiteur personne physique ou du dirigeant d'une personne morale de bonne foi doit être traitée rapidement afin de permettre la reprise d'une nouvelle activité.

La dédramatisation de l'échec s'étend alors aux liquidations judiciaires. Les débiteurs personnes physiques qui exercent une activité en leur nom propre bénéficient désormais de procédures de liquidations simplifiées qui permettent de mettre rapidement un terme à leur activité (liquidation judiciaire simplifiée¹⁶, rétablissement professionnel¹⁷). Ces procédures tendent du reste à se confondre avec celles de surendettement. Cette simplification de la liquidation des très petites entreprises contribue à relativiser l'échec des entrepreneurs individuels. Cette neutralisation de la peur de l'échec s'explique cette fois, peut-être, par le fait que, face à un chômage structurel élevé, les individus sont de plus en plus encouragés à développer leur propre activité, créant ainsi leur propre emploi. Soumis à un statut d'indépendants, ces personnes sont de fait en dépendance totale envers quelques partenaires économiques ou plateformes numériques infiniment plus puissants qu'elles. En contrepartie de l'absence de la protection du droit du travail, ces débiteurs ont-ils donc au moins la possibilité de bénéficier d'un traitement rapide en cas de difficultés économiques insurmontables.

La dédramatisation de la liquidation tend même, dans d'autres situations, à susciter ce qui s'apparente à une émotion positive. En effet, la liquidation d'une entreprise s'accompagne aujourd'hui d'un discours sur les vertus de l'échec qui semble, dans certains cas, aller jusqu'à associer cet échec à ce qui semble être une émotion joyeuse. Il est ici fait référence au discours tenu par les acteurs du monde des *start-up*. Dans ce secteur d'activité, l'échec est valorisé dans le processus de création d'entreprises à fort

¹⁵ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Le "rebond" du débiteur en liquidation : vrai ou faux départ ? », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot ; professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Paris, Dalloz-Litec, 2011, p. 579 ; P. ROUSSEL-GALLE, « Le rétablissement professionnel : de l'effacement des dettes au rebond », *Gaz. Pal.*, 8 avril 2014, n° 174c5.

¹⁶ C. com., art. L. 644-1 et s.

¹⁷ C. com., art. L. 645-1 et s.

potentiel de développement et apparaît comme une étape d'apprentissage¹⁸. Toutefois, il faut aussi souligner que le modèle économique des *start-up* repose sur le calcul selon lequel les investisseurs peuvent parier sur plusieurs entreprises en développement, quand bien même seule une faible minorité survivra, car la valorisation de ces dernières suffira à rentabiliser les investissements. Un tel modèle économique n'est possible qu'à la condition que les entrepreneurs, qui dirigent une société dont la viabilité est par essence incertaine, ne soient pas freinés par la crainte des conséquences de l'échec. Le resserrement des fautes de nature à engager la responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif semble faire écho à cette idée¹⁹. Le modèle économique des *start-up* explique alors peut-être pourquoi, chez certaines personnes, le récit de l'échec peut en définitive sembler prendre sa place dans un discours joyeux ou, à tout le moins, positif.

¹⁸ V. par ex. B. GOLDEN, « Osciller entre succès et échec : la trajectoire d'une start-up innovante », *Le journal de l'école de Paris du management*, 2013/5, n° 103, p. 37 ; Y. ROBERT, *Comment j'ai planté ma startup : Plus de 100 leçons entrepreneuriales et plus de 100 solutions*, Paris, Nos conseils atypiques, 2016.

¹⁹ L'article 146 de la 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 a ainsi exclu la responsabilité du dirigeant en cas de simple négligence.

Quelle place pour les émotions dans l'activité de travail, le droit social et le contentieux social ?

Pierre-Yves VERKINDT

Professeur émérite de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Selon le philosophe et économiste F. Lordon¹, les sciences sociales ont amorcé, après les tournants linguistique, structuraliste, herméneutique ou pragmatique, un nouveau virage qualifié cette fois d'émotionnel². Ce tournant est sans doute à mettre en lien avec un fait qu'E. Illouz décrit comme le passage des « sentiments du royaume de la vie intérieure pour les mettre au centre du moi et de la sociabilité sous la forme d'un modèle culturel dominant : le modèle de la communication »³. Le monde du travail n'échappe pas au phénomène ce qui « encourage à laisser entrer les émotions à l'intérieur des théories sociologiques du travail »⁴. Pour A. Jeantet, l'analyse du travail et la clinique du travail offrent de la pénétration de l'*affective turn* dans le travail, une illustration aussi pertinente qu'« heuristique »⁵. L'attention portée aux émotions, dans leurs dimensions négative et positive, conduit, selon elle, à « renouveler nos façons de penser trois modalités du rapport au travail »⁶. En premier lieu, elle nous aide à mieux comprendre ce que le travail nous fait (par exemple ce qu'il mobilise en nous), en deuxième lieu, elle nous permet d'« affiner l'analyse des processus collectifs et des normes, des hiérarchies et des rapports de domination »⁷. En troisième lieu, elle nous conduit à prendre en compte les valeurs et les catégories qui structurent notre vision du monde et pas seulement celle du monde du travail. Cet état de fait contemporain est le produit d'une histoire sur laquelle il faut nécessairement s'arrêter un moment. Cette précaution méthodologique est d'importance pour ne pas sombrer dans une lecture trop essentialiste du travail.

Le travail industriel tel qu'il se diffuse en Europe à partir des années 1830 et surtout dans la période qui couvre la seconde moitié du XIX^e siècle et la première moitié du XX^e a longtemps été perçu comme la terre d'élection de logiques instrumentales et

¹ F. LORDON, *La société des affects*, Paris, Seuil, 2013.

² La question de l'attention portée par les sciences sociales aux émotions doit cependant être distinguée de la place reconnue aux émotions dans un système économique et idéologique donné. Comme le relève Eva Illouz, la formation du capitalisme s'est ainsi accompagnée « d'une culture des sentiments » (E. ILLOUZ, *Les sentiments du capitalisme*, Paris, Seuil 2006, p. 17 ; *adde* sous la direction d'E. ILLOUZ, *Les marchandises émotionnelles*, Paris, Premier parallèle, 2019).

³ E. ILLOUZ, *Les sentiments...*, *op. cit.*, p. 72.

⁴ A. JEANTET, *Les émotions au travail*, Paris, CNRS éditions, 2018. L'auteure se réfère dès le préambule de son ouvrage à E. Illouz ; A. JEANTET, « Quels statuts des émotions dans le travail ? », in A. CKIER (dir.), *Travail vivant et théorie critique*, Paris, PUF, 2017, p. 85.

⁵ A. JEANTET, *Les émotions au travail*, *ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

rationnelles. L'étude du travail est alors avant tout une affaire d'ingénieurs. Taylor pour le monde industriel, Fayol pour le monde administratif représentent les figures archétypales d'une conception du travail modelée par des procédures rationalisées à l'extrême, détachées de toute subjectivité, celle-ci n'étant vue que comme le grain de sable susceptible d'enrayer le fonctionnement de la machine. Cette dernière donne le tempo à l'activité de l'homme au travail. Malgré cette volonté de ne laisser aucune place à l'expression de la subjectivité ou de l'émotion, celles-ci reviennent toujours simplement parce que l'homme au travail reste un être humain. Ce qu'il est, ce qu'il sent, ce qu'il pense trouvent à s'infiltrer dans les interstices des procédures les plus rationalisées que l'on puisse imaginer. Ce que montre à l'envi dans les années trente, *Les Temps modernes* de Chaplin⁸ ou ce que décrit S. Weil dans son *Journal d'usine* qui relate et analyse son expérience ouvrière de 1934⁹. C'est à la même époque qu'émerge aux États-Unis l'École de Relations Humaines de Mayo, Lewin et Maslow¹⁰, qui cherche à réhabiliter, contre les dérives du taylorisme, la dimension subjective (et donc émotionnelle) des rapports de travail¹¹. L'emblématique expérience de la *Western Electric Company* montre alors qu'au-delà de l'amélioration des conditions matérielles d'exécution du travail, le fait que l'observateur s'intéresse aux conditions de travail engendre une amélioration de la productivité des travailleurs et dans le cas présent des travailleuses. C'est encore au cours de la même période que le russe Vigotski développe sa théorie sur les rapports de la pensée et du langage. Ses thèses, quoiqu'éloignées de la question du travail, vont exercer une forte influence sur certains auteurs contemporains du champ de la clinique du travail et de l'activité. Y. Clot est de ceux-là¹².

Il faut ensuite attendre les années quatre-vingt pour voir poser les bases de la psychopathologie du travail avec C. Dejours¹³ et déplacer le regard vers le travailleur dans toutes les composantes de sa personnalité. La réinscription de la question des émotions dans l'analyse du travail sera le fait de psychologues du travail, de sociologues mais aussi de philosophes. Tels E. Renaut s'inscrivant dans les perspectives ouvertes par A. Honneth sur la Reconnaissance, A. Cukier ou F. Fischbach dans une approche marxiste rénovée.

Ce contexte théorique rencontre la montée en puissance de l'impératif de protection de la santé physique et mentale des travailleurs et l'irruption des problématiques de

⁸ *Les Temps modernes*, de et avec Charles Chaplin (1936).

⁹ S WEIL, *La condition ouvrière*, Paris, Gallimard, 2002, coll. « Folio essais » (l'ouvrage est publié pour la première fois chez Gallimard en 1951 dans une collection dirigée par Camus) ; A. SUPLOT, « Simone Weil, juriste du travail », *Cahiers S. Weil*, 2010 ; P.-Y. VERKINDT, « L'épreuve du réel. Variation autour de *La condition ouvrière* de Simone Weil », in *Mélanges en l'honneur de J. Mestre*, Paris, LGDJ, 2019, p. 897.

¹⁰ Pour ne citer les protagonistes les plus connus.

¹¹ Parmi de très nombreuses références, v. E. ILLOUZ, *Les sentiments du capitalisme*, *op. cit.*, p. 31 et s.

¹² Y. CLOT, *Travail et pouvoir d'agir*, Paris, PUF, 2008, p. 50.

¹³ C. DEJOURS, *Travail, usure mentale. Essai de psychopathologie du travail* [1980], Paris, Bayard, nouvelle édition 2000 ; *Travail vivant*, Paris, Payot (deux volumes), 2009.

souffrance au travail¹⁴, via la prise de conscience des phénomènes de harcèlement et de suicide au travail.

C'est en ce point que s'opère la jonction entre l'analyse du travail et le droit social. Sans doute convient-il de ne pas trop exagérer le particularisme de ce dernier dans ses rapports avec l'émotion mais certaines caractéristiques de la discipline conduisent malgré tout à poser l'hypothèse de sa perméabilité particulière aux affects. Il est d'abord un ensemble de normes de protection de la partie faible au contrat qui sert de base juridique au travail. Le droit social est encore un droit organisateur de la subordination consubstantielle à la relation de travail et ne peut donc être pensé en dehors de l'asymétrie fondamentale d'information et de pouvoir qui caractérise le rapport entre l'employeur et le salarié. De plus, la diversité de ses sources alliant les sources hétéronomes étatiques et autonomes parce que produites par les acteurs des mondes du travail, ouvre des espaces permettant la pénétration des émotions individuelles et collectives. Cette particulière porosité du droit social aux émotions peut être constatée à la fois dans les rapports de travail abordés dans leur dimension individuelle et dans leur dimension collective, et à la fois dans les pratiques du juge.

I.- La place des émotions dans l'organisation juridique des relations de travail

Le travail, qu'on le voit comme l'étymologie le suggère comme une souffrance ou au moins comme une contrainte pesant sur l'individu, qu'on l'analyse comme le comblement de la distance entre un réel qui résiste et l'activité humaine comme le présente parfois la psychopathologie du travail ou qu'on le considère comme la source de l'estime de soi dans le processus de la reconnaissance¹⁵ ne peut se concevoir comme une simple marchandise à échanger sur un marché¹⁶. L'engagement de la personne humaine dans sa complétude, corps et esprit mêlés, dans l'action de travail introduit un fort élément de subjectivité dans la relation de travail elle-même. Les émotions traversent de part en part le travail et l'organisation *lato sensu* du travail¹⁷. Plusieurs questions viennent alors immédiatement à l'esprit. Si les émotions ont une place dans la « boîte noire » du travail, les règles de droit qui s'appliquent au travail et au(x) travailleur(s) sont-elles, elles aussi, perméables à ces émotions ? Et l'étude du droit du travail requiert-elle de la même manière la prise en considération des émotions ? La première question est du ressort de la dogmatique juridique. La seconde s'apparente plus à une épistémologie en ce qu'elle conduit le juriste à s'interroger sur les périmètres de son objet d'investigation mais aussi sur sa propre implication émotionnelle dans le choix de son objet et dans la manière de l'aborder.

¹⁴ A. JEANTET, *op. cit.*, p. 8.

¹⁵ A. HONNETH, *La lutte pour la reconnaissance* [1992], Paris, Cerf, 2010.

¹⁶ A. SUPLOT, *Le travail n'est pas une marchandise*, Paris, Collège de France, 2019.

¹⁷ A. JEANTET, « Quels statuts des émotions dans le travail », in *Travail vivant et théorie critique*, Paris, PUF, 2017, « Souffrances et théorie », p. 86.

Si l'on considère la relation que l'individu entretient avec *le* travail¹⁸ ou *son* travail¹⁹, les relations interindividuelles dans lesquelles s'insère son activité ou encore les relations collectives de travail qui naissent de son appartenance à un métier²⁰, à une catégorie²¹ ou à un ou plusieurs groupes sociaux²², il n'est pas difficile de se convaincre de la présence tantôt explicite tantôt implicite des affects à tous les stades de ces relations. L'envoi d'une lettre de licenciement, l'accident qui survient au travail, et, pour le salarié, l'entretien préalable à une rupture, la soumission aux directives du chef d'atelier ou de service, ou de l'employeur, la négociation individuelle d'une augmentation de salaire sont autant d'actes qui engagent peu ou prou affectivement leur auteur. La réception d'informations sur une restructuration envisagée, un conflit collectif sont tout autant générateurs d'émotions. C'est déjà prendre conscience que l'irruption de l'émotion affecte les relations individuelles autant que les relations qualifiées de collectives.

Le quotidien du travail sollicite le corps et la subjectivité, il est imprégné d'imprévisibilité²³, elle-même génératrice d'émotions. Tout autre est la question de la place des émotions dans les *normes* du travail et dans le processus de leur application.

A.- Le contrat de travail au prisme des affects

La subordination inhérente au contrat de travail, à la fois cause de sa qualification juridique et conséquence de sa conclusion impose d'intégrer dans tout rapprochement du travail et des émotions la question du pouvoir et de sa justification. Par ailleurs, l'asymétrie de pouvoir consubstantielle au contrat de travail entraîne une asymétrie émotionnelle que renforce le fait que si le salarié est nécessairement une personne physique, l'employeur est souvent une personne morale dont on a vu qu'elle n'était guère accessible à l'émotion²⁴. Au surplus, un autre phénomène, particulièrement important en droit social, vient durcir l'asymétrie. On connaît en effet l'importance des seuils d'effectifs dans la mise en œuvre des normes de droit social. Or, la taille de l'entreprise n'a pas seulement une portée sur les droits individuels et collectifs des travailleurs, elle

¹⁸ On pense ici aux représentations du travail qui sont les siennes mais qui se sont construites dans les interactions sociales qui ont été les siennes depuis l'enfance.

¹⁹ C'est l'épreuve du réel et la résistance qu'il oppose à l'action de l'homme qui fait le travail. Comme l'écrit C. DEJOURS, « Travailler, c'est combler l'écart entre le prescrit et l'effectif », *L'évaluation du travail à l'épreuve du réel*, INRA éd., 2003, p. 14.

²⁰ « Le métier évoque tout à la fois une qualité attachée à une personne (la maîtrise d'un art), l'inscription dans une filiation dépassant l'individu et l'inscrivant dans un collectif d'appartenance (transmission et évaluation professionnelle) mais aussi un ensemble de règles régissant les relations entre les membres du métier et avec son environnement » (F. OSTY, *Dictionnaire du travail*, Paris, PUF, 2012, v^o « Métier »).

²¹ Par exemple celle de « cadre », v. L. BOLTANSKI, *Les cadres. La formation d'un groupe social*, Paris, éd. de Minuit, 1982.

²² Syndicats, associations, club sportif (on se souviendra ici que certains clubs sportifs ont pour origine l'appartenance à une entreprise : Michelin à Clermont Ferrand, Peugeot à Sochaux etc.) ou tout autre cercle d'amis.

²³ A. JEANTET, *Les émotions au travail*, loc. cit.

²⁴ B. DONDERO, dans la communication qu'il a présentée dans le cadre du séminaire « Droit et émotion ».

influence aussi l'intensité des émotions ressenties notamment par l'employeur. Il n'est guère difficile d'imaginer que le chef d'une très petite entreprise (TPE) ne comportant que quelques salariés est plus sensible à un événement qui sollicite sa subjectivité, que le chef d'une grande entreprise dont les affects sont protégés par la distance avec le travail réel, par l'écran de la personne morale et la sophistication des procédures et des *process* de décision.

Les affects peuvent surtout intervenir à toutes les étapes de la vie du contrat de travail. Au stade de l'embauche, les situations sont d'une grande diversité. Il est permis de penser que les particularités du métier du salarié, l'objet de l'entreprise et sa culture exerceront une influence sur l'intensité de l'émotion au cœur de la décision d'embauche. Il suffit pour s'en convaincre de penser aux entreprises dites de tendance²⁵ ou à celles opérant dans certains secteurs d'activité dont l'objet est précisément la production d'émotions (secteurs du spectacle, industries culturelles, etc.). Hors ces cas particuliers, il faut cependant reconnaître que les tensions sur l'emploi et le maintien du chômage à un haut niveau auraient plutôt tendance à effacer la place de l'émotion dans l'embauche.

Au stade de l'exécution du contrat et selon l'objet de la prestation de travail, les affects vont réapparaître comme on l'a vu *supra* de façon relativement imprévisible. Certaines normes relatives à l'exécution du contrat intègrent le paramètre émotionnel. Le premier exemple et peut-être le plus immédiatement perceptible est celui du harcèlement, des risques psychosociaux et de la souffrance au travail. Le second exemple est celui du droit du salarié de se retirer d'une situation qu'il perçoit comme dangereuse pour lui.

S'agissant du premier et sans entrer dans le détail de son régime juridique, le harcèlement moral est le fait pour un salarié de subir des « *agissements répétés [...] qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* »²⁶. Le harcèlement sexuel est défini à l'article L 1153-1 du Code du travail et peut s'exprimer de deux manières. Il pourra s'agir soit de propos ou comportements à connotation sexuelle répétés qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante, soit de toute forme de pression grave, même non répétée, exercée dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers.

²⁵ L'entreprise est dite de tendance moins en considération de son objet (qui peut être commercial ou à but non lucratif) qu'en fonction des orientations doctrinales qui guident son action. Ces orientations peuvent être philosophiques, religieuses, politiques ou encore syndicales.

²⁶ C. trav., art. L 1152-1.

Les harcèlements sont donc à la fois une atteinte à la dignité de la personne et une atteinte à sa santé. Les comportements incriminés sont dotés d'une forte charge émotionnelle atteignant la victime dans ce qu'elle a de plus intime. Par ailleurs, sans aller jusqu'à des faits de harcèlement caractérisés, certaines organisations du travail et certains modes de management ont pour objectif ou pour effet de jouer sur les ressorts de l'émotion pour renforcer la domination juridique (le pouvoir de donner des ordres, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner la violation) par une pénétration au plus profond de la subjectivité de la personne. Ce harcèlement managérial, générateur de risques psychosociaux et de souffrance au travail retient désormais l'attention. Que l'employeur soit personnellement l'auteur des actes de harcèlement, qu'il en soit le facilitateur par ses choix organisationnels ou qu'il les ait tolérés en ne sanctionnant pas l'auteur, il y a là selon la jurisprudence une violation de son obligation de sécurité²⁷.

S'agissant du droit de retrait du salarié placé dans une situation de travail dont il a « un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie »²⁸, la jurisprudence reste assez peu développée²⁹ mais fait preuve d'un réel pragmatisme permettant de donner à cette faculté du salarié son plein effet. C'est ainsi que la référence au « motif raisonnable » laisse au salarié la possibilité d'établir que *pour lui* en considération par exemple de son propre état de santé, le sentiment que se maintenir au poste engendrait des risques importants peut être suffisant indépendamment de l'objectivité du danger. De même, l'absence de confiance dans les mesures de prévention prises par l'employeur est de nature à intensifier la perception du danger par le salarié. Les circonstances de fait seront ici déterminantes pour le juge et sans pour autant admettre une appréciation totalement subjective, l'émotion ressentie par le salarié fait partie des éléments dont le juge tiendra compte dans son appréciation de la légitimité du retrait.

Les règles et leurs applications relatives à la rupture du contrat offrent, dans leur rapport à l'émotion, une image moins homogène qui oscille entre flux et reflux. L'abandon de la perte de confiance comme motif de rupture du contrat tout comme la réticence du juge à admettre la mésentente entre salariés comme cause réelle et sérieuse de licenciement traduisent une mise à distance de l'émotion dans l'appréciation de la légitimité de la rupture. En revanche, la jurisprudence qui admet la requalification d'une démission donnée sous l'emprise de la peur, du stress ou même d'une dépression³⁰, en licenciement, tout comme l'invalidation d'une rupture conventionnelle acceptée sous contrainte³¹, laissent une place au paramètre émotionnel dans le champ de la rupture du

²⁷ Sur l'emblématique procès France Télécom, v. Sem soc Lamy, 2020, n° 1895.

²⁸ C. trav. art. L 4131-1.

²⁹ P.-Y. VERKINDT, « Controverse : quels usages du droit de retrait ? », *Revue de droit du travail*, 2020, 721.

³⁰ Pour un exemple topique d'une démission donnée dans un état de stress et de fatigue provoqués par le comportement de l'employeur et requalifiée pour ces raisons en licenciement, Cass. soc., 23 janv. 2019, n° 17-26794.

³¹ Cass. soc., 6 janv. 2021, n° 19-18549.

contrat. Sur ces différents points, le renvoi de l'appréciation du caractère réel et sérieux de la rupture au pouvoir souverain du juge du fond permet de considérer que non seulement les circonstances émotionnelles de la rupture sont prises en compte mais qu'au surplus la nécessaire recherche d'objectivité du juge n'exclut nullement l'intégration de paramètres émotionnels dans la qualification juridique de la rupture ou dans l'appréciation de l'indemnisation³².

B.- La puissance des émotions dans les relations collectives de travail

Comme toute personne, le travailleur s'inscrit dans un tissu de relations parmi lesquelles celles qui s'instaurent dans le milieu de travail. Cette inscription dans des collectifs de travail ou une collectivité de travail conduit à relever qu'en lien avec un droit individuel du travail arbuté sur le contrat, s'est constitué un droit des relations collectives. Traditionnellement ce dernier rassemble les règles relatives à la représentation du personnel, celles organisant la place et l'action des organisations syndicales, celles applicables à la négociation collective et à la convention collective et enfin l'organisation juridique du fait social que constituent les conflits collectifs du travail. Même si l'on ne peut exclure que la mise en place et le fonctionnement du comité social et économique d'une part, ou que l'action syndicale dans et hors de l'entreprise d'autre part puissent être imprégnées d'émotions³³, on s'arrêtera ici sur deux situations où les affects sont susceptibles d'exercer une influence déterminante sur la mise en œuvre du droit en cause. La première est celle du conflit collectif, la seconde concerne la négociation collective³⁴.

On sait depuis G. Le Bon que l'éclosion des émotions collectives est tout autre chose que la somme des émotions individuelles³⁵ avec lesquelles elles cohabitent. Les exemples abondent en littérature de la description de ces phénomènes où l'on voit des individus poser des actes dont ils s'abstiendraient (et condamneraient même) s'ils étaient dans un colloque singulier avec la victime de leurs actes³⁶. Pour s'en tenir ici aux seuls aspects juridiques du *fait* de grève, il faut rappeler que le régime de la grève ne se déclenche qu'à trois conditions. La première est que l'événement soit caractérisé par une cessation du travail peu importante sa durée. La deuxième est que cette cessation doit être collective, cette exigence n'étant écartée que si l'entreprise ne comporte qu'un seul salarié ou que

³² Ce qui est considéré parfois comme la source d'une insécurité juridique qu'il faudrait conjurer par l'instauration d'un barème. Sur ce point, v. *infra*.

³³ Difficile d'imaginer par exemple que les élections professionnelles qui conduisent à la mise en place du comité social et économique soient commandées par une sorte de rationalité exclusive de tout sentiment ou ressentiment. Impossible de considérer que l'adhésion à un syndicat soit le pur produit d'un calcul dénué de toute sensibilité.

³⁴ M. DESLOOVERE met en valeur dans sa contribution sur la négociation collective en matière de télétravail ce que l'émotion provoquée par le contexte pandémique a engendré dans le recours au télétravail (jusqu'à peu développé en France) et dans le choix des modalités de sa mise en place, v. *infra* M. DESLOOVERE, *L'impact des émotions liées à la pandémie sur le traitement du télétravail*.

³⁵ G. LE BON, *Psychologie des foules* [1895], Paris, PUF, 2013, coll. « Quadrige ».

³⁶ Que l'on se souvienne ici de certaines scènes du *Germinal* de ZOLA.

si le salarié, seul gréviste de l'entreprise répond à un mot d'ordre de grève plus étendu. Enfin, il n'y a « grève » qu'en présence de revendications professionnelles, la jurisprudence n'exigeant pas que ces revendications aient été préalablement refusées par l'employeur. Il suffit qu'il ait été mis en situation de les connaître. Il y a dans tout mouvement de grève une dimension émotionnelle. Parfois, c'est le mouvement lui-même qui l'engendre par la fusion du collectif qu'il engage. Nous avons tous l'image de ces grèves avec occupation des locaux ou celle plus ancienne et festive des grandes grèves de 1936. Parfois, l'émotion est à l'origine du mouvement lui-même : ainsi à l'occasion de l'annonce d'une délocalisation des activités, de la fermeture de l'entreprise ou de plans de licenciement. L'étincelle procède d'une émotion et la poursuite du mouvement alimente une dynamique émotionnelle que la satisfaction des revendications, la fatigue et l'usure des grévistes pourra ralentir jusqu'à l'éteindre. Deux types de grève manifestent un rapport encore plus net avec la question de l'émotion ou des affects. Le premier est celui de la grève « réactionnelle », le second est celui de la grève de « solidarité ». La première naît comme l'indique l'adjectif d'une émotion collective frappant une collectivité de travail à l'occasion d'un événement qui la touche ou touche violemment un de ses membres. La seconde est une variété de la première en ce que le groupe réagit à une situation qu'il considère comme résultant d'une injustice produite par le comportement de l'employeur ou de tout autre autorité décisionnaire. Dans les deux cas, le lien avec les « revendications professionnelles » peut apparaître comme particulièrement distendu mais la jurisprudence accepte assez facilement de se contenter d'un lien faible. C'est ainsi qu'elle légitimera la grève résultant d'une menace de licenciement d'un délégué syndical³⁷, ou celle provoquée par la menace de sanction contre les salariés grévistes lors d'un précédent mouvement³⁸. De même, bien que la frontière avec l'exercice du droit de retrait soit parfois délicate à tracer, la grève d'une catégorie de travailleurs suite à l'agression dont a été victime l'un des leurs est-elle considérée comme légitime.

La question de la place des émotions dans l'organisation juridique des relations de travail appartient pleinement à la dogmatique juridique. Celle des raisons qui poussent un scientifique à s'intéresser au droit social est tout autre. La question est peu étudiée en tant que telle et mériterait sans doute d'autres investigations, qu'il n'est pas possible d'engager ici. Au moins peut-on avancer de façon nécessairement sommaire, une intention, une idée et une interrogation. L'intuition est qu'on ne vient vraisemblablement pas au droit social par hasard. L'idée est que le travail d'analyse du droit légiféré et de la jurisprudence n'est pas seulement l'affaire des universitaires ou des « gens de justice » (avocats ou magistrats). Il laisse une place non négligeable à la pensée syndicale sur le droit social. Celle-ci une longue histoire³⁹, s'appuie sur des publications et des revues, certaines très anciennes⁴⁰ et a su concevoir des modèles théoriques servant

³⁷ Cass. soc., 5 janv. 2011, n° 10-10685.

³⁸ Cass. soc., 7 juill. 2014, n° 13-12562.

³⁹ P. BANCE, *Les fondateurs de la CGT à l'épreuve du droit*, Claix, La pensée sauvage, 1978.

⁴⁰ Ainsi de la revue *Le droit ouvrier* (CGT) fondée en 1920.

de base aux stratégies judiciaires de l'organisation⁴¹. L'interrogation proprement épistémologique porte alors sur la simple possibilité d'une neutralité axiologique dans la façon d'aborder la discipline.

Reste que le rôle central joué par la jurisprudence dans la construction du droit social conduit nécessairement à interroger la place des émotions dans le contentieux social.

II.- La place des émotions dans le contentieux social

Le droit du travail et le droit social qui l'englobe, ont longtemps été perçus et présentés comme l'expression la plus nette de l'intervention de l'État dans le social, voire comme l'archétype de la réglementation issue d'un État interventionniste. Cette lecture n'est pas fautive, mais elle a pour effet d'édulcorer le rôle joué par les rapports de force entre les groupes sociaux ainsi que leur inventivité dans la construction normative. Pour ne prendre qu'un exemple, les chambres syndicales et autres regroupements de solidarité se sont constitués alors même que le Code pénal de 1810 les interdisait sous peine de sanctions pénales, et bien avant leur « légalisation » résultant de la loi du 21 mars 1884. Illustration de la révolte des faits contre le Code pour reprendre le titre de l'ouvrage éponyme de Morin⁴².

Cette présentation d'un droit social, pur produit de l'État social, que l'on pourrait qualifier de « réglementariste », a encore pour effet d'occulter le rôle du juge. Celui-ci, parallèlement à la promotion de la jurisprudence comme source du droit, assure en effet le passage de la question sociale dans le système juridique, au moins autant que ne le ferait le législateur⁴³. Il est, par fonction, placé au point de contact de la réalité sociale qui constitue l'assise du litige qu'il doit trancher et d'une norme juridique qui s'impose à lui.

C'est dans les interstices de cette confrontation nécessaire que se glissent les émotions de l'homme-juge, dont on peut légitimement penser qu'elles ont été et demeurent à l'origine d'inflexions jurisprudentielles quand ce n'est pas de pure forme elles ne sont pas à la source de créations purement prétoriennes.

⁴¹ Ainsi du modèle du « Conflit des logiques » défendu par la CFDT dans les années soixante-dix. Sur cette doctrine juridique syndicale, v. J.-C. JAVILLIER, *Droit du travail*, Paris, LGDJ, 1981, n° 14.

⁴² G. MORIN, *La révolte des faits contre le Code*, Paris, Grasset, 1920.

⁴³ Ainsi de l'apparition et des usages de la notion d'abus de droit (P. ANCEL, CL. DIDRY, « L'abus de droit : une notion sans histoire ? », in *L'abus de droit. Comparaisons franco-suisses*, Saint-Étienne, Presses Universitaires Saint-Étienne, 2001, p. 51) ou des transformations du droit de la responsabilité (S. CARVAL, *La construction de la responsabilité civile*, Paris, PUF, 2001 ; F. EWALD, *L'État-providence*, Paris, Grasset, 1986) ...

Conscience prise du fait que les affects sont en lien avec le contexte culturel dans lequel ils se déploient⁴⁴, il nous semble dès lors possible de poser l'hypothèse que l'émotion du juge et en arrière-fond l'émotion suscitée dans la collectivité par le fait social en cause est à l'origine de dynamiques jurisprudentielles. Cette capacité du juge à créer « du droit » pour répondre à la réalité sociale et culturelle a alimenté nombre de controverses autant politiques que doctrinales. Dans leurs versions les plus anciennes, ces disputes se sont construites autour du spectre du « gouvernement des juges » selon l'expression de Lambert⁴⁵. Elles n'ont pas totalement disparu mais les craintes s'expriment aujourd'hui dans un discours plus technique en apparence, sur les effets dissolvants de l'insécurité juridique. Le changement de vocabulaire ne saurait cependant faire illusion. La question de la place du juge dans le règlement des conflits individuels et collectifs du travail demeure une question fondamentalement politique. Il suffit pour s'en convaincre de la prolonger en s'interrogeant sur l'attributaire des effets de la sécurité revendiquée. Parle-t-on de la sécurité (juridique) du salarié ou de celle de l'employeur ?

La jurisprudence (en tant que collationnement des décisions des juges) serait, selon ses critiques, disqualifiée comme source de droit en raison de l'imprévisibilité qui la caractériserait. De là à imaginer que cette imprévisibilité résulterait de la sollicitation par le juge de ses affects face à la situation juridique à trancher, il n'y a qu'un pas. L'idée que l'émotion du juge serait génératrice d'aléa pour les plaideurs et avant cela d'incertitude pour les acteurs juridiques, a dans certains cas conduit le législateur à écarter le juge de la production de normes ou à limiter sa marge de manœuvre spécialement dans l'allocation de dommages-intérêts. Il est clair que si le juge ne devait être que la bouche de la loi, ce dont semble-t-il certains rêvent encore, alors la question de ses émotions n'aurait aucun intérêt. Pourtant, l'histoire du droit social montre que des évolutions normatives significatives ont été produites par une dynamique jurisprudentielle elle-même portée par une sensibilité émotionnelle du juge à certaines questions.

A.- Les émotions du juge au principe d'évolutions jurisprudentielles en droit social

Lorsqu'en 2002, le juge français en charge de la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles⁴⁶ « redécouvre » dans le contrat de travail une obligation de sécurité de résultat, il le fait parce qu'il est confronté au « scandale de l'amiante ». C'est-à-dire à des salariés gravement malades ou à des ayants droit de salariés décédés pour avoir été exposés à l'inhalation de fibres d'amiante, alors même

⁴⁴ Pour ne prendre qu'un exemple, on imagine sans peine combien le droit de la responsabilité peut être perméable.

⁴⁵ E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges* [1921], Paris, réédit. Dalloz, 2015.

⁴⁶ C'est alors la Chambre sociale de la Cour de cassation. Ce contentieux a été transféré depuis lors à la deuxième Chambre civile.

que la nocivité du matériau était établie depuis la fin du XIX^e siècle⁴⁷. Il est difficile d'imaginer que le juge du fond d'abord et le juge de cassation ensuite, aient pu être insensibles à cette situation plaçant le salarié face à la détresse respiratoire et à un risque de mort en raison de la négation du risque par l'employeur et de la pression exercée par le secteur économique de la transformation de l'amiante. La Cour de cassation, afin d'assurer une plus complète réparation de la pathologie professionnelle, modifie alors, en mobilisant la référence à une obligation contractuelle de sécurité de résultat, sa définition de la faute inexcusable. Elle le fait par une salve d'arrêts du même jour (certains de rejet, d'autres de cassation) qui retiennent l'idée selon laquelle la conclusion du contrat de travail emporte pour l'employeur une obligation de sécurité de résultat dont la violation présente le caractère d'une faute inexcusable⁴⁸.

L'option ainsi prise par la Cour de cassation n'est nouvelle qu'en apparence. Elle s'inscrit dans une longue tradition qui voit le juge dégager des solutions qu'il veut en accord d'un point de vue rationnel avec la fonction protectrice de la discipline, et d'un point de vue émotionnel avec la philosophie sociale qui s'en dégage. L'histoire et le droit contemporain nous en offrent de nombreux exemples. L'un des plus significatifs dans l'histoire est sans doute la façon dont s'est construite la loi du 9 avril 1898 sur la réparation des accidents du travail. Confrontées à l'impossibilité du travailleur victime d'un accident d'établir la faute de l'employeur pour obtenir réparation de son préjudice, l'accident étant en quelque sorte anonymisé par l'effet du machinisme, les plus hautes juridictions françaises ont dû faire preuve d'inventivité pour lire les textes fondant la responsabilité, à la lumière des circonstances nouvelles nées de la révolution industrielle. On ne reviendra pas ici sur l'histoire de cette jurisprudence à laquelle de nombreux travaux ont été consacrés⁴⁹ sauf pour relever sur ces questions, l'interaction du juge et de la doctrine⁵⁰ et noter l'émergence d'une sensibilité des juges à la question

⁴⁷ S. FOULON, F. CHAMPEAUX, *Dernier recours*, Paris, Seuil, 2012 ; parmi de nombreuses références, M. KEIM-BAGOT, *De l'accident du travail à la maladie professionnelle*, Paris, Dalloz, 2015, n° 221 et s.

⁴⁸ Vingt-neuf arrêts sont rendus le 28 février 2002 par la Cour de cassation (ainsi pourvoi n° 00-11 793 : « Mais attendu qu'en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées par ce salarié du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise ; que le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, au sens de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver ». Dans son dernier état, la Chambre sociale a abandonné l'expression « obligation de sécurité de résultat » au profit de celle d'« obligation de sécurité », autre façon de nommer l'obligation générale de prévention pesant sur tout employeur en application des articles L 4121-1 et L 4121-2 du Code du travail. Jusqu'en 2020, la deuxième Chambre civile avait maintenu la référence au fondement contractuel. Elle a désormais aligné sa formulation sur celle de la Chambre sociale.

⁴⁹ F. EWALD, *L'État-providence*, Paris, Grasset, 1988 ; S. CARVAL, *La construction de la responsabilité civile*, Paris, PUF, 2001 ; pour une présentation synthétique de la jurisprudence installant la théorie du risque dans le paysage juridique, v. D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, 2007, p. 829.

⁵⁰ Les noms de Saleilles, de Sainctelette, de Lyon Caen s'imposent ici.

sociale que confirmeront, en droit social, les grandes évolutions jurisprudentielles ultérieures⁵¹.

D'autres exemples, plus récents, illustrent la créativité jurisprudentielle en matière sociale. On a déjà évoqué l'évolution de la notion de faute inexcusable en matière de maladie professionnelle et la redécouverte de l'obligation de sécurité pesant sur l'employeur. La qualification en accident du travail du suicide du salarié (alors même qu'il est intervenu en dehors de l'entreprise) dès l'instant où un lien, même faible, est établi avec le travail, participe de la même démarche⁵², autant que la protection particulière du lanceur d'alerte⁵³. La liste s'allonge des situations dans lesquelles le juge social a su déployer son pouvoir créateur. Mais c'est sans doute dans le domaine des indemnisations (licenciements sans cause réelle et sérieuse, violation de l'obligation de sécurité, utilisation illégitime du pouvoir disciplinaire...) que, sur la base de son pouvoir souverain d'appréciation, il peut manifester son attention à la situation des salariés.

Il n'en demeure pas moins qu'en laissant au juge une réelle marge de manœuvre dans la qualification d'un fait (tel que la grève), la requalification d'un acte juridique (telle une démission requalifiée en licenciement...) ou encore dans le niveau de l'indemnisation, le système juridique s'accorde une certaine souplesse pour appréhender le réel. Mais si la souplesse dans l'interprétation est gage d'adaptabilité de la norme, elle est aussi inéluctablement source d'insécurité. Or, le discours sur et de la « sécurité juridique » s'est fait plus prégnant au fil du temps et le législateur contemporain a opté pour la mise en place de mécanismes destinés à tenir à distance la capacité réactive et créative du juge ainsi que ses potentielles réactions émotionnelles face aux situations qui lui sont soumises.

B.- Le cantonnement des émotions : la pratique des barèmes

L'installation de délais préfix, le raccourcissement des délais de prescription des actions, la complexification des modes de saisine du juge social (particulièrement du juge prud'homal), le recul *de fait* parfois *de droit* de l'oralité sont autant de traductions d'une volonté de limiter le contentieux social et de cantonner le rôle du juge social. L'évitement du juge est renforcé, toujours dans l'objectif affiché de réduction de l'aléa

⁵¹ Que l'on songe à l'extension de l'action syndicale à la défense de l'intérêt collectif de la profession par la décision des Chambres réunies du 5 avr. 1913 (*D.*, 1914, I, 65 rapp. FALCIMAIGNE, concl. SARRUT), prélude à la loi du 12 mars 1920.

⁵² Cass. civ. 2, 22 févr. 2007, n° 05-13771, Bull. civ. II, n° 54.

⁵³ Cass. soc., 8 juill. 2020, n° 18-13593 visant l'article L 1132-3-3 dans sa rédaction de 2013 (« Attendu selon ce texte qu'aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ; qu'il s'en déduit que le salarié ne peut être licencié pour ce motif sauf mauvaise foi, laquelle ne peut résulter que de la connaissance par le salarié de la fausseté des faits qu'il dénonce et non de la seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis »).

propre au procès, par une mise sous contrôle de toute réaction émotionnelle grâce à l'institution de barèmes réduisant sa marge de manœuvre dans l'appréciation de l'indemnisation.

Il y a en droit social français deux grandes catégories de barèmes qui n'ont pas le même effet sur le cantonnement de la mission (et de l'émotion) du juge. La première catégorie comporte deux variétés d'une « barémisation » indicative. La seconde catégorie issue d'une ordonnance du 22 septembre 2017 met en place un barème impératif et a fait couler beaucoup d'encre dans la doctrine tout en provoquant une certaine fronde des juges du fond toujours à l'œuvre.

Au sein de la première catégorie, il faut distinguer d'une part le barème « accident du travail et maladie professionnelle » (Code de la sécurité sociale) et d'autre part, le barème de conciliation prud'homale (Code du travail). En matière d'accident du travail ou de maladie professionnelle, la rente (ou le capital) versée à la victime est déterminée par la caisse de sécurité sociale à partir de son salaire antérieur et d'un taux d'incapacité réelle résultant lui-même de la nature de l'infirmité, de l'état général, de l'âge, des facultés et des aptitudes de la victime, de sa qualification, ainsi que des données d'un barème indicatif⁵⁴. Ce dernier, annexé à l'article R 432-2 du Code de la sécurité sociale est actualisé par un comité d'experts constitué auprès du ministre en charge de la sécurité sociale. Il est actuellement en cours de révision. Il fournit des indications sur le taux médical d'incapacité (ainsi le blocage d'une épaule dominante, c'est-à-dire l'épaule droite pour un droitier, avec blocage de l'omoplate, donne-t-il un taux d'incapacité médiale de 55 %. Le blocage de l'épaule non dominante donne un taux d'incapacité de 45 %, etc.). Ce barème indicatif participe donc du calcul du montant de la rente ou du capital mais le juge dispose d'autres paramètres pour ajuster la réparation. Le barème de conciliation prud'homale a, quant à lui, été introduit à l'article L 1235-1 du Code du travail par la loi n° 14, juin 2013. Il tend à s'apparenter à une mesure d'administration judiciaire destinée à désengorger le conseil de prud'hommes qu'à une mesure de cantonnement du rôle du juge. Il reste totalement optionnel. Le texte prévoit ainsi qu'en matière de licenciement, une conciliation pourra intervenir devant le bureau de conciliation et d'orientation (BCO) sur la base d'un barème établi par le décret n° 2016-1582 du 23 novembre 2016. Ce barème forfaitaire est défini en fonction de la seule ancienneté du salarié (deux mois de salaire pour une ancienneté inférieure à un an jusqu'à 24 mois de salaire pour une ancienneté d'au moins trente ans). La mise en œuvre du barème fait l'objet d'un accord particulier devant le BCO mais ne s'impose nullement aux parties concernées.

Tout autre est la logique du barème obligatoire d'indemnisation du licenciement injustifié issu de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 et de la loi n° 2018-217

⁵⁴ C. sec. soc., art. L 434-2. La détermination du taux d'incapacité entre dans le champ de compétence du pôle social du Tribunal judiciaire, la décision de la caisse pouvant être contestée par la victime.

du 29 mars 2018. Ces textes mettent en place un barème obligatoire pour le juge lorsqu'il estime que le licenciement du salarié est sans cause réelle et sérieuse. Figurant dans l'article L 1235-3 du Code du travail, il fait varier l'indemnité entre un plancher et un plafond en fonction de l'ancienneté du salarié et pour les salariés jusqu'à dix ans d'ancienneté, avec un plancher variable en fonction de la taille de l'entreprise (moins de onze ou au moins onze salariés). Ainsi, un salarié qui est licencié sans cause réelle ou sérieuse alors qu'il justifie de trois ans d'ancienneté verra son indemnisation susceptible de varier entre trois et quatre mois de salaire brut. S'il travaillait dans une entreprise de moins de onze salariés, l'indemnisation variera d'un à quatre mois de salaire. Toutes autres considérations telles que l'âge du salarié, son état de santé, sa formation ou encore les circonstances particulièrement vexatoires de la rupture sont inopérantes. Des chiffres, rien que des chiffres.

L'application du barème est écartée par l'effet de l'article L 1235-3-1 du Code du travail dans certains hypothèses : violation par l'employeur d'une liberté fondamentale, exercice du droit de grève ou encore violation de procédures spécifiques à certaines catégories de salariés protégés, etc.

La question a été posée de la conformité du nouveau dispositif avec l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et avec la Convention n° 158 de l'OIT. L'avis rendu par la Cour de cassation le 17 juillet 2019 concluant que les textes nouveaux n'entraient pas dans le champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention EDH et n'étaient pas incompatibles avec la Convention n° 158 (les dispositions de la Charte sociale européenne n'ayant par ailleurs pas d'effet direct en droit interne dans un litige entre particuliers) n'a pas mis fin à la résistance des juridictions du fond et à leur réticence à appliquer le barème⁵⁵. Emblématique sur ce point est la décision rendue par la cour d'appel de Bourges en novembre 2020⁵⁶. La juridiction du fond considère qu'en présence d'un licenciement injustifié, « le contrôle de conventionnalité ne dispense pas, en présence d'un dispositif jugé conventionnel [par la Cour de cassation, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel], d'apprécier s'il ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits du salarié concerné en lui imposant des charges démesurées par rapport au résultat recherché, en l'occurrence l'indemnisation intégrale du préjudice qu'il a subi ». Or les faits de l'espèce montrent que ce salarié âgé de cinquante-neuf ans avait intensivement recherché sans succès un nouvel emploi après un licenciement survenu au surplus dans les conditions vexatoires. En réintroduisant le double paramètre de l'âge du salarié (totalement absent du barème) et de l'énergie déployée par le salarié pour retrouver un emploi, le juge du fond replace dans le litige, les éléments d'humanité que le barème s'était évertué à écarter au nom d'une appréciation supposée objectivée et sécurisée... pour l'employeur.

⁵⁵ Parmi de nombreux commentaires, v. C. RADE, « Licenciement et barème », *Dr. social*, 2019, 280.

⁵⁶ CA Bourges, ch. soc., 6 nov. 2020, n° 19/00585, JS Lamy, n° 518, avril 2021, n° 518-6.

Réintroduire l'humanité au cœur de la règle de droit, tel est le rôle du juge social et de tout juge. C'est de la mission de justice dont on parle. Il ne s'agit pas ici de se contenter de faire confiance aux émotions « comme si elles étaient nécessairement de bonnes intuitions »⁵⁷, ni de tomber dans un sentimentalisme béat et de bon aloi⁵⁸, il s'agit de rendre, comme l'écrit encore A. Jeantet à propos du travail, aux mondes du droit la part d'affect « qui caractérise toute vie sociale »⁵⁹. Parce qu'il s'agit bien de le rendre plus « juste » au double sens de « justesse » et de « justice ».

⁵⁷ Comme l'écrit A. JEANTET (*Les émotions au travail*, *op. cit.*, p. 296).

⁵⁸ *Ibid.*, p. 297.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 298.

L'impact des émotions liées à la pandémie sur le traitement du télétravail

Mathilde DE SLOOVERE

*Doctorante en droit privée à l'École de droit de la Sorbonne
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, IRJS*

Voilà maintenant plus d'un an que notre vie est dictée par la pandémie et son évolution. Le talent des scientifiques a permis l'élaboration d'un vaccin contre la COVID-19 dès janvier 2021. Cependant, avec l'apparition de nouveaux variants et l'approvisionnement chaotique en vaccins, la situation perdure. Le retour à une vie normale demeure une vague espérance.

La pandémie a été incontestablement une source d'émotions. Avec les confinements successifs, le monde du travail a été particulièrement touché. Aucun acteur n'a été épargné : ni les employeurs, ni les travailleurs.

Les émotions étaient diverses, propres à chacun, et ont évolué au cours de l'année. Elles ont été particulièrement intenses en mars 2020, lors du premier confinement.

L'année 2020 nous a fourni de nombreux exemples du lien entre le droit du travail et le contexte de crise sanitaire. On pense à la transformation du recours à l'activité partielle, aux modifications du rôle dévolu à la médecine du travail, ou encore à la pratique du télétravail. Ces exemples traduisent aussi à des degrés divers l'impact des émotions sur les règles de droit et leur agencement. Le plus topique me paraît être celui du télétravail.

Il ne faut pourtant pas oublier l'avant 2020. Le télétravail était alors rejeté par la majorité des entreprises. Cette récente modalité d'organisation du travail, permise grâce au développement des nouvelles technologies, était souvent considérée comme contre-productive. Voire, pour certaines entreprises, synonyme d'oisiveté et de fainéantise des salariés. Cette année aura, sur cette question, marqué un tournant. En l'espace de quelques semaines, voire de quelques jours, le télétravail a été imposé à plus de 40 % des salariés¹. Cela a engendré plusieurs craintes, tant pour les salariés que pour les employeurs, renforçant les liens entre cette pratique et le droit du travail.

Le droit du travail en vigueur en mars 2020 a dans un premier temps encadré ces émotions en permettant le recours au télétravail. Grâce à un cadre juridique minimum, il a également limité les diverses interrogations quant à cette pratique nouvelle pour nombre de salariés (I).

¹ « Baromètre annuel Télétravail 2021 », Malakoff Humanis, 9 févr. 2021.

Puis, dans un second temps, ces émotions ont été créatrices d'un droit du travail conventionnel. De nombreux accords télétravail ont été négociés, signés et appliqués en moins d'un an (II).

I.- Émotions, télétravail et droit légiféré

Lors de l'annonce du premier confinement, en mars 2020, la quasi-totalité des entreprises françaises ont dû brutalement fermer leurs locaux. La mesure était temporaire mais sa durée était indéterminée. Seuls les commerces de première nécessité, dont la liste était très courte à l'époque, pouvaient rester ouverts.

L'année écoulée a marqué un tournant pour la pratique du télétravail. En l'espace de quelques jours, la perception que les entreprises et les salariés en avaient a radicalement évolué. Cette perception n'aurait pas été imaginable deux ans plus tôt. On ne sait d'ailleurs pas si celle-ci perdurera à l'issue de l'épidémie. Les raisons de ce revirement dans la perception et le recours au télétravail sont multiples. La première, bien entendu, s'explique par les recommandations gouvernementales. Ce n'est cependant pas la principale. En effet, à cette époque, les entreprises n'étaient pas équipées pour imposer cette organisation du travail. Plus encore, les salariés n'étaient pas formés et ne maîtrisaient pas les codes de cette pratique. Le manque de préparation n'était ainsi pas propice à l'acceptation du télétravail.

La principale explication se trouve dans un processus bien différent. Il s'agit de nos émotions. En mars 2020, un flou scientifique planait sur la progression exponentielle d'un nouveau virus dont la contagiosité et la dangerosité étaient inconnues. Un virus mondial dont les conséquences étaient massivement mortelles. Face à l'incertitude scientifique et aux manques de moyens de protection, une crainte mondiale s'est développée. Cette crainte portait dans un premier temps sur le risque sanitaire et biologique. Se déplacer pour se rendre sur son lieu de travail devenait impossible pour nombre de travailleurs car source de stress et d'anxiété. Suite à la fermeture de la plupart des entreprises, sans préavis, beaucoup d'employeurs ont également exprimé de nouvelles craintes. L'arrêt brutal de l'activité a conduit à d'importantes pertes financières pour beaucoup de sociétés. Maintenir plus longtemps l'activité à l'arrêt signifiait conduire leur structure à une faillite certaine. D'autant plus que la durée du confinement était inconnue à l'époque. Cette peur a été également retrouvée chez les travailleurs. Nombre de salariés avaient peur de perdre leur emploi. La situation désastreuse du marché de l'emploi, particulièrement tendue, a contribué à renforcer l'intensité de cette émotion. Face à ces craintes, un consensus s'est naturellement imposé : l'activité devait se poursuivre à distance quand la nature de celle-ci le permettait.

Le Code du travail a permis de canaliser ces craintes en offrant une issue de secours immédiate : le télétravail. En effet, l'article L1222-11 du Code du travail prévoit la

possibilité d'imposer le recours au travail à distance sans formalité préalable². Cela a ainsi permis aux employeurs de développer cette organisation immédiatement, sans perte de temps. Nombre d'entreprises ont sollicité cet article pour poursuivre leur activité. Cela permettait ainsi aux salariés de garder leur emploi, sans devoir se rendre sur leur lieu de travail. Le Code du travail encadrait également la pratique du télétravail. L'efficacité de ce cadre juridique était cependant à nuancer. Son contenu était en effet particulièrement sommaire ! Le droit légiféré fixait uniquement des principes généraux en matière de télétravail. Par exemple, le principe d'égalité de traitement entre les salariés sur site et ceux en télétravail. Le droit du travail permettait ainsi de régir certaines incertitudes juridiques, source de questionnements pour employeurs et salariés. Cela était suffisant avant le 16 mars 2020 car cette pratique était inconnue et non pratiquée par la plupart des salariés. Inconnue par choix, car inenvisageable du fait du domicile exigü par exemple. Ou, inconnue car toujours refusée par l'employeur.

La nouvelle donne résultant de la pandémie allait obliger à reconsidérer le cadre normatif du télétravail, d'où l'appel à la négociation collective.

II.- Émotions, télétravail et droit conventionnel

Les émotions contextuelles liées à la pandémie ont également eu un rôle créateur de droit du travail, et plus particulièrement de droit conventionnel du travail. L'élaboration de ces normes conventionnelles a été rapide, *boostée* par le sentiment d'urgence véhiculé au printemps 2020.

Le 17 mars 2020, sans information préalable, le télétravail s'est imposé à des milliers de salariés. Cette nouvelle organisation du travail a été un bouleversement pour le travail et la vie de nombreux travailleurs. Il a été une source de nouvelles émotions, et notamment de nouvelles craintes. Dans un premier temps, une crainte face à l'isolement. Les premières restrictions gouvernementales pour faire face à l'épidémie ont conduit à supprimer les relations sociales d'ordre privé. Le travail en présentiel était la dernière source de lien social. Le recours au télétravail est venu restreindre ces liens professionnels, accroissant ainsi l'isolement des travailleurs. Une peur s'était également développée face à l'absence d'organisation de cette nouvelle pratique. Cela a conduit à plusieurs dérives telles que l'impossibilité d'user de son droit à la déconnexion, ou à des difficultés à articuler la vie professionnelle et la vie privée. Enfin, l'absence d'équipements adaptés à la pratique du télétravail a également été source d'angoisse et de questionnements. De nombreux salariés ont dû travailler assis sur un tabouret ou sur le coin d'une table. Or, travailler dans de mauvaises conditions peut causer des troubles musculosquelettiques. Côté employeurs, les émotions étaient diverses mais également

² « En cas de circonstances exceptionnelles, notamment de menace d'épidémie, ou en cas de force majeure, la mise en œuvre du télétravail peut être considérée comme un aménagement du poste de travail rendu nécessaire pour permettre la continuité de l'activité de l'entreprise et garantir la protection des salariés », C. trav., art. L1222-11.

bien présentes. La mise en place inopinée du télétravail a fait naître des craintes d'ordre opérationnel : comment équiper les salariés ? Comment encadrer le télétravail ? Comment faire en sorte que la pratique soit bien accueillie par les salariés ? Puis, à l'issue du premier confinement, concernant l'encadrement des modalités du télétravail pour le futur. Toutes ces craintes ont été décuplées par un sentiment de doute et d'urgence général. Nous n'avions aucune certitude quant aux risques sanitaires réels, ni quant à la durée de l'épidémie. La seule certitude était que de nouvelles mesures radicales devaient être prises très rapidement pour organiser cette nouvelle vie en cohabitation avec le virus.

Ce contexte générateur d'émotions a ainsi été la source d'un nouveau consensus : un cadre juridique devait encadrer la pratique du télétravail immédiatement, et pour le futur. Cela s'est matérialisé en pratique par l'élaboration de normes conventionnelles. Entre la fin du premier confinement et octobre 2020, plus de 860 accords collectifs portant sur le télétravail ont été signés³. Ce phénomène continue de prospérer avec de nombreux accords en cours de négociation actuellement. Outre ces accords collectifs, un accord national interprofessionnel sur le sujet a été signé le 26 novembre dernier. L'influence des émotions sur le droit conventionnel ici est particulièrement marquante. En effet, l'encadrement du télétravail ne requiert pas la mise en place d'un accord collectif⁴. Une charte de l'employeur ou encore un simple accord avec le ou les salariés concernés sont parfaitement suffisants. Or, nombre d'entreprises ont privilégié le recours à la négociation collective, processus davantage chronophage et onéreux. Les raisons de ce choix sont multiples. Dans un premier temps, le processus de négociation a été une première réponse en tant que telle à la situation pandémique. Une négociation collective a une valeur propre qui est en partie indépendante de son contenu. Elle a ainsi permis de maintenir du lien social, puis de créer une nouvelle dynamique au sein des entreprises malgré l'éloignement. Le processus de négociation a conduit ensuite à l'élaboration d'un droit conventionnel adapté aux problématiques de la structure et légitime auprès des salariés. La mise en place de mesures opportunes a ainsi permis de limiter les craintes et autres émotions. Cela a été visible au début de la pandémie. Les émotions étaient particulièrement moins intenses dans les entreprises déjà dotées d'un ou plusieurs accords télétravail, illustrant ainsi parfaitement le lien entre le droit du travail conventionnel et les émotions.

L'influence des émotions liées au contexte de crise sanitaire sur le droit du travail conventionnel n'a cependant pas été un gage de pertinence et d'efficacité des normes élaborées. En pratique, le lien si étroit entre les émotions et le droit conventionnel du travail a présenté des failles. L'intensité des émotions, alliée au sentiment d'urgence, a conduit à la mise en place d'accords très rapidement. Ils étaient toutefois très sommaires et peu innovants. Il s'agissait souvent de « réactions » aux émotions, prises à la hâte.

³ Base de données Légifrance.

⁴ C. trav., art. L1222-9.

L'insuffisance de ces accords, couplée à l'application du nouvel accord national interprofessionnel du 26 novembre 2020, a conduit de nombreuses entreprises à ouvrir de nouvelles négociations sur le télétravail dès la fin de l'année 2020.

Nationalité française : des émotions aux sentiments

Étienne PATAUT et Apolline SCHAAAL

*Professeur et doctorante à l'École de droit de la Sorbonne
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, IRJS*

S'intéresser à la nationalité, c'est immédiatement se faire envahir par une foule d'émotions : joie d'appartenir à une population, tristesse de ne pas appartenir à cette même population, colère de se voir refuser l'accès à cette population, ferveur collective de l'indépendance de la population, déchirement en cas de guerre de l'appartenance à deux populations. On peut comme cela multiplier les exemples.

Reste à savoir quoi faire de ces exemples.

Si on essaye, en juriste peu émotif et épris de catégorisation, d'en faire une typologie, on peut essayer, en première analyse, d'en distinguer grossièrement trois.

La première, c'est l'émotion collective qui saisit le pays lorsqu'il s'agit de débattre du droit de la nationalité. Le plus saisissant exemple est évidemment l'immense émotion qui a précédé et suivi l'annonce, après les attentats de 2015, d'une modification du droit de la nationalité. Ce projet de réforme constitutionnelle, avorté devant le tollé et les difficultés juridiques qu'il a suscitées, apparaît en effet comme un projet de loi « émotionnel » dans le sens où il a été initié, mené et abandonné dans l'émotion.

Initié dans l'émotion, évidemment, car il a été proposé dans une France en émoi, deux jours seulement après des événements dramatiques, qualifiés d'« abomination » par le président Hollande dans le discours prononcé devant le Congrès réuni à Versailles le 16 novembre 2015¹. Le projet d'extension de la déchéance de nationalité s'est voulu réfléchi et teinté de « détermination froide » pour répondre au terrorisme, selon les termes employés par le président de la République, mais il apparaît néanmoins comme un projet de réforme né au contraire sous le coup des émotions suscitées par les attentats. Ce projet a également été mené par les passions tout au long des débats parlementaires. La présence des émotions dans le processus législatif n'est évidemment pas inhabituelle², mais celles-ci ont été particulièrement vives et perceptibles s'agissant du projet de réforme de la déchéance de nationalité. Lors des travaux préparatoires, les

¹ Déclaration de M. François Hollande, Président de la République, devant le Parlement réuni en Congrès à la suite des attaques terroristes perpétrées à Paris et en Seine-Saint-Denis, Versailles le 16 novembre 2015, disponible en ligne : <https://www.vie-publique.fr/discours/196856-declaration-de-m-francois-hollande-president-de-la-republique-devant>.

² B. LANGE, « The emotional dimension in Legal Regulation », *Journal of Law and Society*, vol. 29, n° 1, 2002, p. 197-225, spéc. p. 207-208.

mots « émotion(s) » ou « émotionnel.le(s) » ont ainsi retenti près de soixante fois dans les hémicycles de l'Assemblée nationale et du Sénat³. Dans son discours de présentation au Palais Bourbon, le Premier ministre Valls a cultivé une émotion particulière, la peur, en se référant à neuf reprises à une « menace » terroriste pour la France, et en répétant une vingtaine de fois le mot « guerre » durant la seule journée du 5 février⁴. Quinze jours plus tard, le discours du Premier ministre devant le Sénat apparaît encore plus agressif, et ce n'est plus simplement de la peur, mais une véritable terreur que l'on peut alors ressentir face à une menace dite « plus forte que jamais », face à des ennemis « qui pillent, violent, tuent », face à des « ressortissants français radicalisés, imbibés de propagande, prêts à prendre les armes pour frapper d'autres Français »⁵. Pourtant, malgré la pression émotionnelle exercée sur les législateurs, le gouvernement s'est heurté à un « impossible consensus » entre les deux chambres⁶, et c'est ainsi l'histoire même de ce projet de réforme du droit de la nationalité qui s'est terminée dans l'émotion : le président Hollande confiera plus tard, dans son livre intitulé *Les leçons du pouvoir*, que ce projet constitue le « premier regret » de son quinquennat⁷. La réforme de la déchéance de nationalité de 2015, née dans les émotions, a ainsi été abandonnée dans l'émotion. Et on arrive ici à une première idée qui est qu'en matière de nationalité, l'émotion n'est peut-être pas très bonne conseillère.

Un deuxième type d'émotion collective semble différent : celle qui est liée non pas spécifiquement au droit de la nationalité, mais à des moments importants de l'histoire de France. C'est ici qu'il faut faire une place à cette fameuse citation de Marc Bloch, aussi souvent citée que déformée. Marc Bloch disait en effet :

« Il est deux catégories de Français qui ne comprendront jamais l'histoire de France : ceux qui refusent de vibrer au souvenir du sacre de Reims ; ceux qui lisent sans émotion le récit de la fête de la fédération ». (Marc Bloch, *L'étrange défaite*)

Cette phrase est très souvent reprise dans le débat politique pour insister sur l'idée d'intégration et sous-entendre que si l'on n'est pas ému par les grandes pages de l'histoire de France, on n'est peut-être pas digne d'être français. C'est en tout cas le sens qu'ont pu lui donner Jean-Marie, Marine ou désormais Marion Le Pen, ou même Nicolas Sarkozy au moment du débat sur l'identité française, qui s'était vue confier un ministère⁸.

³ Trente-huit fois devant l'Assemblée nationale lors des séances du 5 au 10 février (JO n° 14, 15, 16 et 17 A.N. (C.R.) des 6, 9, 10 et 11 février 2016), et vingt fois devant le Sénat lors des séances des 16, 17 et 22 février (JO n° 27, 28 et 29 S. (C.R.) des 17, 18 et 23 mars 2016).

⁴ Assemblée nationale, première et deuxième séances du 5 février 2016 (JO n° 14 A.N. (C.R.) du 6 février 2016).

⁵ Sénat, séance du mercredi 16 mars 2016 (JO n° 27 S. (C.R.) du 17 mars 2016).

⁶ J. LEPOUTRE, « L'impasse de la déchéance de la nationalité », *Plein droit*, 2018, n° 117, p. 20-23, spéc. p. 22.

⁷ F. HOLLANDE, *Les leçons du pouvoir*, Paris, Stock, 2018, p. 263.

⁸ C'est d'ailleurs, littéralement, la citation qui est utilisée par Jean-Marie, Marine ou Marion Le Pen : « qui n'a pas vibré au sacre de Reims et à la fête de la Fédération n'est pas vraiment français », tronquant gravement, ce faisant, l'original, au point de lui faire dire tout à fait autre chose. V. J.-M. POTTIER, « L'incessante récupération de Marc Bloch par le Front national », *Slate.fr* [en ligne], 2 décembre 2015.

Rien n'est pourtant plus étranger à la pensée de Marc Bloch pour qui se donne la peine d'aller la lire. L'idée défendue et, dans le texte, rapprochée de la vive émotion populaire qui a suivi l'arrivée du Front populaire au pouvoir en 1936, était bien plutôt de souligner la particularité du peuple français, prompt à céder à de puissantes émotions collectives, toutes opinions politiques confondues (le sacre du roi et la fête révolutionnaire de la fédération). De ce point de vue, chacun peut avoir ses grandes références de soulèvement, de rassemblements populaires et, dès lors, comprendre la mentalité française, ce serait comprendre la puissance historique de ces émotions collectives.

L'idée est évidemment très intéressante. Mais cette émotion-là, pour puissante qu'elle soit, que peut en faire le juriste ? À notre avis pas grand-chose, en tout cas en droit de la nationalité. Évidemment, ressentir ces émotions, c'est peut-être l'un des gages de l'intégration auquel le droit de la nationalité accorde tant d'importance. Mais elles ne sont à ce titre qu'un symptôme, une manifestation extérieure d'une question plus vaste. Plus directement ces émotions se traduisent par des évolutions institutionnelles et, à ce titre intéresseront peut-être plutôt les spécialistes de droit constitutionnel. Le droit de la nationalité, en revanche, n'a pas grand-chose à en dire. Mauvaise conseillère, l'émotion ne serait donc pas non plus très utile au spécialiste du droit de la nationalité.

La quête, toutefois, n'est pas totalement vaine. Il y a beaucoup à dire, en effet, sur l'émotion individuelle. Il va de soi que la nationalité, en tant qu'elle touche à une part très intime de l'identité de chacun, va déclencher des émotions individuelles fortes. Les cérémonies de naturalisation, dont le législateur a d'ailleurs renforcé la symbolique en 2011⁹, en sont la manifestation la plus classique. Les films, les romans regorgent de scènes émouvantes où héros et héroïnes, après un long périple plein de rebondissements prètent un serment plus ou moins fantaisiste pour faire partie d'une collectivité, symbolisée par une assistance aux yeux attendris et aux applaudissements nourris. Encore tout récemment, Twitter débordait de photos de Britanniques exhibant leur toute nouvelle carte d'identité française (ou allemande ou espagnole) après un Brexit contre lequel ils s'étaient vigoureusement élevés¹⁰.

[Consulté le 12 mai 2021] Disponible sur Internet : <<http://www.slate.fr/story/110927/marc-bloch-front-national>>. On soulignera non sans ironie que Marc Bloch avait proposé une première version de la même phrase dans un article de 1917, « Pourquoi je ne suis pas conservateur ». Sur l'histoire de cette citation, on pourra écouter avec profit l'émission consacrée à Marc Bloch le 3 août 2017 sur France Culture : P. SCHOTTLER, C. INGRAO, « L'étrange défaite », in E. LAURENTIN, « Avoir raison avec Marc Bloch », émission *France Culture* [en ligne], 3 août 2017. [Consulté le 12 mai 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.franceculture.fr/emissions/avoir-raison-avec-marc-bloch/letrange-defaite>>.

⁹ Loi no 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, sur laquelle v. not. H. FULCHIRON, « La nationalité française entre identité et appartenance », *D.*, 2011, 1915.

¹⁰ Sur l'incontestable « effet Brexit » sur les naturalisations dans de nombreux pays de l'Union, v. H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, « Brexit, Nationality and Union Citizenship : Bottom Up and Top Down », *Liber Amicorum Christian Kohler*, Bielefeld, Gieseking Verlag, 2018, p. 201.

Ce troisième type d'émotions semble beaucoup plus fécond, en tout cas du point de vue de l'analyse juridique. Le droit de la nationalité, en effet, est tout entier pétri de ces émotions qui sont propres à la définition de l'identité de chacun.

Mais il reste qu'il faut peut-être distinguer entre les émotions et les sentiments, étroitement liés, mais pas toujours nettement délimités¹¹. Chez Aristote ou Descartes, la haine, la colère ou encore le désir sont ainsi assimilés à des émotions¹². Mais si l'on considère, comme nous y invite Emmanuel Jeuland¹³, que les premières se distinguent par leur vivacité et leur brièveté, alors elles ont toute leur place dans la *question* de la nationalité, on vient de le voir, mais pas tellement dans le *droit* de la nationalité. Le droit de la nationalité se méfie plutôt des émotions et laisse peu de place à la brièveté. Il est, au contraire, un droit du temps long, un droit de la cristallisation progressive. Un droit, en d'autres termes, du passage de l'émotion au sentiment. Autrement dit, si le droit de la nationalité n'est pas un droit émotif, il est en revanche un droit sentimental.

C'est en ce sens que l'approche par les émotions (et les sentiments, donc) qui fait l'objet du séminaire nous paraît féconde et que nous la suivrons.

À cet égard, l'approche nous paraît avoir deux avantages.

Tout d'abord, rapprocher sentiment et droit de la nationalité permet de tordre le cou à une idée qui est déjà contestée depuis longtemps par les juristes, mais qui reste largement répandue, selon laquelle le droit de la nationalité serait la traduction d'une certaine idée de la Nation. Cette idée est fautive et contraire à toute la construction du droit français (I).

Ensuite, si on rentre plus dans le détail, il est évident au point d'en être presque banal d'affirmer que le droit de nationalité a pour objectif de faire coïncider le *sentiment d'identité* et la *réalité juridique* de cette identité. Tout le droit de la nationalité peut être lu à cette aune : comment donner une traduction juridique à un sentiment d'appartenance. Bien sûr, il n'est pas très facile de savoir comment, concrètement, se traduit ce sentiment. Il y a donc toute une série de règles, de présomptions, de mécanismes subtils visant à objectiver le plus possible ce sentiment d'appartenance. Ces règles sont fixées par l'État, de façon *a priori* totalement libre. Il y aurait donc un déséquilibre inattendu entre un droit qui dit être fondé sur des sentiments d'attachement et un État qui détermine unilatéralement la nature et la qualité de cet attachement. Le point le plus intéressant ici réside alors peut-être dans l'étude de ces relations entre les pouvoirs de l'État et ceux de l'individu. Une opposition, pourrait-on

¹¹ G. BERTHOUD, « Socialité et émotions », *Revue européenne des sciences sociales*, tome XLVII, no 144, 2009, p. 57-71, spéc. p. 58.

¹² V. E. JEULAND, « Le juge et l'émotion », document de travail, version 9, HAL : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01790855v9/document>, 2020, p. 8 ; *supra* E. JEULAND, *Présentation du cycle de séminaires*.

¹³ V. *supra* E. JEULAND, *Présentation du cycle de séminaires*.

penser, du pot de fer contre le pot de terre. La réalité, pourtant, est bien plus complexe et témoigne plutôt d'une dialectique entre l'État et l'individu (II).

I.- La dialectique de la Nation et de la nationalité

Le terme même de nationalité est trompeur. Il semble en effet traduire l'idée que la nationalité serait le fidèle reflet d'une certaine conception de la Nation. Il n'en est pourtant rien (A), comme le montrent, en creux, les discussions profondément erronées qui ont abouti à cette soi-disant conception « élective » de la nationalité française dans la loi de 1993 (B).

A.- La nationalité ne traduit pas l'idée de Nation

Malgré les dénégations de l'ensemble des juristes¹⁴, l'idée selon laquelle la nationalité serait une traduction d'une certaine conception de la nation française fait partie des mythes les plus tenaces du droit de la nationalité. À cet égard, donc, le mot même de « nationalité » est trompeur. Les Allemands parlent, de façon beaucoup plus convaincante, de « *Staatsangehörigkeit* », soit « l'Étatialité ». C'est un mot qui d'ailleurs avait été proposé sans succès en langue française par Pierre Louis-Lucas dans les années 30¹⁵.

Il s'agit bien sûr d'un mythe utile, parce qu'en général, lorsqu'il est véhiculé, c'est pour défendre telle ou telle orientation, le plus souvent restrictive, du droit de la nationalité. En ce sens, la loi de 1993, dont il sera question dans un instant, en est un exemple particulièrement topique. Mais il ne s'agit pas moins d'un mythe en ce sens que cette vision ne correspond pas à la réalité du droit positif de la nationalité, qui est divers, fractionné et fondé sur la réalité du lien d'attachement d'une personne particulière.

Témoigne par exemple de ce mythe la fausse opposition entre droit français et droit allemand de la nationalité. Selon une certaine vision, le premier serait fondé sur une certaine idée, plus inclusive et plus propice à l'immigration et aurait donc favorisé le *jus soli* alors que le second, fondé sur une conception plus ethnique de la nation, aurait au contraire été beaucoup plus favorable au *jus sanguinis*. P. Weil, pourtant, a magistralement montré combien cette opposition était en réalité complètement fautive¹⁶. Les lois allemandes et notamment la loi prussienne de 1842 sont largement inspirées d'un modèle français et si la loi prussienne, en particulier, rejoint le modèle de la nationalité fondée sur la filiation, la justification profonde en est l'idée d'une nation comme famille, à l'époque opposée à un droit du sol symbole d'une allégeance féodale, et non d'une introuvable conception « ethnique ». Et si les droits ont ensuite divergé,

¹⁴ V. p. ex. P. LAGARDE, *La nationalité française*, Paris, Dalloz, 2011, no 00.02 ; F. JAULT-SESEKE, S. CORNELOUP et S. BARBOU DES PLACES, *Droit de la nationalité et des étrangers*, Paris, PUF, 2015, no 38 et s. V. toutefois Y. LEQUETTE, « Réflexions sur la nationalité française », *Cah. cons. const.*, 2008, no 23.

¹⁵ P. LOUIS-LUCAS, *La nationalité française, droits positifs et conflits de lois*, Paris, Sirey, 1929, p. 1 ; cité par P. LAGARDE, *La nationalité française*, Paris, Dalloz, 2011, no 00.04.

¹⁶ P. WEIL, *Qu'est-ce qu'un Français ? Histoire de la nationalité française depuis la Révolution*, Paris, Grasset, 2002, p. 187 et s.

cela est dû à l'évolution historique et politique propre à chacun des pays, et non à une soi-disant conception essentialiste française ou allemande.

L'histoire du droit de la nationalité¹⁷ témoigne au contraire de tous les enrichissements du droit français qui ont bien sûr un peu varié en fonction des époques et des régimes politiques, mais dont la caractéristique principale est au contraire sa remarquable stabilité. Pour le dire autrement, il n'y a pas de grand dessein unificateur derrière le droit de la nationalité. Celui-ci ne fait pas découler de grands principes abstraits les règles concrètes et techniques du droit de la nationalité. Bien au contraire : il s'agit d'un droit touffu et complexe parce qu'en réalité, s'il y a un principe, c'est bien plutôt celui de tenir compte de tous les types de liens qui peuvent exister entre une personne et la France. On tiendra compte de la famille (filiation, mariage), de la naissance, de la résidence (*jus soli*), des liens historiques (réintégration), des liens nouveaux (naturalisation), etc. Chacun de ces liens, et bien d'autres encore, se traduit par une ou plusieurs règles du droit de la nationalité. Le sentiment est bien présent, à aucun moment il n'est unique. C'est la grande erreur du législateur de 1993.

B.- La conception française de la nationalité n'est pas purement élective

Il faut, tout particulièrement, tordre le cou à une idée particulière, qui a pris beaucoup d'importance dans les années 90 : celle d'une conception « élective » de la nationalité française.

Cette idée a été au cœur du rapport « être Français aujourd'hui et demain »¹⁸, qui a lui-même largement nourri la loi de 1993¹⁹ qui contenait en son cœur la fameuse déclaration de volonté qui était censée renforcer l'appartenance à la communauté des citoyens des personnes nées en France de parents étrangers nés à l'étranger.

La généalogie de cette catastrophe, qui aujourd'hui appartient à l'histoire, reste intéressante dans la perspective du séminaire d'aujourd'hui, parce qu'elle montre bien comment une approche purement abstraite, largement fondée sur un mythe et, au final, extrêmement sentimentale, peut conduire à un résultat qui, juridiquement, était très contestable.

L'un des points de départ était cette fameuse phrase de Renan, selon laquelle la nation serait « un plébiscite de tous les jours », issue de sa célèbre conférence au Collège de France, *Qu'est-ce qu'une nation ?*²⁰. Ce texte, qui ne dit pas un mot de droit de la nationalité, vise, par élimination successive, à essayer de déterminer ce qui est au cœur

¹⁷ Sur laquelle, outre l'indispensable P. WEIL, *op. cit.*, v. P. LÉGIER, *Histoire du droit de la nationalité française*, Aix-en-Provence, PUAM, 2014.

¹⁸ « Être Français aujourd'hui et demain, Rapport de la commission Marceau Long », *La Doc. fr.*, 2 tomes, 1988.

¹⁹ Sur laquelle v. part. le commentaire très critique de P. LAGARDE, « La nationalité française rétrécie (commentaire critique de la loi du 22 juillet 1993 réformant le droit français de la nationalité) », *Rev. crit. DIP.*, 1993, 535.

²⁰ E. RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation ?* [1882], Paris, éd. Mille et une nuits, 1997, p. 32.

de la nation. Après avoir exclu la race, la langue, la religion, la communauté d'intérêt et la géographie, il propose donc « le consentement, le désir clairement exprimé de continuer la vie commune »²¹.

Tout cela est évidemment passionnant et a donné lieu à une littérature d'autant plus abondante que la question continue à susciter un vif intérêt²². Mais ce texte ne concerne pas la nationalité. À aucun moment.

Il est pourtant régulièrement question de traduire cette vision de la nation en principe opérationnel du droit de la nationalité, le dernier exemple étant celui de la loi de 1993. Le saut conceptuel, de la nation à la nationalité n'est pourtant pas mince.

Il supposait d'une part de faire abstraction complète de l'histoire du droit de la nationalité, qui n'a jamais correspondu à cette idée et certainement pas à l'époque de Renan qui distinguait nettement nation et nationalité²³. D'autre part, il supposait une reconstruction théorique et pratique complète du droit de la nationalité, en reconstruisant la transmission *jure soli* autour de cette idée de volonté qui, pourtant, n'y prenait qu'une très faible part. La volonté venait abstraitement et a posteriori justifier des règles d'acquisition de la nationalité qui n'en avaient nul besoin et qui, bien au contraire, avait été inventées en 1889 pour faire face aux exigences de la conscription, expliquant la célèbre formule de Niboyet selon laquelle « l'ombre du bureau de recrutement plane sur tous les textes » du droit français de la nationalité²⁴.

Tel était le véritable enjeu de la loi, d'ailleurs : la remise en cause d'un *jus soli* considéré comme insuffisant pour garantir l'intégration. Il était certes possible de rayer d'un trait de plume presque tout le droit du sol, ce qui fut d'ailleurs un temps envisagé²⁵ ; mais la solution était tout de même un peu radicale. Aussi finalement la mesure phare de la loi de 1993 a-t-elle consisté en l'introduction d'une déclaration de volonté particulière pour les enfants nés en France de parent étrangers qui n'y sont eux-mêmes pas nés. La catégorie de Français visée était donc extrêmement étroite ; on admit que c'est un peu insuffisant pour défendre une conception qui serait « élective » de la nation française.

²¹ *Ibid.*

²² V., encore récemment, l'important ouvrage de P. ORY, *Qu'est-ce qu'une nation ?*, Paris, Gallimard, 2020, coll. « Bibliothèque des histoires ».

²³ P. WEIL, *op. cit.*, p. 199 et s. V. toutefois, à l'époque, l'analyse de A. WEISS de la nationalité comme contrat synallagmatique : *Traité élémentaire de droit international privé*, 1885, p. 4, cité et critiqué par H. FULCHIRON, « La place de la volonté individuelle dans le droit français de la nationalité », *Trav. com. français de DIP*, 1998-2000, p. 175, spéc. p. 177.

²⁴ J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, Paris, Sirey, 1938, t. 1, p. 54.

²⁵ Sur les tous premiers projets, portés l'un par J.-M. Le Pen et l'autre par P. Mazeaud, qui supprimaient presque entièrement les règles d'attribution ou d'acquisition fondées sur la naissance en France, v. P. LAGARDE, *op. cit.*, no 12-41.

Elle s'est d'ailleurs traduite, dans les faits, par une réalité aussi peu sentimentale et éloignée que possible de cette idée grandiose de l'adhésion volontaire et spontanée à la nation française : un formulaire bureaucratique. Difficile de faire moins émotif.

L'erreur du législateur de 1993, rapidement abandonnée²⁶, a été de défendre une vision abstraite et théorique du droit de la nationalité, supposée découler d'un grand principe unificateur. En réalité, le droit de la nationalité est l'inverse de cela. Il est un droit des liens étroits et des sentiments d'attachements, sentiments qui se mesurent difficilement, à l'aide d'indices, de présomptions et, mais uniquement occasionnellement, de volonté²⁷. L'avis des intéressés pourra parfois être demandé, pour déclencher l'acquisition²⁸ ou pour couper définitivement un lien un peu faible²⁹. Mais en soi, la volonté n'est qu'un indice peu significatif. Et ce, précisément parce qu'il ne faut pas confondre émotion et sentiment. Une violente mais brève émotion (de haine ou d'amour, peu importe) n'a aucune importance. On peut aimer passionnément la France le lundi, et la détester le mardi. Le droit de la nationalité regarde toutes ces manifestations émotives avec le même détachement et, pour tout dire, la même indifférence.

Ce qui compte, ce sont les sentiments profonds, établis par des indices particuliers et, le plus souvent, objectifs, supposant le déroulement du temps, parfois même plusieurs générations.

Il y a donc une manière de paradoxe, puisque le lien sentimental et individuel d'attachement est déduit de circonstances établies par la loi étatique et sans que l'intéressé soit réellement consulté. Plus qu'un paradoxe, toutefois, il y a là le plus net témoignage de la dialectique subtile entre les pouvoirs de l'État et ceux de l'individu dont fait preuve le droit de la nationalité.

II.- La dialectique de l'État et de l'individu

La nationalité est un lien de droit entre un État et un individu. Il s'agit d'un lien de droit chargé de souveraineté : la nationalité définit la population d'un État, est essentielle à son existence même. C'est donc un domaine où la liberté étatique est presque absolue : il revient à l'État de déterminer librement et avec les critères qu'il met en place unilatéralement qui sont ses nationaux.

²⁶ Loi du 16 mars 1998 ; sur laquelle v. part. P. LAGARDE, « La loi du 16 mars 1998 sur la nationalité : une réforme incertaine », *Rev. crit. DIP*, 1998, 380.

²⁷ Sur l'ensemble, v. part. H. FULCHIRON, « La place de la volonté individuelle dans le droit français de la nationalité », *Trav. com. français de DIP*, 1998-2000, p. 175.

²⁸ Ainsi de l'acquisition par déclaration (art. 21-12 et s. du Code civil) ou, bien entendu, de la naturalisation (art. 21-15 et s.).

²⁹ Ainsi des facultés de répudiation, celle par exemple de l'enfant né à l'étranger d'un seul parent français (article 18-1 du Code civil).

On arrive à une sorte de paradoxe un peu étrange, puisque d'un côté il est affirmé que le droit de la nationalité serait un droit des sentiments, visant à faire coïncider le ressenti de l'appartenance et une réalité juridique et, de l'autre, on confie à l'État seul le soin de définir ce ressenti. Témoigne de ce paradoxe la difficulté de faire du droit à la nationalité un droit de l'homme dont pourraient se prévaloir les individus, y compris à l'encontre des États³⁰. La Cour européenne des droits de l'homme, pour l'instant, n'est jamais allée aussi loin.

Le sentiment serait-il entièrement subordonné à la seule et froide raison d'État ?

La réponse, bien entendu, doit être nuancée. Susceptibles de produire leurs effets sur de très longues années, parfois sur plusieurs générations, les règles de droit de la nationalité obligent les États qui les ont posées, y compris de très nombreuses années après avoir été abandonnées. Surtout, la situation a beaucoup évolué ces dernières années. Les règles du droit de la nationalité n'ont en effet pas échappé à la tendance au développement des droits individuels et, de plus en plus, ceux-ci peuvent être opposés à l'État, y compris devant la Cour européenne des droits de l'homme³¹, y compris contre des règles anciennes et désormais abandonnées³².

Le recul de la souveraineté étatique en matière de nationalité est évident, une importante thèse l'a démontré avec brio³³ et certains plaident parfois pour une nouvelle conception de la nationalité³⁴, qui viendrait consacrer des liens objectifs entre État et individu, en minimisant le plus possible la part de l'État.

On n'en est peut-être pas encore là. Il reste que, incontestablement, les pouvoirs de l'État en la matière reculent, au profit, précisément, des sentiments individuels. Les exemples abondent. Les deux meilleurs pour traiter de cette subtile dialectique entre l'individu et l'État sont peut-être ceux dans lesquels, à première vue, les aspects de souveraineté de l'État sont les plus puissants : la naturalisation, d'une part (A), la déchéance de nationalité, d'autre part (B).

A.- La naturalisation

La naturalisation est un élément très important, très symbolique et chargé d'émotion du droit de la nationalité. La cérémonie de naturalisation, dont le caractère

³⁰ P. LAGARDE, « Le droit à une nationalité », in R. CABRILLAC (dir.), *Liberté et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2020, p. 368.

³¹ V. not. F. MARCHADIER, « L'attribution de la nationalité à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme. Réflexions à partir de l'arrêt *Genovese c/ Malte* », *Rev. crit. DIP*, 2012, 61.

³² Ainsi de la condamnation des règles consacrant une discrimination entre hommes et femmes : v. not. Cons. Const. QPC, 5 octobre 2018, no 2018-737 ; *AJ Famille*, 10 nov. 2018, 612, obs. L. CARAYON ; *LEFP*, 1er nov. 2018, no 10, 7, obs. C.-A. CHASSIN ; *D.*, 2019, 347, obs. O. BOSKOVIC ; *LPA*, 28 nov. 2019, no 237, 5, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RTD civ.*, 2019, 82, obs. A.-M. LEROYER.

³³ J. LEPOUTRE, *Nationalité et souveraineté*, Paris, Dalloz, 2020.

³⁴ A. DIONISI-PEYRUSSE, *Essai sur une nouvelle conception de la nationalité*, Paris, Defrénois, 2008.

solennel a peu à peu été renforcé³⁵ est vue comme le moment symbolique de l'entrée dans la communauté des Français.

Mais il reste que la naturalisation est, par essence, le domaine du pouvoir régalién de l'État. Comme l'affirme de la façon la plus claire P. Lagarde :

« La naturalisation est l'octroi discrétionnaire par un État de la nationalité de cet État à un étranger qui la demande. Cette source d'acquisition de la nationalité française [...] réside essentiellement dans une décision discrétionnaire du gouvernement »³⁶.

En ce sens, la naturalisation est bien, comme l'affirme parfois le Conseil d'État :

« une faveur accordée par l'État français à un ressortissant étranger »³⁷.

Les choses, pourtant, évoluent et il est frappant de voir combien les pouvoirs a priori purement régaliens de l'État évoluent progressivement vers un encadrement, certes limité, mais néanmoins non négligeable. Cet encadrement, pour l'essentiel des décisions de refus, vise à prendre en compte les sentiments des individus (1). Les décisions d'octroi, en revanche, sont peut-être le plus éclatant exemple de la prise en compte juridique de l'émotion (2).

1.- Du côté des décisions de refus : l'État prééminent

a.- *Le contrôle juridictionnel*

C'est un aspect bien connu du droit en matière de naturalisation : l'évolution du contrôle juridictionnel. Pendant de longues années, les décisions de naturalisation n'avaient pas à être motivées³⁸. Cette solution est désormais abandonnée, c'est l'un des points positifs de la loi de 1993 et la motivation est désormais exigée par l'article 27 du Code civil.

L'encadrement progressif des pouvoirs de l'État se comprend dès lors en raison de la structure même du contentieux en matière de naturalisation. Le contrôle vise avant tout à protéger les intéressés contre un éventuel arbitraire d'État. C'est ce qui justifie que soit désormais régulièrement invoquée la Convention européenne des droits de l'homme. Ce n'est qu'en l'absence de violation de celle-ci, en effet, que peut être rapporté un décret de naturalisation. Le contrôle du Conseil est donc aussi un contrôle de proportionnalité, par lequel sera vérifié que la décision négative ne porte pas une atteinte disproportionnée à un droit fondamental du requérant.

Un tel contrôle est désormais bien acquis, au point d'avoir donné lieu à un véritable standard jurisprudentiel, régulièrement répété par le Conseil d'État :

³⁵ Loi no 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, sur laquelle v. not. H. FULCHIRON, « La nationalité française entre identité et appartenance », *D.*, 2011, 1915.

³⁶ P. LAGARDE, *La nationalité française*, 4e éd., Paris, Dalloz, 2011, no 34.01.

³⁷ V. p. ex. : CE, 15 mars 1995, no 148768 ou encore CE, 21 février 1996, no 145231.

³⁸ Article 110 de l'ancien Code de la nationalité ; v. p. ex. CE, 16 février 1977, no 01244.

« un tel décret affecte un élément constitutif de l'identité de la personne concernée et est ainsi susceptible de porter atteinte au droit au respect de sa vie privée ; qu'en l'espèce, toutefois, eu égard à la date à laquelle il est intervenu et aux motifs qui le fondent, le décret attaqué ne peut être regardé comme ayant porté une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de Mme B... garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »³⁹.

C'est bien cette considération de protection des droits individuels qui constitue la justification la plus pertinente du contrôle juridictionnel exercé par les juridictions administratives.

Bien sûr, l'étendue limitée du contrôle est directement tributaire du caractère discrétionnaire de la procédure de naturalisation. Les conditions de naturalisation pourront faire l'objet d'un contrôle du Conseil d'État, mais d'un contrôle limité à l'inexactitude matérielle et à l'erreur de droit⁴⁰. Comme l'affirme P. Lagarde :

« La décision de rejet n'en reste pas moins une décision discrétionnaire et ce caractère se manifeste par un contrôle minimum exercé sur elle par la juridiction administrative (inexactitude matérielle des faits, erreur manifeste d'appréciation, détournement de pouvoir) »⁴¹.

On voit donc que seule une erreur grossière de qualification ou d'analyse de la part de l'administration serait susceptible de remettre en cause la validité de l'octroi de la nationalité.

Mais il reste que cette limite elle-même évolue, précisément pour tenir compte de la protection des individus.

Rien n'en témoigne mieux que l'évolution qui a frappé une condition, progressivement tombée en désuétude et solennellement abandonnée en 2016, relative à l'état de santé du requérant.

Traditionnellement, l'état de santé était en effet susceptible d'être pris en compte dans l'appréciation du gouvernement, notamment en lien avec la condition de ressources lorsque celui-ci affectait la capacité économique du demandeur ou lorsque la maladie ou le handicap étaient un obstacle à l'intégration de l'intéressé⁴². Cette position a pourtant fait l'objet d'un important revirement de jurisprudence en 2016.

³⁹ CE, 31 décembre 2018, no 419832. Dans le même sens, v. aussi, du même jour, les arrêts no 419636 ; no 410001 ainsi que CE, 22 octobre 2018, no 416674 ; CE, 24 septembre 2018, no 415136 ; CE, 7 mars 2018, no 412507 ; CE, 8 février 2019, no 419939.

⁴⁰ F. JAULT-SESEKE, S. CORNELOUP, S. BARBOU DES PLACES, *Droit de la nationalité et des étrangers*, Paris, PUF, 2015, p. no 257.

⁴¹ P. LAGARDE, *op. cit.*, no 34-162.

⁴² CE, 26 septembre 2001, no 206486 ; sur cet arrêt, v. la position du Commissaire du gouvernement ayant présenté des conclusions dans cette affaire : I. DE SILVA, « Naturalisation et handicap », *Petites Affiches*, 2001, no 255, p. 20.

Dans deux arrêts, concernant respectivement la réintégration et la naturalisation, le Conseil d'État a en effet pu affirmer que :

« l'autorité administrative dispose, en matière de naturalisation ou de réintégration dans la nationalité française, d'un large pouvoir d'appréciation ; qu'elle peut, dans l'exercice de ce pouvoir, prendre en considération notamment, pour apprécier l'intérêt que présenterait l'octroi de la nationalité française, l'intégration de l'intéressé dans la société française, son insertion sociale et professionnelle et le fait qu'il dispose de ressources lui permettant de subvenir durablement à ses besoins en France ; que l'autorité administrative ne peut, en revanche, se fonder exclusivement ni sur l'existence d'une maladie ou d'un handicap ni sur le fait que les ressources dont dispose l'intéressé ont le caractère d'une allocation accordée en compensation d'un handicap pour rejeter une demande de naturalisation ou de réintégration dans la nationalité française »⁴³.

Le contrôle exercé par les juridictions administratives témoigne incontestablement d'un recul du pouvoir discrétionnaire de l'État : est ici condamnée la possibilité de rejeter une demande de naturalisation sur le seul motif de l'état de santé, qui est donc désormais écarté des conditions de recevabilité. Il y aurait une erreur de droit, désormais, à se fonder sur ce seul motif.

Ce bref panorama est ici assez frappant : le pouvoir de l'État a bien reculé, au profit d'un contrôle, bien sûr limité, mais tout de même non négligeable, de la réalité des motifs sur lequel se fonde l'État. Il s'agit là d'une application particulière au droit de la nationalité de la tendance plus générale du recul de l'arbitraire de l'État au profit de la protection des droits fondamentaux.

Il n'en reste pas moins, bien entendu, que les pouvoirs de l'État restent largement discrétionnaires au fond, notamment parce qu'ils s'articulent autour d'une notion aussi vague que compliquée : l'intégration.

b.- Le contrôle de l'intégration

L'intégration est une notion extrêmement difficile à saisir, qui vise précisément à identifier et à faire produire des effets juridiques à ce sentiment d'appartenance. Au-delà des différentes conditions objectives (résidence, ressources, bonnes mœurs), le cœur de la naturalisation va être le contrôle par l'administration de cette condition d'intégration, parfois transformée en assimilation.

Celle-ci se loge désormais à l'article 21-24 du Code civil :

« Nul ne peut être naturalisé s'il ne justifie de son assimilation à la communauté française, notamment par une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue, de l'histoire, de la culture et de la société françaises, dont le niveau et les modalités d'évaluation sont

⁴³ CE, 11 mai 2016, no 388836 et no 389399.

fixés par décret en Conseil d'État, et des droits et devoirs conférés par la nationalité française ainsi que par l'adhésion aux principes et aux valeurs essentiels de la République.

À l'issue du contrôle de son assimilation, l'intéressé signe la charte des droits et devoirs du citoyen français. Cette charte, approuvée par décret en Conseil d'État, rappelle les principes, valeurs et symboles essentiels de la République française. »

Il y a là une évolution importante et largement discutée dans le grand public, selon laquelle il faudrait que les intéressés fassent leurs preuves en matière d'assimilation. Les liens objectifs ne suffiraient plus, il faudrait, en plus, une véritable démonstration subjective de la volonté du candidat à l'intégration à la société française et à ses valeurs, telles que formulées dans une charte. Là résulterait la différence entre intégration et assimilation⁴⁴.

Cette évolution, qui est diversement appréciée, prend évidemment place dans un débat politique extraordinairement émotif sur l'intégration des étrangers en France. Elle est tout de même très spécifique au droit de la naturalisation. Demander un engagement de volonté n'est pas absurde en matière de naturalisation : celle-ci résulte nécessairement d'une démarche positive de l'intéressé. Il n'y a pas de naturalisation sans demande de naturalisation.

La crainte ici est que le contrôle de l'État aille trop loin, jusqu'à un contrôle intrusif du mode de vie ou des opinions des intéressés⁴⁵. Cette crainte n'est nullement infondée. Mais il reste qu'elle doit être relativisée en matière de naturalisation qui reste une procédure fondamentalement discrétionnaire. Malgré ces critères, qui ne sont objectivés qu'en apparence, l'État garde très largement la main.

En réalité, ce dont semble témoigner l'article 21-24, c'est surtout d'une certaine époque, de crainte, de méfiance et de réaffirmation perpétuelle d'un idéal républicain qui serait en danger. Mais juridiquement, il ne change pas tant : la procédure de naturalisation reste celle par laquelle l'État va contrôler étroitement le sentiment particulier d'attachement d'un individu à la France. Dans ce contexte, l'article 21-24 est donc, très largement, une norme narrative, visant avant tout à expliciter et à rendre public ce contrôle de l'intime que suppose la naturalisation.

⁴⁴ Sur ce point, v. notamment les débats parlementaires au moment de l'adoption de la loi de 2011, cités par H. FULCHIRON, art. préc., p. 1919 et 1921.

⁴⁵ Comparer, en matière d'acquisition par mariage, Civ. 1, 4 nov. 2020, *JCP G*, 1er fév. 2021, 118. Note C. REITZER, *D.*, 2021, 257, obs. O. BOSKOVIC selon lequel la situation de bigamie est exclusive de la communauté de vie nécessaire à l'acquisition de la nationalité par le mariage.

2.- Du côté des décisions d'octroi : l'État émotif

La quasi-totalité du contentieux de la naturalisation porte sur la *contestation des décisions de refus*. Ainsi, par exemple, les arrêts du Conseil d'État rendus en 2018 et 2019 sur la naturalisation portent tous sur des décisions déniaut au requérant ou à ses enfants la nationalité française. Tel est notamment le cas dans le contentieux, très largement majoritaire, par lequel un requérant conteste que le décret de naturalisation le visant ait été rapporté⁴⁶.

En revanche, le contentieux est extrêmement marginal pour les décisions *favorables à la naturalisation*. Celles-ci sont très rarement contestées, pour d'évidentes raisons : d'une part, sauf exception strictement appréciée par le Conseil d'État⁴⁷, celui qui en a bénéficié n'agira évidemment pas contre le décret qui lui accorde ce qu'il demande⁴⁸ ; d'autre part, les tiers ne pourront que très rarement agir en contestation de la validité du décret de naturalisation, faute d'intérêt à agir⁴⁹. C'est d'ailleurs pour cette raison que l'obligation de motivation de l'article 27 du Code civil ne concerne que les décisions de refus.

Cette absence de contrôle, couplée au caractère discrétionnaire de la naturalisation, fait que l'État garde une large marge de manœuvre, y compris quant aux conditions de recevabilité même de la demande de naturalisation.

Parfois, cette marge de manœuvre est explicite dans le Code civil. Ainsi, par exemple de la condition dite de stage, soit de résidence d'une certaine durée, en principe de cinq ans (article 21-17).

La condition de stage de l'article 21-17 est susceptible de diverses dérogations qui tournent souvent autour de l'idée que l'on peut la réduire si l'on a rendu des services à la France. Ainsi de l'article 21-19, 6° du Code civil, qui dispense de la condition de stage en cas de « services exceptionnels » rendus à la France. Ainsi encore de la simple

⁴⁶ V. par ex. pour l'année 2018 : CE, 31 décembre 2018, no 419832 ; CE, 31 décembre 2018, no 418535 ; CE, 31 décembre 2018, no 418006 ; CE, 31 décembre, no 419636, no 410001, no 417720 ; CE, 26 décembre 2018, no 415370 ; CE, 7 décembre 2018, no 415435 ; CE, 7 décembre 2018, no 415936, CE, 7 décembre 2018, no 420326 ; CE, 22 octobre 2018, no 416674 ; CE, 5 octobre 2018, no 416358 ; CE, 24 septembre 2018, no 415136 ; CE, 26 juillet 2018, no 412882 ; CE, 26 juillet 2018, no 413131 ; CE, 18 juillet 2018, no 415967 ; CE, 7 mars 2018, no 412507 ; CE, 8 février 2018, no 411557 ; CE, 15 janvier 2018, no 410701.

⁴⁷ Ainsi notamment lorsque c'est le requérant lui-même qui a sollicité la décision dont il conteste finalement la légalité : CE, 26 avril 2006, no 278730 ; CE, 1er décembre 1993, no 120781 (absence d'erreur de l'administration) ou, pour l'acte de francisation d'un nom : CE, 9 juin 2017, no 406062 ; CE, 23 juin 1999, no 185616. En matière de nom de famille, v. encore CE, 8 mars 2012, no 350259 où a été dénié l'intérêt à agir du requérant en opposition à un décret portant changement de nom de son fils dès lors que ce décret a accordé au fils l'autorisation de porter un nom que le père lui-même avait demandée.

⁴⁸ V. toutefois, admettant l'intérêt à agir d'un enfant ayant bénéficié de l'effet collectif de la nationalité : CE, 1^{er} décembre 2010, no 332663.

⁴⁹ CE, 10 mars 1995, no 152266 et 159509, *Association « L'éthique du dimanche »*, déclarant irrecevable une action visant à contester une naturalisation obtenue par un sportif.

réduction de stage de l'article 21-18, 2^o, qui la réduit à deux ans pour celui qui « a rendu ou qui peut rendre par ses capacités et ses talents des services importants à la France ». En l'occurrence, la distinction entre les « services importants » et les « services exceptionnels » – dont il est parfois noté qu'elle « peut faire sourire »⁵⁰ – relève bien de la seule appréciation du gouvernement. En pratique, ces appréciations ne peuvent pas être contestées en justice, faute d'intérêt à agir et faute, au fond, de possibilité réelle de contrôle.

On est ici au cœur de la raison d'État, mais avec tout de même la traduction juridique d'un sentiment fort : la gratitude.

Mais parfois, l'émotion peut faire perdre à l'État toute mesure et le conduire à oublier toutes les conditions pourtant posées par le Code civil lui-même : assimilation, revenus, résidence surtout, alors même que l'article 21-16 affirme avec force que :

« nul ne peut être naturalisé s'il n'a en France sa résidence au moment de la signature du décret de naturalisation. »

Aucune exception ne semble admise. Et pourtant, témoigne avec éclat du contraire, la naturalisation de MM. Anthony Sadler, Alek Skarlatos et Spencer Stone, plus connus sous leur sobriquet de « Héros du Thalys »⁵¹. Ces trois individus, en raison de leur conduite héroïque le 21 août 2015 ayant conduit à l'arrestation d'un terroriste, ont reçu les honneurs de la République. Après la légion d'honneur, accordée en 2015, ils ont fait l'objet d'une décision de naturalisation le 18 septembre 2018⁵². Le décret prend la forme habituelle d'une longue liste de noms des personnes faisant l'objet d'une naturalisation. Il ne fait bien sûr aucun doute que les trois personnes visées ont bien bénéficié d'une naturalisation en raison des services exceptionnels rendus à la France.

Mais il reste que, juridiquement, la naturalisation ne paraît pas avoir été faite conformément aux règles classiques.

La voie procédurale spécifique de l'article 21-19, 6^o ne semble pas avoir été suivie, puisqu'aucune mention n'est faite de l'avis du Conseil d'État, pourtant obligatoire.

Surtout, les conditions de recevabilité ont fait l'objet d'une appréciation particulièrement souple, pour ne pas dire inexistante, de la part du gouvernement. Le domicile à l'étranger des intéressés n'était nullement contesté, au point d'ailleurs que la

⁵⁰ P. LAGARDE, *op. cit.*, no 34.53.

⁵¹ Sur l'ensemble, v. l'article Wikipédia sur l'attentat du train Thalys : « Attentat du train Thalys le 21 août 2015 », *Wikipédia* [en ligne], mis à jour le 9 janvier 2021. [Consulté le 12 mai 2021] Disponible sur Internet : <https://fr.wikipedia.org/wiki/Attentat_du_train_Thalys_le_21_aout%3%BBt_2015>.

⁵² Décret du 18 septembre 2018 portant naturalisation, réintégration, mention d'enfants mineurs bénéficiant de l'effet collectif attaché à l'acquisition de la nationalité française par leurs parents, francisation de noms et de prénoms et libération de l'allégeance française, NOR : *INTN1824196D*, JO du 20 septembre 2018.

cérémonie symbolique de remise du certificat de naturalisation a eu lieu le 31 janvier 2019 à Sacramento (Californie) et a été menée par le consul général de France à San Francisco. De la même façon et de l'avis des intéressés eux-mêmes⁵³, leur connaissance de la langue française est rudimentaire, laissant craindre que la condition d'assimilation ne soit pas remplie avec l'habituelle rigueur. Rien ne laisse supposer, enfin, que les intéressés aient le moindre revenu en France. Autant dire que la loi a été quasiment explicitement violée en la matière, et par l'État français lui-même.

Nul ne s'en plaindra, bien sûr. Mais il est difficile de faire apparaître plus clairement que l'appréciation des conditions de naturalisation est ici laissée totalement à la discrétion de l'État qui offre ni plus ni moins sa nationalité à trois personnes pour les remercier de leur conduite héroïque.

Ici, n'est-ce pas l'État qui est sentimental ?

B.- La perte et la déchéance de la nationalité française

Le sentiment d'appartenir à la communauté nationale, même s'il ne suffit pas à lui seul en l'absence de la réunion de certaines conditions objectives, peut contribuer à créer un lien de nationalité entre une personne et l'État français⁵⁴. Inversement, l'absence de sentiment d'appartenance, voire l'hostilité ou le ressentiment à l'égard de la communauté nationale, peuvent conduire à détruire un lien de nationalité. Cette dernière distinction, entre l'absence de sentiment d'appartenance et l'hostilité, qui peut devenir un véritable ressentiment, se traduit, il nous semble, en droit français de la nationalité à travers la distinction opérée par le Code civil entre les cas de *perte de la nationalité française*⁵⁵, et les cas de *déchéance de la nationalité française*⁵⁶. Tous marquent « le passage de la qualité de Français à celle de non-Français »⁵⁷, mais les cas de perte de nationalité entérinent l'absence d'effectivité du lien de nationalité, alors que les cas de déchéance viennent sanctionner des actes d'une particulière gravité et offrent, selon nous, une matière de réflexion plus riche au regard du thème du séminaire.

En effet, à travers les cas de perte de nationalité, le droit français appréhende l'absence de sentiment d'appartenance à la communauté nationale, et par là-même le non-sentiment. L'idée, très simplifiée, en matière de perte de la nationalité française est

⁵³ « Anthony Sadler, Alek Skarlatos et Spencer Stone, les 3 héros du Thalys, reçoivent la nationalité française », *Le Monde* [en ligne], 1^{er} février 2019. [Consulté le 12 mai 2021] Disponible sur Internet : <https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/02/01/les-trois-heros-americains-du-thalys-ont-recu-la-nationalite-francaise_5417428_3224.html>.

⁵⁴ H. FULCHIRON, « La nationalité française entre identité et appartenance », *D.*, 2011, p. 1915, spéc. p. 1916 : « Les enjeux liés à l'appartenance se traduisent en droit français de la nationalité par la place donnée à l'intégration. [...] une attention croissante est accordée aux éléments les plus subjectifs de l'intégration : ceux qui sont liés à la personne elle-même, à ses efforts personnels d'intégration [...] ».

⁵⁵ Articles 23 à 23-9 du Code civil [Section 1 : De la perte de la nationalité française].

⁵⁶ Articles 25 et 25-1 du Code civil [Section 3 : De la déchéance de la nationalité française].

⁵⁷ P. LAGARDE, « La nationalité », *Répertoire du droit civil*, Dalloz, juin 2013, § 334.

qu'à partir du moment où il n'y a plus de sentiment d'appartenance, il n'y a plus de nationalité. Il s'agit d'une idée simplifiée, en ce sens qu'elle peut paraître évidente en matière de perte *volontaire* de nationalité, mais reste plus discutable en ce qui concerne les pertes *involontaires* de nationalité, qui résultent d'un jugement ou d'une décision de l'autorité publique. Ainsi, lorsque l'individu sollicite la perte de sa nationalité, il manifeste lui-même son absence de sentiment d'appartenance à la communauté nationale, qui n'est finalement que constatée par le droit⁵⁸. En revanche, s'agissant des cas de perte involontaire de nationalité, le droit suppose l'absence de sentiment d'appartenance. Il la déduit de conditions objectives qui manifestent, selon lui, un lien de nationalité non effectif, mais qui pourraient ne pas refléter le sentiment réel de l'individu à l'égard de la communauté nationale⁵⁹.

Au contraire, en matière de déchéance de nationalité, le droit français ne s'attache pas à tirer les conséquences d'une absence de sentiment, réelle ou supposée, mais est amené à se saisir de la manifestation d'émotions et de sentiments extrêmement forts.

À la lumière des débats suscités par le projet d'extension de la déchéance de nationalité en 2015⁶⁰, il n'est pas exagéré d'affirmer que cette question déchaîne les passions. Ce déferlement d'émotions peut s'expliquer, il nous semble, par le fait que la déchéance de nationalité touche à la « mystique de la nation » française⁶¹, à ce symbole d'une communauté d'appartenance unie et fondée sur des valeurs, des principes ou encore une histoire partagés. Mais, si « la nation, c'est d'abord une émotion », comme a pu l'écrire le sociologue Pierre Fougeyrollas⁶², le droit de la nationalité et, par-là même, la déchéance de nationalité, reposent en revanche sur des sentiments. En ce sens, la déchéance de nationalité peut tout d'abord s'apparenter, dans certains cas, à une réaction du corps social face à un sentiment bien précis de l'individu, à savoir son ressentiment (1). Il apparaît également que cette pratique révèle une conception inégalitaire du sentiment d'appartenance, mettant ainsi à l'épreuve la conception française de l'appartenance à la communauté nationale (2).

⁵⁸ Par exemples, articles 23-3, 23-4 ou 23-5 du Code civil.

⁵⁹ Par exemples, articles 23-7 et 23-8 du Code civil. Un exemple particulièrement frappant de la distorsion possible entre la conception légale de l'effectivité du lien de nationalité, d'une part, et le sentiment d'appartenance de l'individu, d'autre part, se trouve dans l'affaire *Tjebbes* et l'article 15 § 1 c) de la loi sur la nationalité néerlandaise (CJUE, gr. ch., 12 mars 2019, *M. G. Tjebbes e.a. contre Minister van Buitenlandse Zaken*, aff. C-221-17 ; *RTD eur.*, 2019, p. 709, note E. PATAUT ; *D.*, 2019, p. 875, note J. LEPOUTRE).

⁶⁰ *V. supra*.

⁶¹ H. FULCHIRON, « Les enjeux contemporains du droit français de la nationalité à la lumière de son histoire », *Pouvoirs*, 2017, no 160, p. 7-17, spéc. p. 15-16.

⁶² P. FOUGEYROLLAS, *La nation. Essor et déclin des sociétés modernes*, Paris, Fayard, 1987, coll. « Essai », p. 7.

1.- La déchéance de la nationalité française en matière de terrorisme, une réaction du corps social face au ressentiment

En droit français, la déchéance de nationalité s'apparente tout d'abord à une réaction, en ce sens qu'elle n'est, pour le moment du moins⁶³, pas préventive. Il s'agit d'une sanction « réactive », faisant suite à la commission d'actes d'une grande gravité, dont la liste limitative figure à l'article 25 du Code civil :

« L'individu qui a acquis la qualité de Français peut, par décret pris après avis conforme du Conseil d'État, être déchu de la nationalité française, sauf si la déchéance a pour résultat de le rendre apatride :

10 S'il est condamné pour un acte qualifié de crime ou délit constituant une atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation ou pour un crime ou un délit constituant un acte de terrorisme ;

20 S'il est condamné pour un acte qualifié de crime ou délit prévu et réprimé par le chapitre II du titre III du livre IV du Code pénal ;

30 S'il est condamné pour s'être soustrait aux obligations résultant pour lui du Code du service national ;

40 S'il s'est livré au profit d'un État étranger à des actes incompatibles avec la qualité de Français et préjudiciables aux intérêts de la France. »

À notre connaissance⁶⁴, depuis 2002, dix-neuf déchéances de la nationalité française pour terrorisme ont été prononcées par l'administration. C'est dire l'importance pratique de ce motif de déchéance, ajouté par le législateur en 1996⁶⁵ et s'inscrivant dans le cadre d'une loi tendant à appréhender « un terrorisme interne violent composé [désormais] essentiellement de ressortissants français »⁶⁶.

Ce motif semble également particulièrement intéressant pour le présent séminaire en raison des sentiments qu'il appréhende. En effet, le deuxième motif de déchéance

⁶³ Proposition de loi no 2946 visant à étendre la déchéance de la nationalité française à tout individu portant les armes ou assistance aux côtés de terroristes, présentée par M. le député J.-C. Lagarde et enregistrée le 12 mai 2020 : il s'agit, selon le député, de faire face à « un enjeu particulièrement grave qui menace la sécurité de notre pays : celui du rapatriement des ressortissants français ayant rejoint les rangs des organisations terroristes ». Si cette proposition devait être adoptée, la déchéance de nationalité deviendrait « préventive » en ce qu'elle ne viserait plus seulement à réprimer des actes terroristes, mais à les prévenir.

⁶⁴ Treize déchéances de la nationalité française pour terrorisme ont été prononcées de 2002 à 2015 (J. LEPOUTRE, « Le bannissement des nationaux. Comparaison (France-Royaume-Uni) au regard de la lutte contre le terrorisme », *Rev. crit. DIP*, 2016, p. 107, spéc. p. 109). Deux ont été prononcées en 2019 (décret du 22 octobre 2019, JO no 0248 du 24 octobre 2019 ; décret du 27 mai 2019, JO no 0124 du 29 mai 2019), et quatre en 2020 (décret du 26 septembre 2020, JO no 0240 du 2 octobre 2020 ; décret du 20 novembre 2020, JO no 0283 du 22 novembre 2020 ; décret du 8 décembre 2020, JO no 0298 du 10 décembre 2020 ; décret du 23 décembre 2020, JO no 0001 du 1er janvier 2021).

⁶⁵ Loi no 96-697 du 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme.

⁶⁶ Sénat, rapport no 178 (1995-1996) de M. Paul Masson fait au nom de la commission des lois [en ligne], 24 janvier 1996. [Consulté le 12 mai 2021] Disponible sur Internet : <<https://www.senat.fr/rap/195-178/195-178.html>>.

répond vraisemblablement à une certaine malveillance à l'égard de l'administration publique (art. 25, 20), tandis que les deux derniers peuvent certainement être vus comme des réactions à l'opposition, voire à l'hostilité d'un individu vis-à-vis des intérêts de la France (art. 25, 30 et 40). En revanche, l'article 25, 10 appréhende des sentiments extrêmement violents qui relèvent davantage du registre de la haine.

Plutôt que de sentiments, il est permis de se demander si le droit ne saisit pas, à travers la déchéance pour terrorisme, des émotions, violentes mais brèves. La manifestation publique de la haine que l'on peut facilement prêter à celui qui se rend coupable d'un acte de terrorisme est en effet parfois d'une extrême brièveté. Néanmoins, nombreux sont aujourd'hui les travaux en matière de terrorisme qui montrent que le basculement dans la violence naît, généralement, d'un ressentiment qui n'a rien de bref⁶⁷. Ce ressentiment consiste à « revivre une *ré-action* émotionnelle »⁶⁸, à ruminer une blessure ou une expérience vécue comme une injustice. L'individu nourrit ainsi un désir de vengeance « jusqu'à finir [selon les mots de l'historien Marc Ferro] par exploser »⁶⁹. Ces mots sont d'une réalité cruelle, mais ils montrent que la déchéance de nationalité pour terrorisme vient saisir des sentiments durables, et non des émotions éphémères. Finalement, la condamnation pour un acte de terrorisme traduit un ressentiment si profond chez l'individu qu'elle peut entraîner une réaction de l'État, et cette réaction consiste à expulser l'individu de la communauté nationale. Expulsé *symboliquement* par la déchéance de sa nationalité, voire expulsé *littéralement* lorsque la déchéance est suivie d'une mesure d'éloignement du territoire français.

L'on peut noter, toutefois, que la déchéance pour terrorisme ne vient pas sanctionner uniquement la manifestation d'un ressentiment à l'égard de la communauté française, mais qu'elle vient parfois sanctionner la participation à des attentats commis à l'étranger. En ce sens, les cinq déchéances prononcées en 2015 l'ont été à l'égard d'individus ayant apporté leur soutien à un groupe terroriste auteur des attentats de Casablanca du 16 mai 2003⁷⁰.

Par ailleurs, toutes les personnes qui concrétisent leur ressentiment par la commission d'actes terroristes ne sont pas obligatoirement déchues de leur nationalité. Déjà, si la déchéance ne peut être prononcée que dans l'un des quatre cas énumérés par l'article 25 du Code civil, « elle ne doit pas nécessairement l'être »⁷¹ et reste à la discrétion de l'autorité publique. Ensuite, une déchéance ne peut concerner que les bi- ou

⁶⁷ M. GUIDÈRE, « Psychologie des terroristes solitaires », in M. GUIDÈRE (dir.), *Les nouveaux terroristes*, Paris, Autrement, 2010, p. 83-92, spéc. p. 18 et s. ; M. BENRAAD, « État islamique : une idéologie du ressentiment », tribune, *Libération*, 4 novembre 2019.

⁶⁸ C. FLEURY, *Ci-gît l'amer. Guérir du ressentiment*, Paris, Gallimard, 2020, p. 19. Sur les liens entre le ressentiment individuel et la « santé démocratique » d'une société, v. p. 268 et s.

⁶⁹ M. FERRO, *Le ressentiment dans l'histoire. Comprendre notre temps*, Paris, Odile Jacob, 2008, p. 35.

⁷⁰ CEDH, 25 juin 2020, *Ghoumid et a. c/ France*, no 52273/16 ; *J.D.I.*, 2021 p. 242, note J. LEPOUTRE, *RFDA*, 2020 p. 1107, note J. ANDRIANTSIMBAZOVINA.

⁷¹ P. LAGARDE, « La nationalité », *Répertoire du droit civil*, Dalloz, juin 2013, § 389.

plurinationaux, afin d'éviter les cas d'apatridie⁷². Enfin, seuls les Français qui ont acquis la nationalité française⁷³ peuvent être déchus, par opposition aux Français qui se sont vus attribuer la nationalité française à leur naissance⁷⁴. Cette différence entre Français « d'acquisition » et Français « d'origine » éprouve, il nous semble, la conception française de l'appartenance à la communauté nationale en révélant une conception inégalitaire du sentiment d'appartenance.

2.- La déchéance de la nationalité française, une sanction révélatrice d'une conception inégalitaire du sentiment d'appartenance

La façon dont le droit réagit aux événements graves listés à l'article 25 du Code civil, par la déchéance, est révélatrice des conditions d'appartenance à la communauté nationale. Or, si la conception française de la nationalité n'est pas purement « élective », elle n'en repose pas moins sur un fort sentiment d'appartenance. Comme l'affirme Hugues Fulchiron, « la nationalité française est le symbole d'appartenance à une communauté fondée sur le partage d'un certain nombre de principes et de valeurs »⁷⁵.

De prime abord, la déchéance de nationalité semble cohérente avec cette conception de la nationalité fondée sur le sentiment d'appartenance des individus, puisqu'en commettant l'un des actes dont la liste figure à l'article 25 du Code civil, l'individu rejeterait les principes et valeurs partagés par le corps social. Il matérialiserait l'anéantissement de son sentiment d'appartenance, et marquerait par-là même le rejet de la communauté française. Par la déchéance, l'État viendrait alors sanctionner symboliquement la rupture, par l'individu, du lien qui l'unissait à la communauté nationale. L'on retrouve ici l'argument avancé par l'État français pour justifier de la conventionnalité des mesures de déchéance au regard de l'article 4 du Protocole no 7 de la Convention EDH, et admis par la Cour de Strasbourg dans l'affaire *Ghoumid* : la déchéance vise, selon la Cour, « à tirer conséquence du fait qu'une personne ayant bénéficié d'une mesure d'acquisition de la nationalité française a par la suite brisé son lien de loyauté envers la France en commettant des actes particulièrement graves qui, s'agissant d'actes de terrorisme, sapent le fondement même de la démocratie. Elle tend ainsi avant tout à prendre solennellement acte de la rupture de ce lien entre eux et la France. »⁷⁶

Mais, si « la nationalité française est moins un inné qu'un acquis, en ce sens qu'elle ne repose pas sur des caractères inhérents à un individu ou à un groupe [...], mais sur l'adhésion individuelle et collective à un ensemble de principes et de valeurs »⁷⁷,

⁷² Précision ajoutée par l'article 23 de la loi no 98-170 du 16 mars 1998 relative à la nationalité.

⁷³ Articles 18 à 20-5 du Code civil [Chapitre II : De la nationalité française d'origine].

⁷⁴ Articles 21 à 22-3 du Code civil [Chapitre III : De l'acquisition de la nationalité française].

⁷⁵ H. FULCHIRON, « Nationalité », *JCl. Droit international*, Synthèse, 2020, § 24.

⁷⁶ CEDH, 25 juin 2020, *Ghoumid*..., préc., point 71.

⁷⁷ H. FULCHIRON, « La nationalité française entre identité et appartenance », préc., p. 1915-1916.

comment justifier la distinction opérée entre les Français d'origine et les Français d'acquisition ? Par cette distinction, l'État forge une présomption d'appartenance de certains Français, et suppose que le sentiment d'appartenance des Français qui ont acquis la nationalité française est moins fort que celui des Français qui sont nés avec cette nationalité. Par l'absurde, cela revient à considérer qu'une personne née française par filiation⁷⁸, mais qui aurait vécu plus de la moitié de sa vie à l'étranger, est « plus française » qu'une personne qui aurait acquis la nationalité française par sa naissance et sa résidence en France⁷⁹, et qui y aurait vécu toute sa vie.

Au-delà de sa logique discutable, cette distinction révèle surtout une différence de traitement entre Français d'origine et Français d'acquisition qui pourrait s'apparenter à une discrimination indirecte illégale au sens de l'article 14 de la Convention EDH⁸⁰. Dans une résolution adoptée en janvier 2019, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe s'est dite « préoccupée par le fait que certains États considèrent la nationalité comme un privilège, et non comme un droit »⁸¹. Une inquiétude supplémentaire s'ajoute lorsque la nationalité française est perçue comme un droit pour certains Français, et seulement comme un privilège pour d'autres.

Le Conseil constitutionnel a jugé à deux reprises que cette distinction n'était pas contraire au principe d'égalité des citoyens devant la loi « compte tenu de l'objectif tendant à renforcer la lutte contre le terrorisme »⁸². Il y a donc bien différence de traitement, mais celle-ci est justifiée selon les Sages de la République française.

La Cour de Strasbourg ne s'est pas encore prononcée sur la conventionnalité de cette différence de traitement opérée par la France, mais aussi par d'autres États européens⁸³, en matière de déchéance de nationalité. Dans l'arrêt *Ghoumid et a. c/ France* rendu le 25 juin 2020, elle a en revanche pu se prononcer sur la conformité du régime français au regard de l'article 8 de la Convention, puisqu'en tant qu'élément de l'identité des personnes, la nationalité relève du droit au respect à la vie privée⁸⁴. Par le biais de cet

⁷⁸ Article 18 du Code civil.

⁷⁹ Article 21-7 du Code civil.

⁸⁰ En ce sens, v. le rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE), « La déchéance de nationalité comme mesure de lutte contre le terrorisme : une approche compatible avec les droits de l'Homme ? », Rapporteur T. STRIK, doc. 14790, 7 janvier 2019, § 2, 18, 28 et 47.

⁸¹ Résolution 2263 (2019) de l'APCE, « La déchéance de nationalité comme mesure de lutte contre le terrorisme : une approche compatible avec les droits de l'homme ? », adoptée le 25 janvier 2019.

⁸² Cons. const., 16 juillet 1996, no 96-377, § 23 ; Cons. const., 23 janvier 2015, QPC no 2014-439, § 13, *Rev. crit. DIP*, 2015, p. 115, note P. LAGARDE.

⁸³ Selon le rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'APCE précité, la Belgique, l'Estonie et le Luxembourg opèrent une différence de traitement similaire, sans la justifier (§ 28). La Cour EDH a toutefois pu juger que la distinction opérée par la législation danoise en matière de regroupement familial, entre ressortissants danois de souche et ressortissants danois d'origine ethnique étrangère, est une discrimination indirecte illégale au regard de l'article 14 de la Convention (CEDH, 24 mai 2016, *Biao c/ Danemark*, req. no 38590/10).

⁸⁴ CEDH, 25 juin 2020, *Ghoumid...*, préc., point 43.

article, la Cour peut examiner les conséquences de la déchéance de nationalité sur la vie privée des requérants. Elle peut ainsi – ou, en tous cas, *aurait pu* – réintroduire les sentiments et le vécu de l'individu déchu de sa nationalité. Mais, dans l'arrêt *Ghoumid*, le grief fondé sur l'article 8 est balayé par le contexte terroriste, et les conséquences de la déchéance sur la vie privée des requérants sont minimisées. La Cour relève d'entrée de jeu que « la violence terroriste constitue en elle-même une grave menace pour les droits de l'homme » et que « les condamnations pénales des intéressés révèlent des allégeances qui montrent le peu d'importance qu'a eu leur attachement à la France et à ses valeurs dans la construction de leur identité personnelle »⁸⁵.

Ainsi que l'a relevé Jules Lepoutre, cette affaire « montre que, loin de ne plus seulement progresser, l'intensité du contrôle en droit de la nationalité recule »⁸⁶. Dans un domaine où l'arbitraire de l'État avait perdu du terrain au profit de la protection des droits fondamentaux⁸⁷, les considérations de souveraineté resurgissent à la faveur d'un contexte troublé par la lutte contre le terrorisme, alors même que les déchéances de nationalité sont des mesures radicales qui peuvent s'accompagner « d'une forme de mort sociale »⁸⁸, et qui peuvent aller à l'encontre de l'objectif de lutte contre le terrorisme. En tant que processus d'exclusion et de marginalisation, ces mesures nourrissent en effet le ressentiment qu'elles sanctionnent et qui est à l'origine des passages à l'acte terroristes.

L'instrumentalisation du droit de la nationalité a déjà pu être analysée en doctrine comme un signe de « déclin du droit »⁸⁹. Et, si la « hantise de l'immigration frauduleuse » vicie déjà grandement le droit de la nationalité⁹⁰, les discours qui véhiculent une terreur irraisonnée du terrorisme le pervertissent certainement tout autant. Se confirme ainsi l'idée que, en matière de nationalité, non seulement l'émotion n'est certainement pas la meilleure conseillère mais, plus encore, qu'un excès de passions recèle bien des dangers⁹¹.

⁸⁵ *Ibid.*, point 50.

⁸⁶ J. LEPOUTRE, note sous l'arrêt, *J.D.I.*, 2021 p. 242, spéc. p. 246.

⁸⁷ *V. supra.*

⁸⁸ C. ZALC, « La naturalisation, acte ou vecteur d'intégration ? Retour sur l'histoire du débat dans le premier XXe siècle », *Pouvoirs*, 2017, no 160, p. 47-60, spéc. p. 59.

⁸⁹ P. LAGARDE, « La déchéance de nationalité », *D.*, 2010, p. 1992.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ V. d'ailleurs sur ce point J. LEPOUTRE, « La déchéance de la nationalité, un outil pertinent ? », *Esprit*, 2015, p. 118-120, spéc. p. 120 : « [...] la prudence est de rigueur en matière de nationalité. Comme Hannah Arendt et Earl Warren l'ont démontré, la nationalité n'est rien d'autre que "le droit d'avoir des droits". Le retour de certaines formes de bannissement des individus jugés indignes ou déloyaux est une atteinte forte aux droits fondamentaux qui se concilie peu avec l'engagement libéral des démocraties modernes. L'exil des individus accusés de terrorisme ne tend d'ailleurs qu'à déplacer le problème : un individu dangereux ne le sera pas moins hors de son pays d'origine ; la gestion commune, globalisée et responsable des risques s'accommode mal d'une telle démonstration d'unilatéralité. »

Appel à contributions n° 4/21

La *Revue juridique de la Sorbonne – Sorbonne Law Review* lance un appel à contributions pour son quatrième numéro à paraître en décembre 2021.

La *Revue juridique de la Sorbonne* a pour ambition de publier des travaux qui peuvent intéresser la communauté des juristes et des chercheurs. Ces travaux peuvent explorer différents lieux et temporalités du droit sans restriction, mais sont invités à proposer des analyses susceptibles d'éclairer le plus grand nombre sans se contenter d'une vision trop circonscrite. 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.

Les chercheurs intéressés peuvent envoyer leurs contributions complètes, accompagnées d'un court résumé et d'une sélection de mots-clés, à l'adresse :

irjs-editions@univ-paris1.fr
au plus tard le 7 octobre 2021.

Le titre, le résumé et les mots-clés de l'article devront être en français et en anglais.

Les auteurs des articles sont invités à préciser leur nom en début d'article, leur affiliation institutionnelle et leur grade académique, ainsi que leurs coordonnées (postale et électronique).

Les contributions, originales, devront être envoyées au format Word (.doc ou .docx), police Constantia, 12, interligne de 16 points, références bibliographiques incluses dans les notes de bas de page numérotées de façon continue.

L'évaluation des articles soumis à la rédaction est effectuée en double aveugle par les membres du comité scientifique de la revue ou des membres externes le cas échéant, selon les domaines de compétences sollicités par l'article.

La *Revue juridique de la Sorbonne* est un périodique semestriel numérique en libre accès, sous licence Creative Commons (BY) (NC) (ND).

Pour en savoir plus : <https://irjs.pantheonsorbonne.fr/revue-juridique-sorbonne>

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-paris1.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.