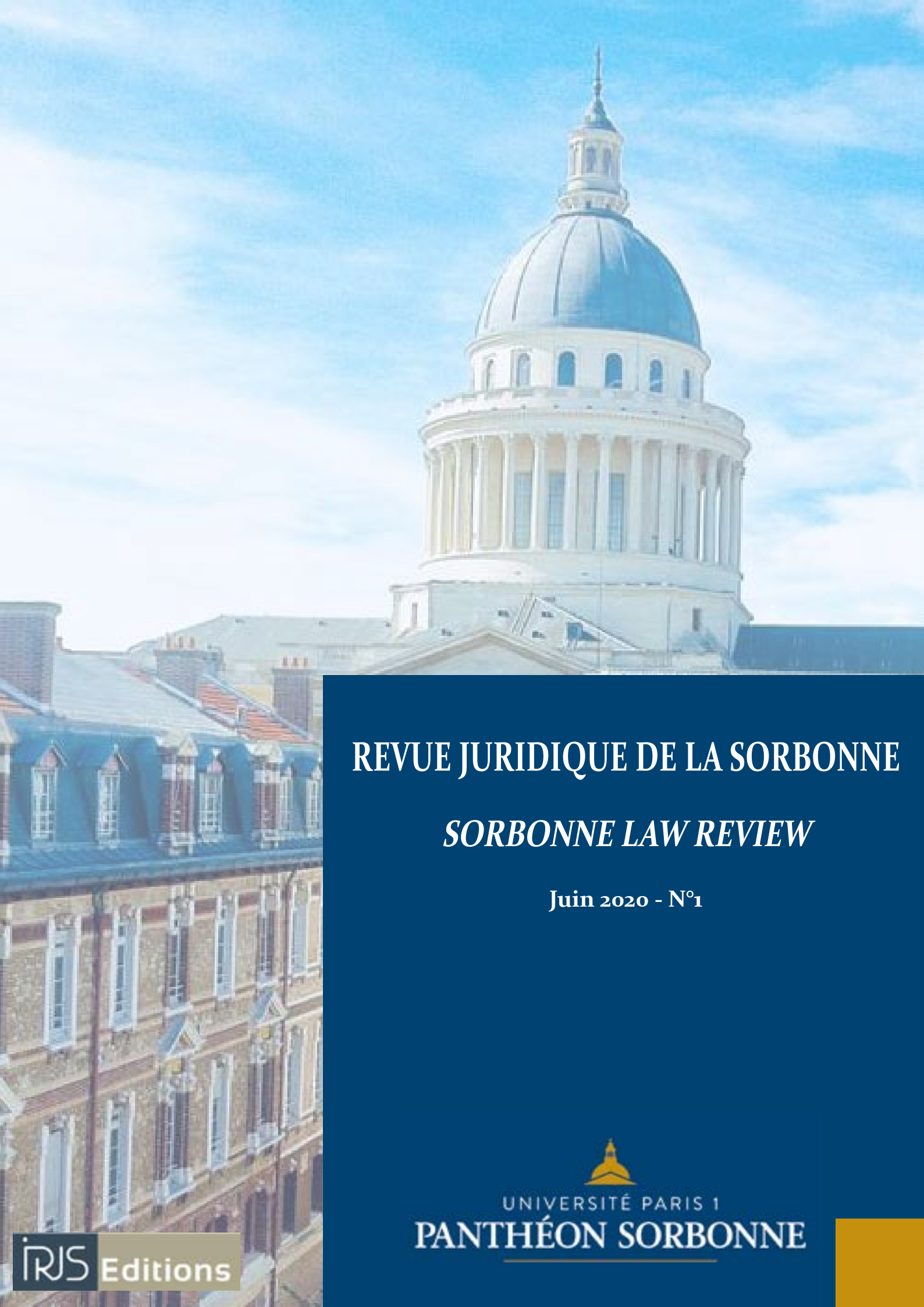




REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE
SORBONNE LAW REVIEW

Juin 2020 - N°1



UNIVERSITÉ PARIS 1
PANTHÉON SORBONNE

Revue Juridique de la Sorbonne – *Sorbonne Law Review*

Comité scientifique

Jean-Luc ALBERT, Professeur à Aix-Marseille Université
 Mireille BACACHE, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
 Grégoire BIGOT, Professeur à l'Université de Nantes
 David BOSCO, Professeur à Aix-Marseille Université
 Philippe BONFILS, 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 HOUSIER, Professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne
 Laurence IDOT, Professeur émérite de l'Université Paris II Panthéon-Assas
 Laurence JEGOUZO, Maître de conférences HDR à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
 Xavier LAGARDE, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
 Anne-Marie LEROYER, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
 Pascal LOKIEC, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
 André LUCAS, Professeur à l'Université de Nantes
 Vincent MALASSIGNE, Professeur à CY Cergy Paris Université
 Nathalie MALLET-POUJOL, Professeur à l'Université de Montpellier
 Arnaud MARTINON, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
 Anne-Catherine MULLER, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
 Etienne PATAUT, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
 Adalberto PERULLI, Professeur à l'Université de Venise
 Laurent PFISTER, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Philippe PIERRE, Professeur à l'Université de Rennes
 Stéphanie PORCHY-SIMON, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3
 Catherine PRIETO, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
 Panthéon-Sorbonne
 Laurence USUNIER, Professeur à CY Cergy Paris Université
 Michel VIVANT, Professeur à l'École de droit de Sciences-Po
 Nicolas WAREMBOURG, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université
 Paris 1 Panthéon-Sorbonne
 Célia ZOLYNSKI, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
 Panthéon-Sorbonne

Directeur de la publication

Georges HADDAD, Président 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

Camille SCOTTO D'ARDINO

Remerciements à Nissim ELKAÏM et à Sarah ELKAÏM BEHAR

- Volet communication et diffusion :

Emma BRETON

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

Revue gratuite, en *open access* et disponible sur : <https://irjs.univ-paris1.fr/>



Langues de publication : français, anglais, espagnol, italien

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 : en cours

Dépôt légal : juin 2020, mise en ligne le : 3 juin 2020

Édito

Emmanuel Jeuland et Xavier Lagarde

*Professeurs à l'École de droit de la Sorbonne –
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

La recherche en droit et l'édition juridique ne sont pas seulement passées à l'heure du numérique : elles se sont transformées dans leur essence même. Les manières de chercher au moyen de nombreuses données, par des mots clefs, au-delà des frontières nationales et disciplinaires modifient le sens de la doctrine d'une manière qui n'est pas encore entièrement définie et stabilisée. L'*open access* des résultats de la recherche en droit perturbe également le marché de l'édition juridique.

Les parutions dans la Revue Juridique de la Sorbonne (*Sorbonne Law Review*) resteront accessibles, librement et de manière pérenne. En tous lieux et en tout temps, les chercheurs pourront accéder aux contributions publiées dans la Revue et se dispenser des coûts et des pesanteurs qu'impliquent les circuits traditionnels d'édition et de diffusion.

Les fondateurs de la Revue forment le vœu que la contraction de ces deux activités renforce le lien entre les auteurs et leurs lecteurs, encourage la transmission des savoirs et consolide la communauté des chercheurs qui œuvrent dans le domaine du droit et des humanités.

Cette revue a vocation à accueillir les travaux des chercheurs de l'IRJS mais aussi des travaux provenant d'autres juristes, français ou étrangers. Un comité de lecture a été mis en place pour garantir un haut niveau de qualité et de reconnaissance. Tous les sujets qui intéressent le droit et auxquels le droit s'intéresse trouveront bon accueil. Dans le respect des dispositions de la loi République Numérique, est également envisagée la réédition d'anciens articles de référence, devenus presque introuvables.

Sommaire

Édito	3
Emmanuel JEULAND et Xavier LAGARDE	
Le sentiment de justice. Un concept pertinent pour évaluer la qualité du règlement des différends en ligne ?	5
Jean-François ROBERGE	
L'émergence et l'évolution des tribunaux virtuels au Canada – L'exemple de la Plateforme d'aide au règlement des litiges en ligne (PARLe).....	22
Nicolas VERMEYS et Maria-Fernanda ACEVEDO LANAS	
Colloque « Vers un réseau européen du contrôle des concentrations »	52
Catherine PRIETO (sous la direction de)	
L'énigme du lien de droit.....	144
Emmanuel JEULAND	
L'approche relationnelle du droit : avant les ailes, les racines ?	172
Jérémie VAN MEERBEECK	
Legal Relational Approaches: Roots before Wings?	189
Jérémie VAN MEERBEECK	

Le sentiment de justice. Un concept pertinent pour évaluer la qualité du règlement des différends en ligne ?

Jean-François ROBERGE*

Professeur titulaire

Directeur des programmes en prévention et règlement des différends (PRD)

Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke

Membre du Groupe pour la prévention et le règlement des différends

(G-PRD). Chercheur sur le projet Autonomisation des Acteurs Judiciaires par la Cyberjustice (AJC) du Laboratoire de Cyberjustice du Centre de recherche en droit public (CRDP) - Université de Montréal

Summary: *The sense of justice is a concept that we rediscover, and which aligns with an emerging global trend to meet the challenge of access to law and justice according to a people-centered vision. In Canada, there is a call for a cultural shift in the legal profession and recent initiatives are following this people-focus trend notably through the practice of appropriate dispute resolution mechanisms taking advantage of technology. In order to measure this evolution, we have developed an access to justice index which we present here, and conducted an empirical study aiming to assess the experience of justice of consumers who used the online dispute resolution platform PARLE.*

Keywords: *sense of justice, access to justice, civil procedure, empirical research, online dispute resolution, negotiation, mediation, cyberjustice.*

Résumé : Le sentiment de justice est un concept que nous redécouvrons et qui est cohérent avec une tendance émergente sur le plan mondial visant à relever le défi de l'accès au droit et à la justice selon une vision centrée sur le justiciable. Au Canada, un virage culturel s'opère au sein de la profession juridique et les initiatives récentes suivent cette tendance, notamment par la pratique des modes amiables de règlement des différends et l'intégration des technologies. Afin de mesurer cette évolution, nous avons développé un index de l'Accès à la Justice que nous présentons ici et conduit une étude visant à évaluer l'expérience de justice vécue par les usagers de la plateforme de règlement en ligne PARLE dans les litiges de consommation.

Mots-clés : sentiment de justice, accès au droit et à la justice, procédure civile, recherche empirique, règlement en ligne des litiges, négociation, médiation, cyberjustice.

*L'auteur tient à remercier Mme Adeline AUDRERIE, doctorante en droit, pour son excellent travail de recherche. L'auteur tient aussi à remercier le Conseil de recherche en sciences humaines du Canada (CRSH) pour son soutien financier, via les projets de recherche en partenariat Accès au droit et Accès à la Justice (ADAJ) et Autonomisation des Acteurs Judiciaires par la Cyberjustice (AJC).

Pour citer cet article : Jean-François ROBERGE, « Le sentiment de justice. Un concept pertinent pour évaluer la qualité du règlement des différends en ligne ? », *Revue juridique de la Sorbonne*, n° 1, juin 2020, p. 5 – 21.

INTRODUCTION

Le « sentiment de justice » est un concept issu des sciences sociales que nous redécouvrons aujourd'hui en matière juridique. L'étude du sentiment de justice a permis de légitimer l'institutionnalisation de la justice¹, de penser les frontières du droit et du non-droit², de constater les représentations sociales de la justice³ ou d'explorer la psychologie de la justice⁴. Nous lui trouvons aujourd'hui un nouvel intérêt pour faciliter la compréhension des évolutions contemporaines de l'accès au droit et à la justice (ADAJ)⁵.

Une vision nouvelle de l'accès au droit et à la justice émerge au plan mondial⁶. Cette vision prend comme point de départ les « besoins de justice »⁷ des citoyens et appelle une évolution des politiques publiques et judiciaires de même que des

¹ Voir notamment : John RAWLS, « The Sense of Justice », (1963) 71-3 *The Philosophical Review* 281-305; John RAWLS, « Justice as Fairness », (1958) LXVIII *Philosophical review* 164-194; John RAWLS, *A Theory of Justice*, Belknap Press, 1971; John RAWLS, *Justice as Fairness. A Restatement*, Cambridge, Belknap Press, 2001.

² Voir notamment : Jean CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 7^e éd. L.G.D.J., 1992, p. 89 ; Jean CARBONNIER, « L'hypothèse du non droit », (1963) *Archives de philosophie du droit*, Sirey, Paris, p. 25-47.

³ Voir notamment : Jean KELLERHAS, « Relativisme et sociologie : le cas du sentiment de justice », (2003) XLI-126 *Revue européenne des sciences sociales* 137-150 ; Pierre NOREAU, « La scolarité, la socialisation et la conception du droit : un point de vue sociologique », (1997) 38-4 *C. de D.* 741-768.

⁴ Voir notamment : John THIBAUT & Laurens WALKER, *Procedural Justice: A Psychological Perspective*, Hillsdale, NJ, Lawrence Erlbaum Associates, 1975; E. Allan LIND & Tom R. TYLER, *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York : Plenum Press, 1988 ; Tom R. TYLER, *Why People Obey the Law*, Princeton University Press, 2006; Tom R. TYLER, *Why People Cooperate : The Role of Social Motivations*, Princeton University Press, 2011.

⁵ Voir notamment les travaux du consortium de recherche *Accès au Droit et Accès à la Justice (ADAJ)* et du Laboratoire de Cyberjustice associés au Centre de recherche en droit public (CRDP) de l'Université de Montréal, en ligne : <http://adaj.ca> et www.cyberjustice.ca

⁶ Cette approche prend plusieurs appellations afin de refléter l'expérience de justice vécue au quotidien par les justiciables telles que « *user-centric* » ou « basée sur les utilisateurs », « *people-based* » ou « *citizen-centered* », « *normative individualism* ».

À l'international, voir notamment : LE GROUPE DE TRAVAIL SUR LA JUSTICE, *Justice pour tous. Rapport final.* 2019; WORLD JUSTICE PROJECT, « Measuring the Justice Gap: A People-Centered Assessment of Unmet Justice Needs Around the World. (2019); ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), « Equal Access to Justice for Inclusive growth. Putting People at the center. » (2019); OOECD, « Legal Needs Surveys and Access to Justice. »

Au Canada, voir notamment : COMITE D'ACTION SUR L'ACCES A LA JUSTICE EN MATIERE CIVILE ET FAMILIALE, *L'accès à la justice en matière civile et familiale. Une feuille de route pour le changement*, Ottawa, octobre 2013, en ligne : http://www.cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/2013/AC_Report_French_Final.pdf ; ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Atteindre l'égalité devant la justice : une invitation à l'imagination et à l'action*, Rapport du Comité d'accès à la justice, Ottawa, novembre 2013, p. 18, en ligne : <https://www.cba.org/CBA-Equal-Justice/Equal-Justice-Initiative/Reports?lang=fr-CA>.

La France s'intéresse aussi à cette tendance, voir notamment : Soraya AMRANI-MEKKI (dir.), *Et si on parlait du justiciable du XXI^e siècle ?* Dalloz, 2019.

⁷ Pour une définition des besoins de justice voir notamment : LE GROUPE DE TRAVAIL SUR LA JUSTICE, *Justice pour tous. Rapport final.* 2019 ; Jean-François ROBERGE, *La justice participative. Fondements et cadre juridique*, Thomson Reuters, Ed. Yvon Blais, 2017.

pratiques liées à la prévention et au règlement des différends (PRD). L'accès au droit et à la justice se réalise à partir de l'expérience de justice vécue au quotidien par les justiciables. Cette façon de définir et d'évaluer l'accès au droit et à la justice suppose de pouvoir identifier et comprendre les besoins et les attentes des citoyens. Une étude empirique fondée sur le concept de sentiment de justice peut faciliter une telle compréhension.

Parce que les politiques publiques encouragent fortement le développement du règlement amiable des différends ainsi qu'un changement de culture dans le milieu juridique autant en France qu'au Canada, l'une des questions les plus pertinentes à se poser est celle de la qualité de l'expérience de justice vécue par les justiciables ayant recours à un mode de règlement amiable des différends¹. Nous avons certaines réponses pour les modes amiables mettant des personnes en présence physique, tels que la médiation ou l'arbitrage². La question se pose autant pour les modes de règlement amiable des litiges en ligne, mieux connu sous l'acronyme ODR – *Online Dispute Resolution* – et nous avons à ce jour bien peu d'information sur la qualité de l'expérience vécue par l'utilisateur des plateformes en ligne³. Il existe un nombre important de plateformes ODR développées dans les secteurs privés et publics et chacune n'offre pas les mêmes garanties de qualité⁴. L'Union européenne encourage le développement du règlement en ligne des différends en droit de la consommation⁵. Au Canada, ces plateformes détiennent une place grandissante, notamment parce qu'elles sont intégrées à l'institution judiciaire⁶.

¹ La qualité dans la performance judiciaire est aussi un sujet d'étude qu'il est prometteur d'étudier sous un angle quantitatif et qualitatif. Voir notamment Emmanuel JEULAND et Christine BOILLOT (dir.), *La qualité dans la performance judiciaire : une notion objective et relationnelle ?* IRJS Éditions, 2015.

² Voir notamment en France : Lise CASAUX et Jean-François ROBERGE (dir.), *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, LGDJ, 2018.

³ Pour un résumé des défis à relever en ce qui concerne les plateformes de règlement en ligne, voir notamment : Ethan KATSH & Colin RULE, « What We Know and Need to Know About Online Dispute Resolution », (2016) 67 *S. Carolina L. Rev.* 339.

⁴ Voir notamment Jean-François ROBERGE et Véronique FRASER, « Access to Commercial Justice: A Roadmap for Online Dispute Resolution (ODR) Design for Small and Medium-Sized Businesses (SME'S) disputes », (2019) 35 *Ohio State Journal on Dispute Resolution*.

⁵ Règlement n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE.

⁶ Le Canada est un leader mondial en ce qui concerne le développement de plateformes publiques de règlement des différends et on y retrouve deux tribunaux en ligne : Le *Civil Resolution Tribunal* (CRT) en Colombie Britannique depuis 2016 et le *Condominium Authority Tribunal* (CAT) en Ontario depuis 2017. Le CAT-O traite en ligne les litiges liés à la copropriété en Ontario. <https://www.condoauthorityontario.ca/en-US/tribunal/>. Le CRT-BC traite en ligne tous les dossiers de petits litiges de 5 000 \$ et moins (prêts monétaires, bail locatif, contrat individuel de travail, construction et rénovation, assurances, etc.), de même que les litiges liés à la copropriété et depuis 2019 les litiges liés aux accidents de véhicules motorisés d'une valeur maximale de 50 000 \$. <https://civilresolutionbc.ca>. Voir : Nicolas VERMEYS & Jean-François ROBERGE, "ODR as a Public Service. The Access to Justice-Driven Canadian Experience." (2019) 6 (2) *International Journal of Online Dispute Resolution*, 227-238; Shannon SALTER, « Online Dispute Resolution and Justice System Integration: British Columbia's Civil Resolution Tribunal », (2017) 34-1 *Windsor Y.B. Access Just.* 112-129; Shannon SALTER & Darin THOMPSON, « Public-Centred Civil Justice Redesign: A Case Study of the British Columbia Civil Resolution Tribunal », (2016-2017) 3 *McGill J. Disp. Resol.* 113-136.

Dans cet article, nous répondons à la question suivante : « quelle est l'expérience de justice vécue par les usagers de la plateforme de règlement des litiges en ligne PARLE utilisée dans les litiges de consommation au Québec ». Dans la première partie nous explorons le virage culturel qui est en cours au Canada et transforme la vision traditionnelle de la communauté juridique par rapport à l'accès au droit et à la justice. Dans la deuxième partie, nous présentons le concept de « sentiment de justice » sous l'angle de la vision émergente et « centrée sur l'utilisateur » de l'accès au droit et à la justice. Dans la troisième partie, nous présentons le projet de recherche empirique permettant de comprendre l'expérience de justice des consommateurs québécois ayant tenté de régler leur litige en ligne par l'entremise de la plateforme PARLE. Enfin dans la quatrième partie, nous présentons les résultats de recherche empirique démontrant la qualité et la valeur que les usagers consommateurs attribuent à la plateforme PARLE.

1. LA PERTINENCE D'ÉVALUER LE VIRAGE CULTUREL EN COURS AU CANADA

Au Canada, l'accès au droit et à la justice n'est pas un défi nouveau¹ mais il est récemment devenu une priorité au sein de la communauté juridique canadienne² et c'est sous l'angle de l'approche « centrée sur l'utilisateur » que se sont orientées les principales initiatives³. Plusieurs souhaitent mieux que les résultats moyens du système judiciaire dans les classements internationaux par rapport à l'accès à la justice civile⁴. La Cour suprême du Canada assume un rôle de leadership en la

¹ Voir notamment le rapport Macdonald : GROUPE DE TRAVAIL SUR L'ACCESSIBILITÉ À LA JUSTICE, *Jalons pour une plus grande accessibilité à la justice*, Québec, Ministère de la Justice, 1991.

² Voir notamment les rapports du COMITÉ D'ACTION SUR L'ACCÈS À LA JUSTICE EN MATIÈRE CIVILE ET FAMILIALE, *Travaillent pour une justice accessible. Suivi des progrès en matière de justice au Canada en 2018*, en ligne : <http://www.justicedevelopmentgoals.ca/sites/default/files/201801dstravaillentpourazjrapport.pdf> ; COMITÉ D'ACTION SUR L'ACCÈS À LA JUSTICE EN MATIÈRE CIVILE ET FAMILIALE, *Suivi des progrès liés aux objectifs de développement en matière de justice au Canada*, 2017, en ligne : http://www.justicedevelopmentgoals.ca/sites/default/files/objectifs_de_developpement_en_matiere_de_justice_au_canada_-_2017.pdf

³ Voir notamment les rapports suivants : COMITÉ D'ACTION SUR L'ACCÈS À LA JUSTICE EN MATIÈRE CIVILE ET FAMILIALE, *L'accès à la justice en matière civile et familiale. Une feuille de route pour le changement*, Ottawa, octobre 2013, p. 2, en ligne : <http://www.cfcj-fcj.org/sites/default/files/docs/2013/AC_Report_French_Final.pdf> : « D'un point de vue historique, l'accès à la justice est un concept axé sur le système de justice officiel (les cours, les tribunaux, les avocats et les juges) et sur ses procédures. Bien entendu, ce système officiel est important. Mais une vision plus large, et qui soit basée sur les utilisateurs, d'un système de justice en matière civile et familiale accessible est nécessaire » ; ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Atteindre l'égalité devant la justice : une invitation à l'imagination et à l'action*, Rapport du Comité d'accès à la justice, Ottawa, novembre 2013, p. 18, en ligne : <<https://www.cba.org/CBA-Equal-Justice/Equal-Justice-Initiative/Reports?lang=fr-CA>> : « L'idée sous-tendant la justice au quotidien est qu'en réalité, peu de problèmes sont traités dans le système de justice officiel, et donc nous devons adopter une perspective bien plus vaste de l'accès à la justice. Faciliter la justice au quotidien signifie améliorer les capacités juridiques, accorder de l'importance à la santé juridique, améliorer les systèmes de triage et d'aiguillage aidant à négocier les voies menant à la justice, et prendre des mesures actives pour que la technologie soit bien utilisée pour favoriser une justice égale et inclusive ».

⁴ Depuis 2008, le *World Justice Project* publie le *Rule of Law Index* dresse le portrait du degré d'adhésion à l'État de droit des citoyens par rapport à leur pays en mesurant huit facteurs, dont la qualité de traitement des dossiers en matières civiles et criminelles. En 2018, le Canada se classe au 20^e rang en ce qui concerne le règlement des différends par la justice civile et au 11^e rang par rapport à la justice criminelle sur 38 pays à haut

matière et donne une impulsion à ce mouvement. À l'unanimité ses neuf juges ont exprimé la nécessité d'un « virage culturel »¹. En résumé, son message est le suivant.

D'abord le plus haut tribunal du pays rappelle que les juges et avocats sont des officiers de justice qui doivent faciliter l'accès à la justice². Ils doivent prendre en considération le meilleur intérêt de la justice et cette définition est en évolution : « [l']intérêt de la justice ne saurait être limité aux caractéristiques avantageuses du procès conventionnel et il doit tenir compte de la proportionnalité, de la célérité et de l'accessibilité économique »³. La Cour suprême du Canada estime donc que les réalités vécues par les justiciables, en ce qui concerne le temps et les coûts, doivent maintenant être prises en compte.

Ensuite, la Cour suprême affirme que l'accès à la justice ne concerne plus seulement l'accès au système judiciaire public⁴. Il faut « reconnaître que de nouveaux modèles de règlement des litiges peuvent être aussi justes et équitables que le procès »⁵. Par conséquent, l'équilibre de la balance de la justice doit être rajusté par rapport aux mécanismes qui permettent l'équité procédurale

revenu provenant d'Amérique du Nord, de l'Union européenne et de l'Association européenne de libre-échange. Ces résultats sont stables par rapport aux années précédentes. Voir WORLD JUSTICE PROJECT, *Rule of Law Index*, 2019, en ligne : < https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-ROLI-2019-Single%20Page%20View-Reduced_o.pdf >. Chaque année depuis 2003, la Banque mondiale rend public le rapport *Doing Business* qui classe près de 200 pays selon la facilité avec laquelle on peut y faire affaire. En 2018, parmi les pays à haut revenu de l'OCDE, le Canada se classait 22^e sur 32 sur l'indice global pour la facilité de faire affaire en général. Voir THE WORLD BANK, « Economy Rankings », *Doing Business – Measuring Business Regulations*, en ligne : <http://www.doingbusiness.org/Rankings>. Pour les résultats détaillés du Canada, voir THE WORLD BANK, « Ease of doing business in Canada – Enforcing contracts », *Doing Business – Measuring Business Regulations*, en ligne : <http://www.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/canada#enforcing-contracts>.

¹ *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, par 1, 2. « De nos jours, garantir l'accès à la justice constitue le plus grand défi à relever pour assurer la primauté du droit au Canada. Les procès sont de plus en plus coûteux et longs. » « On reconnaît de plus en plus qu'un virage culturel s'impose afin de créer un environnement favorable à l'accès expéditif et abordable au système de justice civile. Ce virage implique que l'on simplifie les procédures préalables au procès et que l'on insiste moins sur la tenue d'un procès conventionnel et plus sur des procédures proportionnées et adaptées aux besoins de chaque affaire. »

² Dès 2001, la Cour suprême avait clairement affirmé l'importance de valoriser la contribution du rôle de l'avocat dans la mission de favoriser l'accès à la justice, évoquant le concept de « l'avocat responsable ». *Fortin c. Chrétien*, 2001 CSC 45, par. 53 : « Contrairement à la croyance populaire, le bon avocat, loin d'accentuer et d'exacerber les différends entre les parties, tentera de rapprocher les intérêts opposés afin d'éviter l'affrontement ultime que constitue le procès. Il sera appelé à jouer un rôle de modérateur, de négociateur et de conciliateur. Il est d'ailleurs de son devoir de faciliter la solution rapide des litiges et de ne pas tenter de recours inutiles. Ainsi à chaque fois que la situation s'y prête, l'avocat doit envisager avec son client les modes alternatifs de règlement des litiges et il doit l'informer adéquatement des avantages à procéder à l'amiable ».

³ *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, par 56.

⁴ Voir l'opinion exprimée par les juges Deschamps et Lebel de la Cour suprême dans l'arrêt *Seidel c. Telus Communications Inc.*, 2011 CSC 15, par. 54 : « Le concept d'accès à la justice ne comprend plus seulement l'accès au système judiciaire public. Dans le passé, les juges se montraient réticents à abandonner leur mainmise sur la résolution des litiges. Ils estimaient même que le règlement alternatif des différends ne respectait pas les impératifs de la protection des droits des parties. Cette ère est révolue ».

⁵ *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, par 27.

et l'équité substantive¹. Le rôle des juges², tout comme celui des avocats³ et des notaires⁴ est appelé à évoluer afin de conseiller et d'offrir aux justiciables une variété de mécanismes de prévention et de règlement des différends pour favoriser l'accès à la justice puisque « les autres modèles de règlement des litiges sont aussi légitimes que le procès conventionnel⁵ ».

Au Québec, le *Code de procédure civile*⁶ réformé qui est en vigueur depuis 2016 suggère aussi un virage culturel⁷ en favorisant la prévention et le règlement des différends et des litiges par des « procédés adéquats, efficaces, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des personnes »⁸. Les modes privés de prévention et règlement des différends (PRD) sont intégrés au Code aux articles 1 à 7 et la médiation de même que l'arbitrage ont maintenant des règles particulières prévues aux articles 605 à 655. Les modes de PRD sont inclus dans la notion de

¹ *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, par 2. « Ce virage implique que l'on simplifie les procédures préalables au procès et que l'on insiste moins sur la tenue d'un procès conventionnel et plus sur des procédures proportionnées et adaptées aux besoins de chaque affaire. L'équilibre entre la procédure et l'accès à la justice qu'établit notre système de justice doit en venir à refléter la réalité contemporaine et à reconnaître que de nouveaux modèles de règlement des litiges peuvent être justes et équitables ».

² Voir notamment Jean-François ROBERGE, « Judicial Judging: Towards a Renewal in Problem Solving Access to Justice », (2019) Vol 38-1 *Civil Justice Quarterly*, 32-43; Jean-François ROBERGE, S. Axel-Luc HOUNTOHOTEGBE, Tessa MANUELLO « L'ère de la coopération procédurale et de la saine gestion de l'instance sous le nouveau *Code de procédure civile* du Québec. » (2016) 75 *R. du B.* 391-432; Pierre NOREAU et Mario NORMANDIN, « L'autorité du juge au service de la saine gestion de l'instance », (2012) 71 *R. du B.* 207-248; Catherine PICHE, « La proportionnalité procédurale : une perspective comparative », (2009-10) 40 *R.D.U.S.* 551-597; Yves-Marie MORISSETTE, « Gestion d'instance, proportionnalité et preuve civile. État provisoire des questions », (2009) 50 *C. de D.* 381-413; Denis FERLAND, « La transformation de la justice civile : la "nouvelle culture judiciaire" du juge et des avocats », dans Louis LEBEL et Pierre VERGE (dir.), *L'oreille du juge. Études à la mémoire de M^e Robert P. Gagnon*, Cowansville, Yvon Blais, 2007, p.25.

³ Voir le *Code de déontologie des avocats*, (RLRQ, c. B-1, r. 3.1) du Québec. Le préambule prévoit que l'avocat est au service de la justice et que l'exercice de sa profession repose sur la prise en considération de valeurs et de principes dont il s'inspire en toutes circonstances, notamment l'accessibilité à la justice, la collaboration à une saine administration de la justice et la prise en considération du contexte social dans lequel le droit évolue. Voir plus spécifiquement l'article 42 du *Code de déontologie des avocats* : « Tout au cours du mandat, l'avocat informe et conseille le client sur l'ensemble des moyens disponibles pour régler son différend, dont l'opportunité de recourir aux modes de prévention et de règlement des différends ».

⁴ Voir l'article 3 du *Code de déontologie des notaires* (RLRQ, c. N-3, r. 2) du Québec : « Le notaire doit favoriser les mesures de formation et d'information du public dans les domaines où il exerce sa profession. Il doit également, en matière de règlements des conflits, favoriser toute mesure susceptible d'encourager les règlements amiables et ainsi informer le public des mécanismes offerts ».

⁵ *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, par 27. « Les solutions de rechange au règlement des différends recueillent de plus en plus d'appuis et il se dégage un consensus sur le fait que l'équilibre traditionnel entre les longues procédures préalables au procès et le procès conventionnel ne correspond plus à la réalité actuelle et doit être rajusté. L'atteinte d'un juste équilibre exige la mise en place de procédures de règlement des litiges simplifiées et proportionnées, et influe sur le rôle des avocats et des juges. Il faut reconnaître par cet équilibre qu'un processus peut être juste et équitable sans entraîner les dépenses et les délais propres au procès, et que les autres modèles de règlement des litiges sont aussi légitimes que le procès conventionnel ».

⁶ L.R.Q., c. C-25.01 (ci-après « C.p.c. »).

⁷ Voir MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires de la ministre de la Justice : Le Code de procédure civile*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, p. XV : « Le justiciable est placé au cœur de cette grande réforme qui vise à lui rendre plus accessible la justice civile, et ce, dans des délais plus courts. Pour atteindre ces objectifs, le nouveau code exige des changements de comportement importants afin qu'une nouvelle culture judiciaire, souhaitée depuis plus d'une décennie, s'installe. Cela nécessitera la collaboration étroite de tous les intervenants du milieu judiciaire, juges, avocats, notaires, huissiers, greffiers ».

⁸ Disposition préliminaire al. 2., C.p.c.

justice civile et ils sont donc reconnus comme des procédés de justice au même titre que les modes juridictionnels judiciaires, quasi judiciaires ou administratifs¹. Tous ces procédés agissent en complémentarité pour réguler les différends entre les personnes, en prévention avant la judiciarisation ou en règlement par la suite. Le *Code de procédure civile* encourage également le recours aux technologies de l'information, notamment par l'article 26 qui permet au juge d'ordonner, même d'office, qu'elles soient utilisées².

Aujourd'hui, la pertinence des mécanismes de prévention et règlement des différends et leur légitimité à titre de procédés de justice sont acquises, tout comme il est reconnu qu'ils jouent un rôle complémentaire à l'instance judiciaire. D'ailleurs la réforme de la procédure civile québécoise est construite sur une logique d'équivalence puisque l'instance judiciaire tout comme les modes privés de prévention et de règlement des différends sont soumis aux mêmes principes directeurs : l'autodétermination et la responsabilisation des parties³, la proportionnalité⁴, la coopération active⁵, la bonne foi⁶, ainsi que le respect des droits et libertés de la personne et des règles d'ordre public⁷. Ce sont des obligations procédurales que les juges ont le pouvoir de sanctionner dans leur mission d'assurer une saine gestion de l'instance⁸.

2. LE CONCEPT DU « SENTIMENT D'ACCÈS À LA JUSTICE » (SAJ) ET SA MESURE

Le *Code de procédure civile du Québec* prévoit à sa disposition préliminaire que les justiciables doivent choisir le « procédé adéquat, efficient et empreint d'esprit de justice » qui favorisera la prévention ou le règlement de leur différend ou de leur litige. Comment définir ces nouvelles expressions du Code et les interpréter ? Comment évaluer l'esprit de justice d'un procédé ? Comment évaluer l'adéquation d'un procédé aux réalités vécues par les justiciables ? Qu'est-ce qu'un procédé efficient par rapport aux objectifs poursuivis par les parties et au soutien professionnel qu'elles reçoivent ? En réponse à ces questions et dans la perspective émergente plaçant le justiciable au centre de la réforme, nous avons développé le

¹ Voir MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires de la ministre de la Justice : Le Code de procédure civile*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, p. 19. Article 1 : « Les modes privés de prévention et de règlement des différends sont inclus dans la notion de justice civile [...] Ils ont vocation à favoriser la recherche, la reconnaissance de la justice comme élément fondamental de la société ».

² Pour une analyse, voir Nicolas VERMEYS, « Les modes privés de prévention et de règlement des différends en ligne », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *Régler autrement les différends*, Lexis Nexis 2^e ed., 2018, p. 421-464 ; Antoine GUILLAIN, « Le nouveau Code de procédure civile au prisme des technologies de l'information », (2014) 73-2 *R. du B.* 471-507.

³ Art. 2, 3, 19, 23 C.p.c.

⁴ Art. 2, 18 C.p.c.

⁵ Art. 2, 19, 20 C.p.c.

⁶ Art. 2, 3, 19 C.p.c.

⁷ Art. 2, 9, 17 et 19 C.p.c.

⁸ Art. 9, 339-343 C.p.c.

concept de « sentiment d'accès à la justice » (SAJ) et « l'index du sentiment d'accès à la justice » (iSAJ), un instrument de mesure empirique afin de mesurer l'expérience de justice vécue par les usagers d'un procédé de justice. En principe, tous les modes de règlement à l'amiable (négociation, médiation, arbitrage, procédure collaborative etc.) et tous les procédés intégrés au processus judiciaire (médiation judiciaire, procès, etc.) pourraient être évalués avec ce concept et ces mesures, avec les adaptations nécessaires.

Le « sentiment d'accès à la justice » est la combinaison de deux sentiments vécus par l'utilisateur d'un procédé de justice : le sentiment d'équité et le sentiment d'efficacité. Le *sentiment d'équité* se construit par rapport à l'expérience de la qualité du processus et du résultat vécus. Plus spécifiquement, l'utilisateur évaluera le processus par rapport au degré de qualité de sa participation, de l'information échangée et du traitement interpersonnel vécu. Le justiciable évaluera le degré de qualité du résultat par rapport à son caractère réparateur pour le passé, fonctionnel pour le présent et le futur de même que par la transparence des critères qui le justifient. En ce qui concerne le *sentiment d'efficacité*, il se construira sur la base de la qualité de l'adéquation du procédé par rapport aux ressources économiques investies, aux ressources psychologiques mobilisées et au capital réputationnel engagé dans le réseau concerné. Le justiciable évaluera aussi le degré de soutien offert par un tiers intervenant au dossier sur la base de son rôle actif en droit, de son implication active en ce qui concerne la prise en compte des besoins des parties et de sa préoccupation pour l'injustice vécue par les personnes en différend.

En résumé, le SAJ est la combinaison de ces deux sentiments (équité et efficacité) construits sur quatre catégories (processus, résultat, adéquation, soutien) composés de trois facteurs chacun (participation au processus, information pour prendre une décision éclairée, traitement interpersonnel respectueux et avec dignité, résultat réparateur, résultat fonctionnel, résultat transparent et justifié, procédé adéquat par rapport aux ressources économiques investies, procédé adéquat par rapport aux ressources psychologiques investies, procédé qui préserve le capital réputationnel, soutien actif par rapport au droit, soutien actif par rapport aux besoins, soutien actif par rapport à l'injustice vécue). Le SAJ est donc composé de 12 facteurs au total, ayant chacun un poids égal au moment du calcul d'un score global.

Un instrument de mesure a été bâti pour mesurer empiriquement ces facteurs, il s'agit de « l'Index du Sentiment d'Accès à la Justice » (iSAJ). Cet index mesure à la fois le degré de qualité accordé par l'utilisateur sur chacun des 12 facteurs de même que le degré de valeur qu'il accorde au processus vécu et au résultat obtenu. Le *processus* est mesuré selon 10 bénéfices potentiels : pouvoir être entendu, sentir que son point de vue est considéré, possibilité de s'impliquer pour influencer,

participer à une discussion franche et ouverte, possibilité de justifier ses comportements, comprendre le point de vue de l'autre partie, l'information échangée n'est pas non biaisée, les discussions sont respectueuses, les discussions sont faites de bonne foi, les discussions ont amélioré la confiance. Le *résultat* est mesuré selon 10 bénéfices potentiels : compensation des inconvénients subis, adapté à mes besoins, équitable pour les deux parties, prise en considération de la responsabilité de chacune des parties, obtenu dans un délai acceptable, permet d'éviter les risques liés à un procès, obtenu sans coûts importants sur le plan économique, obtenu sans stress important sur le plan psychologique et émotionnel, permet d'obtenir une paix d'esprit, permet de préserver sa réputation.

Un questionnaire a été construit en prévoyant une question par facteur, ce qui fait un total de 32 questions. Le répondant a six choix de réponse pour marquer son degré d'accord ou de désaccord avec la question¹. Ces questions permettent de connaître l'évaluation de l'utilisateur par rapport à la *qualité* et la *valeur* de son expérience de justice, plus spécifiquement le règlement en ligne de son litige dans le cas qui nous occupe. À ces questions s'en ajoutent quelques autres qui nous permettront de créer des groupes parmi nos répondants : atteinte d'un accord ou non, avoir pris connaissance de ses droits avant la démarche de règlement en ligne ou non, le genre, le degré de scolarité, l'expérience judiciaire, l'aisance technologique, etc. Cette catégorisation nous aide à interpréter et expliquer les résultats bruts obtenus en pourcentage.

3. L'ÉVALUATION EMPIRIQUE DE LA PLATEFORME PARLE DE RÈGLEMENT DES LITIGES DE CONSOMMATION

L'index du Sentiment d'Accès à la Justice (iSAJ) a d'abord été mesuré pour évaluer l'expérience de justice des usagers de la conciliation judiciaire conduite par un juge au Québec². Puis l'index a été utilisé dans une recherche empirique conduite pour mesurer la qualité et la valeur que les consommateurs québécois attribuent à la plateforme de règlement des différends en ligne PARLE³. C'est sur cette étude que nous nous concentrons ici.

¹ Les choix sont les suivants : parfaitement en désaccord, en désaccord, plutôt en désaccord, plutôt en accord, en accord et parfaitement en accord. Le choix de réponse correspond à une échelle continue de 1 à 6. Cette échelle est ensuite convertie en pourcentage selon les valeurs suivantes : 6 correspond à 100 %, 5 correspond à 80 %, 4 correspond à 60 %, 3 correspond à 40 %, 2 correspond à 20 % et 1 correspond à 0 %.

² Voir Jean-François ROBERGE, *Le sentiment d'accès à la justice et la conférence de règlement amiable. Rapport de recherche sur l'expérience des justiciables et avocats à la Cour supérieure du Québec et à la Cour du Québec*, Université de Sherbrooke, 1^{er} décembre 2014 :

<http://www.tribunaux.qc.ca/c-superieure/pdf/rech_exp_justiciables_cs_cq.pdf> ; Jean-François ROBERGE, « "Sense of Access to Justice" as a Framework for Civil Procedure Justice Reform : An Empirical Assessment of Judicial Settlement Conferences in Quebec (Canada) », (2016) 17 *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 323-361.

³ La plateforme a été développée par le Laboratoire de Cyberjustice associé au Centre de recherche en droit public (CRDP) de l'Université de Montréal. Le Laboratoire est un leader mondial par rapport au développement des technologies et de l'intelligence artificielle au sein des activités liées au monde du droit et de la justice. Voir : <https://www.cyberjustice.ca>

Depuis 2016, l'Office de la Protection du Consommateur du Québec (OPC) offre aux consommateurs du Québec la possibilité de régler volontairement leur litige en ligne par la négociation d'abord et la médiation ensuite¹. Plus de 100 commerçants se sont inscrits sur la liste de référence². Après 3 ans, près de 3 500 dossiers ont été traités avec un taux d'accord d'environ 70 % et un délai moyen de 26 jours³. La plateforme sécurisée permet le dépôt en ligne de la demande et des pièces justificatives, puis elle permet l'échange d'offres écrites entre les participants qui peuvent s'accompagner d'explications et justifications écrites⁴. Il s'agit d'un processus asynchrone, permettant aux personnes de répondre à tout moment de la journée. Si aucun accord n'est intervenu dans le délai fixé, une partie peut demander l'aide d'un médiateur qui se joindra aux conversations et aura accès à tout le dossier présent sur la plateforme⁵. Il pourra être actif pour expliquer le droit applicable (obligations contractuelles, présomptions légales, garantie légale, etc.), explorer les intérêts non juridiques des personnes impliquées (temps, réputation, etc.) et stimuler les propositions de règlement (monétaire ou non). En principe, tout se fait par écrit en ligne sur la plateforme, mais il sera possible d'utiliser le téléphone ou une vidéoconférence au besoin. Si un accord survient, un contrat adapté sera généré par la plateforme. Si les parties n'arrivent pas à une entente, elles pourront entreprendre un recours judiciaire devant les tribunaux.

Notre étude de la plateforme PARLE a été conduite en 2018 par l'entremise d'un questionnaire en ligne rempli par les usagers qui ont terminé la démarche de règlement en ligne, avec un accord ou non. Seuls les consommateurs ont été sondés, et non pas les commerçants. Nous avons eu un total de 654 répondants au questionnaire sur un total de 2 838 invitations (taux de réponse 23 %). Avant d'utiliser la plateforme PARLE, le consommateur est invité à s'informer sur ses droits (accès au texte de loi, information juridique vulgarisée sur les garanties légales, accès aux décisions rendues par les tribunaux, etc.). Nous avons noté que 85 % de nos répondants ont mentionné avoir pris connaissance de leurs droits avant de tenter le règlement amiable du litige en ligne. Nous avons également remarqué que 74 % des répondants n'avaient eu aucune expérience judiciaire dans le passé. Parmi notre échantillon, le taux d'accord était de 81 % avec une proportion

¹ Voir le site de l'Office de la protection du consommateur du Québec : <https://www.opc.gouv.qc.ca/a-propos/parle/>

² Depuis le lancement de la plateforme PARLE en 2016, environ 48,2 % des dossiers traités concernaient le secteur des appareils ménagers, 24,1 % pour le secteur de l'ameublement et 14,3 % pour les articles électroniques. Voir Anja-Sara LAHADY, « Plateforme d'aide au règlement des litiges en ligne : PARLE », (2018) *Le Monde Juridique* 31-33, en ligne : <http://lemondejuridique.com/wp-content/uploads/2018/09/LMJ-Online.pdf>

³ Ces données ont été obtenues auprès de l'Office de la protection du consommateur, en date de juin 2019.

⁴ Pour en savoir davantage sur le fonctionnement de la plateforme PARLE, voir le texte de Nicolas VERMEYS dans le présent numéro.

⁵ L'Office de la protection du consommateur a présélectionné une liste de médiateurs accrédités par le Barreau du Québec. Le greffier de la plateforme assigne le médiateur en choisissant dans la liste.

de 66 % des dossiers réglés en négociation et 34 % réglés en médiation. Le montant moyen demandé par les consommateurs était de 1 129 \$ et le montant reçu qu'ils ont reçu était de 592 \$, ce qui représente environ 53 % de la réclamation. Nous avons aussi noté que 58 % des consommateurs recherchaient une compensation qui ne constitue pas un montant d'argent (réparation ou entretien d'un bien, remplacement ou échange d'un bien, livraison d'un bien ou exécution de la prestation de service, annulation du contrat, etc.). Parmi les répondants qui n'ont pas d'accord, nous avons remarqué que 59 % d'entre eux ne prévoient pas entreprendre d'autres démarches pour régler leur problème, tel qu'un recours judiciaire à la division des petites créances de la Cour du Québec par exemple. Parmi ceux qui n'ont pas d'accord et qui veulent entreprendre d'autres démarches, nos résultats démontrent que 79 % d'entre eux ont l'intention de déposer une demande en justice devant les tribunaux.

Le profil de nos répondants est le suivant. L'âge moyen est de 50 ans et 52 % de l'échantillon sont des femmes. Environ 55 % des répondants proviennent de la grande région de Montréal, alors que 45 % vivent ailleurs au Québec. Le revenu familial moyen des répondants est d'environ 90 000 \$¹. La majorité des répondants ont complété un diplôme universitaire, soit 41 % d'entre eux². Un total de 59 % des répondants occupent un travail à temps plein³. Un total de 93 % des répondants estiment avoir un niveau moyen ou élevé d'aisance avec la technologie.

4. LES RÉSULTATS DÉMONTRANT LA QUALITÉ ET LA VALEUR DU RÈGLEMENT EN LIGNE DES LITIGES

Notre étude poursuivait trois questions de recherche pertinentes afin de mieux comprendre le virage culturel en cours au Canada qui recentre le défi de l'accès au droit et à la justice vers la prise en compte de l'expérience des réalités vécues au quotidien par les justiciables. Nous avons cherché à savoir si les usagers de la plateforme PARLE estiment que le règlement en ligne leur procure un sentiment de justice, de même qu'à connaître les avantages qu'ils en ont retiré et les facteurs qui ont influencé davantage leur expérience. Voici les trois principales questions de recherche de notre étude et les résultats obtenus.

Question 1. Est-ce que les consommateurs ont eu accès à la justice ?

Nous avons répondu à cette question en mesurant le degré de qualité accordé par les consommateurs à leur expérience de justice avec la plateforme de règlement des différends en ligne PARLE. À titre de résultat général, nous pouvons affirmer

¹ Parmi nos répondants, 42 % font plus de 90 000 \$, 35 % font entre 45 000 \$ et 90 000 \$, et 22 % font moins de 45 000 \$ de revenu familial.

² Parmi nos répondants, 30 % ont un diplôme collégial comme niveau de scolarité le plus élevé et 23 % ont plutôt un diplôme secondaire.

³ Parmi nos répondants, un total de 29 % étaient retraités.

que la qualité de l'expérience vécue par les usagers est élevée. Le degré de qualité du SAJ global est de 80 % chez les usagers de la négociation et 76 % pour ceux qui ont terminé leur dossier en médiation¹. Le SAJ global est plus élevé chez les usagers qui ont réglé à l'amiable avec un score de 83 % par rapport à ceux qui n'ont pas d'accord et dont le score est de 57 %. La présence d'un accord ou non influence donc le degré de qualité vécu.

Voici les résultats obtenus lorsque nous décomposons le SAJ global selon les deux sentiments qui regroupent quatre catégories de facteurs et douze facteurs individuels². Le sentiment d'équité des usagers ayant participé à la négociation ou la médiation en ligne est de 78 % alors que le sentiment d'efficacité est de 77 %. La qualité du processus est évaluée à 77 % par les usagers alors que la qualité du résultat est évaluée à 78 %, la qualité de l'adéquation à 77 % et la qualité du soutien à 78 %. Tous les douze facteurs oscillent entre 71 % et 86 %. Nous remarquons donc qu'aucun facteur ne se démarque positivement ou négativement des autres. Le degré de qualité perçu par les usagers semble donc stable. La seule différence importante apparaît lorsque les usagers ont un accord ou non, ce qui s'explique logiquement puisque les qualités du résultat sont évaluées. Lors de notre étude précédente avec la conciliation judiciaire, nous avons mesuré des différences plus marquées entre les facteurs³. Une question pourrait donc se poser à l'occasion de futures recherches : est-ce que la technologie peut avoir un effet « uniformisant » sur la qualité du règlement des litiges ?

Question 2. Quels sont les avantages obtenus par les consommateurs qui ont participé au règlement en ligne de leur litige ? Nous avons répondu à cette question en mesurant la valeur des bénéfices exprimés par les consommateurs. En ce qui concerne le processus, dix bénéfices potentiels ont été mesurés. Les résultats oscillent entre 84 % et 58 %. Les bénéfices retirés du processus qui ont le plus de valeur pour les usagers sont les suivants : être traité avec respect et dignité (84 %), pouvoir être entendu (81 %), participer à une discussion franche et ouverte (81 %), possibilité de justifier ses comportements (81 %), discussion à partir d'information non biaisée (76 %), discussions animées

¹ Rappelons que le résultat en pourcentage est la conversion du score moyen (entre 1 et 6) des répondants par rapport à chacun des douze facteurs du SAJ.

² Deux sentiments : équité et efficacité. Quatre catégories de facteurs : processus, résultat, adéquation et soutien. Douze facteurs : participation au processus, information pour prendre une décision éclairée, traitement interpersonnel respectueux et avec dignité, résultat réparateur, résultat fonctionnel, résultat transparent et justifié, adéquat par rapport aux ressources économiques investies, adéquat par rapport aux ressources psychologiques investies, préserve le capital réputationnel, soutien actif par rapport au droit, soutien actif par rapport aux besoins, soutien actif par rapport à l'injustice vécue.

³ Voir Jean-François ROBERGE, *Le sentiment d'accès à la justice et la conférence de règlement amiable. Rapport de recherche sur l'expérience des justiciables et avocats à la Cour supérieure du Québec et à la Cour du Québec*, Université de Sherbrooke, 1^{er} décembre 2014 :

<http://www.tribunaux.qc.ca/c-superieure/pdf/rech_exp_justiciables_cs_cq.pdf> ; Jean-François ROBERGE, « Sense of Access to Justice as a Framework for Civil Procedure Justice Reform : An Empirical Assessment of Judicial Settlement Conferences in Quebec (Canada) », (2016) 17 *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 323-361.

de bonne foi (74 %), possibilité de s'impliquer pour influencer (71 %). Certains bénéfices potentiels se sont moins avérés soit : sentir que son point de vue a été considéré (65 %), amélioration de la confiance entre le consommateur et le commerçant (61 %) et compréhension du point de vue du commerçant (58 %).

En ce qui concerne le *résultat* vécu par le consommateur, dix bénéfices ont été mesurés et les résultats oscillent entre 88 % et 72 % chez les répondants qui ont eu un accord. Voici la valeur que les consommateurs ont accordé à la solution obtenue par ordre décroissant : permet d'obtenir une paix d'esprit (88 %), d'éviter les risques d'un procès (88 %), a été obtenue sans coûts économiques importants (85 %), est adaptée aux besoins réels (81 %), préserve la réputation (81 %), compense les inconvénients subis (75 %), a été obtenue dans un délai raisonnable (75 %), a été obtenue sans stress psychologique important (75 %), est équitable pour les deux parties (75 %), prend en considération la responsabilité de chacune des parties (72 %).

Nous pouvons en conclure que les usagers accordent un niveau élevé de valeur aux bénéfices retirés de leur expérience de règlement des différends en ligne, tant en ce qui concerne le processus vécu et les solutions obtenues. Il ressort de nos résultats empiriques que le règlement des litiges avec la technologie apporte une valeur réelle et concrète pour le consommateur qui y trouve son compte. Puisque les usagers y voient leur avantage, nous avons maintenant des données probantes pour répondre aux questionnements sur la digitalisation de la justice et soutenir certaines initiatives technologiques envisagées par plusieurs pays.

Question 3. Quels sont les facteurs qui influencent davantage l'expérience de justice des consommateurs ? L'évaluation empirique que nous avons conduite permet de connaître les leviers qui ont le plus grand effet sur l'amélioration continue de la plateforme PARLE de règlement en ligne. Nous avons ici calculé la force de la relation entre les douze facteurs du sentiment d'accès à la justice et les vingt bénéfices retirés par le consommateur. Autrement dit, nous explorons quelle est l'influence de la valeur des bénéfices sur l'expérience de justice vécue. Il ressort des résultats que la qualité de l'expérience de justice vécue par l'utilisateur est davantage reliée aux bénéfices retirés du processus qu'aux bénéfices retirés de la solution. Ceci est cohérent avec les résultats de recherche conduits dans le domaine de la psychologie de la justice qui se sont intéressés à la prise de décision sur les plans du processus, du résultat et de l'interaction entre les personnes impliquées¹. Ces résultats nous orientent sur les leviers les plus

¹ Jennifer K. ROBBENOLT et Jean R. STERNLIGHT, *Psychology for Lawyers: Understanding the Human Factors in Negotiation, Litigation, and Decision Making*, Chicago, American Bar Association, 2012, p. 176-177; Tom R. TYLER, « Procedural Justice and the Courts », (2007-2008) 44 *Court Rev* 26; Steven L. BLADER et Tom R. TYLER, « A Four Component Model of Procedural Justice. Defining the Meaning of a "Fair" Process », (2003)

importants pour améliorer en continue la qualité des plateformes de règlement des différends en ligne.

Nos résultats sont présentés ici avec la force de la corrélation, ce qui permet de savoir lesquels sont les plus influents¹. Nous avons distingué nos résultats selon les phases de négociation ou de médiation. Nos résultats démontrent que ce sont les cinq bénéfices suivants liés au *processus* qui sont plus importants sur le sentiment d'accès à la justice global des usagers de la *négociation* : pouvoir être entendu (0.76 sur un total maximal de 1), possibilité de s'impliquer pour influencer (.74), participer à une discussion franche et ouverte (.74), possibilité pour le consommateur de pouvoir justifier ses comportements (.74), discuter à partir d'information non biaisée (.70). Les cinq autres variables ont aussi une relation forte oscillant entre .67 et .52². Les cinq bénéfices retirés de la *solution* qui ont le plus d'influence sur l'expérience de justice en *négociation* sont les suivants : permet de préserver ma réputation (.64), est adaptée à mes besoins (.63), est équitable pour les deux (.61), permet d'obtenir une paix d'esprit (.61), a été obtenue dans un délai acceptable (.57), permet de compenser les inconvénients subis (.57). Les cinq autres variables sont corrélées au SAJ à un degré entre .56 et .44³.

En ce qui concerne la *médiation*, les cinq leviers liés au *processus* les plus influents selon les consommateurs ayant participé à une médiation sont les suivants : les discussions étaient de bonne foi (.72), les discussions étaient respectueuses (69 %), la possibilité d'être entendus (.68), une communication franche et ouverte (.68), la possibilité pour le consommateur de justifier ses comportements (.66). Les cinq autres variables sont corrélées au SAJ à un degré entre .63 et .52, ce qui demeure une relation forte⁴. Les cinq bénéfices retirés de la *solution* qui ont le plus d'influence sur l'expérience de justice en médiation sont les suivants : permet d'obtenir une paix d'esprit (.69), solution adaptée à mes besoins (.68), permet de préserver ma réputation (.68), solution équitable pour les deux

29-6 *Personality and Social Psychology Bulletin* 747; E, Allan LIND et al., « Individual and Corporate Dispute Resolution: Using Procedural Justice as a Decision Heuristic », (1993) 38-2 *Admin Sci. Q.* 224.

¹ Nous avons utilisé le coefficient de corrélation de Pearson. Toutes les corrélations sont statistiquement significatives avec un degré de certitude de 99 %. La relation entre les variables sera entre 0 (aucune relation) et 1 (relation parfaite). Suivant les normes statistiques habituelles, à partir de 0.3 (sur un total de 1) la relation d'influence est considérée comme moyenne, alors qu'à partir de 0.5 la relation d'influence est considérée comme étant forte. Plus le coefficient de corrélation s'approche de 1, alors plus il est influent.

² Voici ces variables dans un ordre décroissant d'influence : Les discussions sont de bonne foi (.67), les personnes se sentent en confiance (.64), les discussions sont respectueuses (.52), et permettent de se sentir considéré (.66). Les discussions ont offert la possibilité pour le commerçant de justifier ses comportements (.52).

³ Voici ces variables dans un ordre décroissant d'influence : La solution prend en considération la responsabilité de chacun (.56), elle permet de limiter les coûts psychologiques (.56) et économiques (.55), et d'éviter le risque lié à un procès (.44).

⁴ Voici ces variables dans un ordre décroissant d'influence : Les discussions ont amélioré la confiance entre les parties (.61), ont permis aux personnes de discuter à partir d'informations non biaisées (.59), de se sentir impliquées (.63) et considérées (.59). Les discussions ont offert la possibilité pour le commerçant de justifier ses comportements (.52).

parties (.65), solution qui prend en compte les responsabilités de chacun (.64). Les cinq autres variables sont corrélées à un degré oscillant entre .62 et .42¹.

Nous remarquons certaines différences entre la négociation et la médiation par rapport aux facteurs qui influencent le sentiment d'accès à la justice global. Les leviers les plus influents en médiation par rapport au processus sont d'avoir pu participer à des discussions de bonne foi et s'être senti traité avec respect et dignité (respectivement premier et deuxième rangs) alors qu'en négociation on retrouve plutôt la possibilité d'être entendu et de s'impliquer pour influencer la situation (respectivement premier et deuxième rangs). On retrouve la possibilité de participer à une discussion franche et ouverte, de même que la possibilité de justifier ses comportements, comme troisième et quatrième facteurs d'importance pour expliquer la qualité de l'expérience vécue en négociation et en médiation. Cela suggère que le médiateur aurait une valeur ajoutée pour favoriser les échanges de bonne foi et empreints de respect et de dignité, afin que le consommateur ait un sentiment d'accès à la justice. Ce qui est cohérent avec le rôle généralement attendu chez un médiateur². De son côté, le consommateur qui règle son différend en négociation semble évaluer positivement la qualité de son expérience de justice davantage s'il a eu la possibilité d'être entendu et de s'impliquer pour influencer sa situation, ce qui est cohérent avec l'autonomie et le contact direct qui caractérisent la négociation.

Nous remarquons que ce sont les mêmes quatre facteurs sur dix qui ont le plus d'influence sur la qualité de l'expérience de justice vécue par les consommateurs qui ont réglé en négociation ou en médiation. Cependant, nous remarquons une différence par rapport à l'ordre d'influence. Chez le consommateur qui a tenté la médiation, l'obtention d'une solution qui lui procure une paix d'esprit semble le facteur le plus déterminant sur le degré de qualité du sentiment d'accès à la justice. Alors que ce bénéfice arrive plutôt au quatrième rang (sur 10) chez les répondants qui ont réglé leur dossier en négociation. C'est plutôt l'obtention d'un accord qui permet de préserver leur réputation qui a le plus poids dans la qualité de leur expérience de justice en ligne, alors que ce facteur arrive en troisième chez ceux qui règlent en médiation. On voit également que la solution obtenue dans un délai raisonnable a une valeur importante pour le consommateur qui règle en négociation puisqu'elle occupe le 5e rang d'influence sur la qualité de l'expérience de justice vécue alors que ce bénéfice arrive dixième chez les répondants qui ont réglé en médiation. De plus, nous remarquons qu'éviter les risques du procès n'est

¹ Voici ces variables dans un ordre décroissant d'influence : La solution compense les inconvénients subis (.62), elle permet d'éviter le risque lié à un procès (.62), de limiter les coûts psychologiques (.59) et économiques (.61) et de trouver une solution dans un délai acceptable (.42).

² Voir notamment : Nadja ALEXANDER, Fatma IBRAHIM et Jean-François ROBERGE. *Mediation Essentials*, World Bank Group, 2017, en ligne : <http://documents.worldbank.org/curated/en/153761503566770915/Mediation-essentials>

pas un bénéfice qui influence de la même manière la qualité du sentiment d'accès à la justice vécu sur la plateforme de règlement en ligne car il arrive au 10^e rang en négociation alors qu'il arrive au 6^e rang pour les consommateurs qui ont réglé en médiation. Ces différences suggèrent que l'amélioration du procédé de la négociation sur la plateforme de règlement en ligne devra se faire en maximisant des bénéfices différents de ceux en médiation. Ces résultats seront particulièrement importants dans le design de la plateforme ODR.

CONCLUSION

Les modes amiables de prévention et de règlement des différends sont en croissance constante à l'échelle mondiale. Au Canada notamment, leur légitimité n'est plus remise en question et ils jouent même un rôle central dans le virage culturel souhaité afin de relever le défi de l'accès au droit et à la justice selon une vision centrée sur le justiciable. Les modes amiables sont là pour rester. Puisqu'il est maintenant clair qu'ils ne sont pas un effet de mode mais bien une solution de régulation adaptée aux besoins de justice réels vécus par les justiciables, les questionnements évoluent. La question fondamentale actuellement est celle de leur qualité. Essentiellement, on se questionne sur les garanties procédurales qu'ils offrent, sur l'éthique de l'intervention des tiers intervenants, sur l'optimisation des pratiques, etc.

Alors que les technologies transforment nos habitudes personnelles et nos pratiques professionnelles, les modes amiables sont aussi appelés à évoluer pour intégrer les avancées technologiques. Le « *Online Dispute Resolution* » est en rapide développement et les plateformes privées et publiques de règlement en ligne sont de plus en plus utilisées, notamment pour les litiges de consommation et nous pouvons envisager que ce sera aussi le cas pour les litiges transfrontaliers entre petites et moyennes entreprises. Au Canada, nous retrouvons même des tribunaux opérant complètement en ligne, 24 heures sur 24 et 7 jours sur 7, et permettant de régler tous types de litiges. Ici encore leur légitimité n'est plus remise en question et c'est plutôt la question de leur qualité qui se pose, dans une perspective d'amélioration continue.

Notre article propose un concept pour mesurer la qualité des modes amiables, le sentiment de justice. Plus spécifiquement, nous nous intéressons à l'expérience de justice vécue en pratique par l'utilisateur d'un mode amiable, en face en face ou en ligne. Nous mesurons le « sentiment d'accès à la justice » de l'utilisateur par l'entremise du degré de qualité et du degré de valeur qu'il accorde à son expérience avec le mode amiable de règlement des différends. Cette approche est parfaitement cohérente avec le *Code de procédure civile* du Québec réformé et permet de mesurer l'effectivité de sa disposition préliminaire stipulant que « la prévention et le

règlement des différends et des litiges » se réalise « par des procédés adéquats, efficaces, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des personnes ». Nos études empiriques démontrent que l'expérience de justice des usagers de modes amiables est positive et élevée à la fois en ce qui concerne la conciliation judiciaire et le règlement en ligne par la négociation et la médiation. Nous semblons donc suivre une voie prometteuse pour relever le défi de l'accès au droit et à la justice, selon une vision centrée sur le justiciable.

L'émergence et l'évolution des tribunaux virtuels au Canada – L'exemple de la Plateforme d'aide au règlement des litiges en ligne (PARLe)¹

Nicolas VERMEYS

*Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal
Directeur adjoint du Laboratoire de cyberjustice
Chercheur au Centre de recherche en droit public (CRDP)*

Maria-Fernanda ACEVEDO LANAS

*Coordonnatrice scientifique, projet Autonomisation des acteurs Judiciaires par la
Cyberjustice (AJC)
Greffière en chef, projet PARLe
Laboratoire de cyberjustice*

Summary: *This contribution draws on the work done at Montreal's Cyberjustice Laboratory and, more specifically, the success of the Platform to Aid in the Resolution of Litigation Electronically (PARLe), to demonstrate that certain online dispute resolution (ODR) tools can be successfully integrated into the judicial process. Indeed, more and more jurisdictions around the world are setting up such virtual tribunals using online negotiation and mediation tools to facilitate access to justice and help alleviate overburdened court dockets. However, a successful implementation will depend on various elements such as the incentive structure put forth, the platform's funding model, and its overall architecture.*

Secondly, the authors look at what could become future iterations of virtual tribunals in light of recent developments in the field of artificial intelligence. This analysis contrasts the two approaches currently favored by various authors and researchers; the first aims to replace the mediator and/or the decision-maker with an algorithm (AIDR), while the second intends to augment the intelligence of each participant in the online dispute resolution process through the use of informative tools (ODRAI).

Keywords: *Online dispute resolution; ODR; access to justice; virtual tribunals; artificial intelligence; ODRAI; AIDR.*

Résumé : *La présente contribution s'inspire des travaux effectués au Laboratoire de cyberjustice de Montréal et, plus précisément, du succès de la Plateforme d'aide au règlement des litiges en ligne (PARLe), pour démontrer que certains outils de règlement en ligne des différends peuvent être intégrés avec succès dans le processus judiciaire. En effet, de plus en plus de juridictions à travers le monde procèdent à la mise sur pied de tels tribunaux virtuels recourant à des outils de négociation et de médiation en ligne afin de*

¹ Ce texte constitue une version traduite et adaptée de l'article « Online Dispute Resolution Platforms as a Public Service: How the Cyberjustice Laboratory's Platform to Aid in the Resolution of Litigation Electronically (PARLe) is Transforming the Canadian Justice System ».

faciliter l'accès à la justice et de favoriser le désengorgement de l'appareil judiciaire. Une implémentation réussie dépendra toutefois de divers éléments tels les mesures incitatives mises en œuvre, le modèle de financement de la plateforme, ainsi que l'architecture de cette dernière.

En un second temps, les auteurs s'intéressent aux futures itérations de tribunaux virtuels à la lumière des récents développements dans le domaine de l'intelligence artificielle. Cette analyse permet la mise en contraste des deux approches présentement favorisées par différents auteurs et chercheurs ; la première visant à remplacer le médiateur et/ou le décideur par un algorithme (AIDR) et la seconde à augmenter l'intelligence des intervenants au processus de règlement en ligne d'un différend par le biais d'outils informatifs (ODRAI).

Mots-clés : Règlement en ligne des différends; ODR; accès la justice; tribunaux virtuels; intelligence artificielle; ODRAI; AIDR.

Pour citer cet article : Nicolas VERMEYS, Maria-Fernanda 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*, n° 1, juin 2020, p. 22-51.

INTRODUCTION

Quelques années après l'apparition – à la fin du siècle dernier – des premières plateformes de règlement en ligne des différends (mieux connues sous l'acronyme anglophone ODR pour *Online Dispute Resolution*), certains auteurs et commentateurs prédisaient déjà que ces outils allaient avoir un effet disruptif sur l'appareil judiciaire¹. En effet, pourquoi un consommateur lésé, pour ne prendre que cet exemple, se déplacerait-il au palais de justice pour régler son litige alors qu'il peut procéder en ligne ? Pourtant, force est d'admettre que le déploiement et la prolifération de plateformes d'ODR n'ont pas connu le succès escompté. Soit, il est possible de citer les impressionnantes statistiques enregistrées par la plateforme d'eBay² pour appuyer l'argument voulant que l'ODR constitue une alternative viable aux tribunaux. Malheureusement, l'exemple d'eBay s'avère être un cas relativement isolé³. En effet, aucune autre expérience d'ODR n'a connu un niveau de succès équivalent à celui de la plateforme du célèbre site de vente aux

¹ Pour un historique de l'ODR, voir Ethan KATSH et Janet RIFKIN, *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, 2001, San Francisco, Jossey-Bass, p. 45.

² En effet, la plateforme aurait permis le règlement annuel de quelques 60 millions de différends. Pour une analyse du modèle eBay, voir Colin RULE, « Designing a Global Online Dispute Resolution System: Lessons Learned from eBay », (2017) 13 *U. St. Thomas L.J.* 354, 354.

³ Une liste sommaire des projets de règlement en ligne des différends qui ont échoué se trouve dans Robert AMBROGI, « Is There a Future for Online Dispute Resolution for Lawyers », (2016), disponible à l'adresse : <https://www.lawsitesblog.com/2016/04/future-online-dispute-resolution.html>.

enchères. Cela ne veut pas pour autant dire que la technologie n'a pas fait ses preuves ; simplement que de nombreux facteurs ont su en limiter l'essor¹. Heureusement, de récentes initiatives et de nouveaux modèles de règlement en ligne des différends laissent présager que nous entamons une « nouvelle ère » du règlement en ligne des différends.

Avant toute chose, il nous faut toutefois répondre à une question essentielle : qu'est-ce que l'« ODR » ?

De façon générale, le règlement en ligne des différends peut être défini comme étant l'utilisation des environnements numériques pour faciliter la communication entre les parties et le règlement de différends². Toutefois, plusieurs auteurs auront plutôt tendance à offrir une vision plus restrictive de la notion. Par exemple, Ethan Katsh et Janet Rifkin proposent la définition suivante :

*« ODR draws its main themes and concepts from alternative dispute resolution (ADR) processes such as negotiation, mediation, and arbitration. ODR uses the opportunities provided by the Internet not only to employ these processes in the online environment but also to enhance these processes when they are used to resolve conflicts in offline environments. [...] Like ADR [...] at its core is the idea of providing dispute resolution in a more flexible and efficient manner than is typical with courts and litigation. »*³

Si cette citation offre un bon aperçu du potentiel de l'ODR, elle souligne également l'obstacle majeur auquel les développeurs de plateformes de règlement en ligne des différends ont été confrontés : le règlement en ligne des différends est souvent perçu comme une simple transposition en ligne des modes privés de prévention et de règlement des différends (PRD)⁴, pour reprendre l'expression adoptée par le législateur québécois⁵.

Or, puisque les PRD tels la négociation et la médiation sont présentés comme étant des mécanismes volontaires, certaines études démontrent que les parties invitées à participer à un processus de règlement en ligne des différends refuseront

¹ Karim BENYKHELEF, « La résolution en ligne des différends de consommation : un récit autour (et un exemple) du droit postmoderne », dans Pierre Claude LAFOND (dir.), *L'accès des consommateurs à la justice*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2010, 89.

² Julia HÖRLNE, « Online Dispute resolution », dans R. BERNSTEIN *et al.*, *Bernstein's Handbook of Arbitration and Dispute Resolution Practice*, Vol. 1 (4^e éd.), London, Sweet & Maxwell, 2003, p. 782.

³ Ethan KATSH et Janet RIFKIN, *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, 2001, San Francisco, Jossey-Bass, p. 2.

⁴ « ODR has its roots in the alternative dispute resolution movement. In fact, ODR directly emerged as an online extension of ADR ». Voir Maria MERCEDES ALBORNOZ et Nuria GONZALEZ MARTIN, « Feasibility Analysis of Online Dispute Resolution in Developing Countries », (2013), disponible à l'adresse : <https://pdfs.semanticscholar.org/3120/f54651cbb42bc716b64965a5fcd308cfab64.pdf>, p. 43.

⁵ Code de procédure civile, RLRQ c C-25.01, art. 1.

simplement de se prêter à l'exercice¹. De plus, tout processus qui oblige les parties à payer des frais administratifs, ou le salaire d'un médiateur ou arbitre, nuit à l'attractivité de l'ODR pour le règlement de différends dont la valeur monétaire est souvent inférieure aux frais d'utilisation de la plateforme². Ces observations expliquent pourquoi³ bon nombre des premières initiatives de règlement en ligne des différends n'ont pas survécu à l'éclatement de la bulle Internet ou ont eu du mal à obtenir le soutien et les fonds nécessaires pour assurer leur viabilité⁴.

Au cours des dernières années, nous avons toutefois pu constater un certain renouveau quant aux efforts associés à la promotion et au développement de plateformes d'ODR. Ces nouvelles plateformes s'éloignent du modèle classique puisqu'elles ne sont plus orientées vers la résolution privée de différends, mais

¹ Voir notamment « ECODIR Project Final Report », (2003), disponible à l'adresse : <http://www.crid.be/pdf/public/6387.pdf>, p. 14.

² La plupart des ouvrages juridiques utilisent l'expression « *low-value, high-volume cases* » pour résumer ce concept. Bien que l'expression ait recueilli plusieurs appuis, nous estimons qu'elle présente une vision biaisée de ce type de cas. Comme nous l'avons indiqué ailleurs : « "low-value, high-volume" is a somewhat difficult term to define because it will vary according to income level and priorities – and that's not even taking into account disparities between countries ». Voir : Karim BENYekhlef et Nicolas VERMEYS, « "Low Value, High-Volume" Disputes : Defining the Undefinable », (2014) *Slaw*, disponible à l'adresse : <http://www.slaw.ca/2014/01/29/low-value-high-volume-disputes-defining-the-undefinable/>. Il convient de noter que cette position était partagée par le groupe de travail de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur le règlement des différends en ligne. Voir : Rapport du Groupe de travail III (Règlement des différends en ligne) sur les travaux de sa vingt-huitième session (Vienne, 18 au 22 novembre 2013), p. 6 : « In relation to the term "high-volume", it was said that for a user of the Rules, the fact of whether or not the dispute arising out of that individual's transaction was one of a number of disputes would not be relevant [...] Following discussion it was decided to delete the words "high-volume" from the preamble. [...] In relation to the term "low-value" [...] in the preamble, diverging views were expressed in relation to whether that term ought to be defined. On the one hand, it was said that providing a definition would increase clarity as to when the Rules applied, and was said to be particularly relevant in that context from a consumer-protection standpoint. It was also said that any abuse of the use of the Rules would be limited if its scope was indeed limited to low-value transactions. On the other hand, it was said that creating a definition would be exceedingly difficult, not least because the definition of "low-value" could change over time and across borders ; in that respect, the Working Group recalled its agreement at its twenty-fourth session that such a definition ought not to be included in the Rules, but indicative information set out in guidelines ».

³ Notons que les causes énumérées ne sont pas exhaustives. Par exemple, certaines études ont également identifié un manque de confiance dans le processus, le manque de prévisibilité des résultats et des coûts, les préoccupations en matière de sécurité, etc. comme étant des facteurs pouvant nuire au déploiement d'une plateforme d'ODR. Voir Jean-François ROBERGE et Véronique FRASER, « Access to Commercial Justice: A Roadmap for Online Dispute Resolution (ODR) Design for Small and Medium-Sized Businesses (SMEs) Disputes », (2019) *Ohio State Journal on Dispute Resolution* (à venir). Disponible via SSRN : <https://ssrn.com/abstract=3299246>, p. 17.

⁴ « The commercial development of ODR services, nevertheless, was early impacted by the collapse of the dot.com bubble that lead to a decline in service providers and the subsequent restructuring of the incipient ODR market ». Voir Marta POBLET, « Introduction : Bringing a New Vision to Online Dispute Resolution », dans Martha POBLET (dir.), *Proceedings of the 5th International Workshop on Online Dispute Resolution*, en collaboration avec la 21st International Conference on Legal Knowledge and Information Systems (JURIX 2008), Florence, Italie, 13 décembre 2008, p. 1, à la page 2 ; voir aussi : Karim BENYekhlef, « La résolution en ligne des différends de consommation : un récit autour (et un exemple) du droit postmoderne », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *L'accès des consommateurs à la justice*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 89.

plutôt vers l'appareil judiciaire¹. En effet, si certaines initiatives privées de règlement en ligne des différends continuent à être lancées avec un niveau de succès mitigé², nous assistons aujourd'hui à la création de plateformes de règlement en ligne dont le financement et la gestion sont assurés par l'état. L'ODR n'est donc plus considéré comme une simple alternative aux tribunaux, mais plutôt comme une nouvelle composante du processus judiciaire³. Nous sommes ainsi témoins de l'émergence de véritables tribunaux virtuels.

Au Canada, ce changement a débuté en 2010 alors que les chercheurs du Laboratoire de Cyberjustice ont développé la « Plateforme d'Aide au Règlement des Litiges en ligne » (PARLe). Près d'une décennie plus tard, PARLe, ainsi que d'autres plateformes offrant des fonctionnalités similaires⁴, a su favoriser l'émergence de tribunaux virtuels au Canada (I). Ce virage technologique n'est toutefois qu'un point de départ puisque de récentes innovations dans le domaine de l'intelligence artificielle permettront de bonifier les plateformes d'ODR et d'offrir de nouvelles fonctionnalités visant à mieux aiguiller leurs utilisateurs (II).

PARTIE I – L'HISTOIRE DE PARLe OU L'ÉMERGENCE DES TRIBUNAUX VIRTUELS AU CANADA

Bien qu'elle ait été bonifiée au fil des ans, la version initiale de PARLe a été développée grâce à une subvention de recherche accordée par le gouvernement du Québec visant le développement d'une « plate-forme de règlement des litiges issus de conflits nés sur Internet »⁵. Ce projet s'inscrivait dans la lignée de plateformes développées antérieurement sous la direction du chercheur Karim Benyekhlef, à savoir : le Cybertribunal, eResolution et ECODIR⁶. Toutefois, PARLe se distingue de ses prédécesseurs par le fait que cette plateforme n'a pas été pensée pour opérer

¹ Nous avons documenté ce changement dans Nicolas W. VERMEYS et Karim BENYekhlef, « ODR and the Courts », dans Mohamed S. ABDEL WAHAB, Ethan KATSH et Daniel RAINEY, *Online Dispute Resolution : Theory and Practice*, La Haye, Onze, 2012, p. 295.

² ODR Europe répertorie un certain nombre de plateformes ODR relativement récentes. Voir : <http://www.odreurope.com/odr-services/odr-platforms-apps>. Bien que certaines des plateformes répertoriées sur le site soient toujours actives, beaucoup ont depuis changé de modèle d'affaires ou ont fermé leurs portes. Par exemple, eQuibbly.com, qui a commencé à offrir ses services en tant que fournisseur d'ODR en 2012, a fermé ses portes quatre ans plus tard. Voir Robert AMBROGI, « Online Dispute resolution Site eQuibbly Shuts Down », (2016), disponible à l'adresse : <https://www.lawsitesblog.com/2016/03/online-dispute-resolution-site-equibbly-shuts-down.html>.

³ Voir Nicolas W. VERMEYS et Karim BENYekhlef, « ODR and the Courts », dans Mohamed S. ABDEL WAHAB, Ethan KATSH, et Daniel RAINEY, *Online Dispute Resolution: Theory and Practice*, La Haye, Onze, 2012, p. 295. Voir également ONLINE DISPUTE RESOLUTION ADVISORY GROUP, « Online Dispute Resolution for Low Value Civil Claims », (2015), disponible à l'adresse : <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2015/02/Online-Dispute-Resolution-Final-Web-Version1.pdf>, p. 6.

⁴ Voir, par exemple, la plateforme du Civil Resolution Tribunal : <https://civilresolutionbc.ca/>.

⁵ Il s'agit du libellé de la demande de subvention initialement présentée au ministère des Services gouvernementaux du Québec.

⁶ Pour l'histoire de ces plateformes, voir Karim BENYekhlef, « La résolution en ligne des différends de consommation : un récit autour (et un exemple) du droit postmoderne », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *L'accès des consommateurs à la justice*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 89.

dans un cadre privé. En effet, bien que PARLe offre des outils de négociation, de médiation et d'arbitrage comme ses prédécesseurs, elle n'a pas été conçue comme un mécanisme de résolution des litiges alternatif aux tribunaux, mais plutôt comme une série d'outils pouvant être incorporés au processus judiciaire afin d'alléger la charge de travail des juges et, surtout, pour donner un meilleur accès à la justice aux justiciables ayant des réclamations de basse ou faible intensité.

Tel que nous l'avons évoqué en introduction, PARLe est le fruit d'années de recherche, d'analyse et de réflexions quant aux fonctionnalités devant être incorporées à une plateforme de règlement en ligne des différends. Ainsi, rien dans sa conception n'a été laissé au hasard. En effet, même le choix de l'acronyme « PARLe » a fait l'objet d'une analyse approfondie. Si, en français, « PARLe » renvoie évidemment au verbe « parler », en anglais « *parle* » (ou dans sa forme la plus courante « *parley* ») signifie « [traduction] parler avec un ennemi ou quelqu'un avec qui vous êtes en désaccord, surtout pour mettre fin à un conflit »¹. Et c'est exactement ce pourquoi PARLe a été conçue ; pour aider les parties à mettre fin à un conflit avant qu'il ne se transforme en litige². Afin de mieux saisir la portée de cette affirmation, il importe de nous pencher sur le fonctionnement (A) et la raison d'être (B) de cette plateforme.

A. Le fonctionnement de PARLe

Comme nous l'avons évoqué ci-dessus, les différentes incarnations de PARLe³ s'articulent autour du modèle classique de règlement en ligne des différends. Ce modèle en trois étapes, conceptualisé pour la première fois au milieu des années quatre-vingt-dix par Ethan Katsh et Karim Benyekhlef⁴ et réitéré récemment dans le cadre des *Notes techniques sur le règlement des litiges en ligne* proposées par la CNUDCI, consiste en « la négociation, le règlement assisté et une troisième (et dernière) étape »⁵. Ceci dit, la modularité de la plateforme permet d'ajouter ou de soustraire des étapes à ce processus en fonction des besoins de son opérateur ainsi que de contraintes législatives.

¹ Voir *Merriam-Webster Learner Dictionary*, disponible à l'adresse :

<http://www.learnersdictionary.com/definition/parley>.

² Comme l'explique Pierre-Claude Lafond, « Les mots « conflit », « différend » et « litige » ne sont pas synonymes (...) Un conflit doit être perçu dans sa dimension globale, non seulement d'un point de vue juridique (...) Le mot « litige » signifie un conflit fondé sur l'application du droit – donc un différend – qui est porté devant la justice ». Voir Pierre-Claude LAFOND, « Introduction », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *Régler autrement les différends*, 2e édition, Montréal, Lexis Nexis, 2018, p. 7.

³ Il est à noter que la technologie PARLe est utilisée dans le cadre projet de l'Office de la protection du consommateur du Québec (<https://www.opc.gouv.qc.ca/a-propos/parle/>), de la plateforme Medicsys (<https://medicsys-consommation.fr/>) et du Tribunal de l'administration des condominiums de l'Ontario (<https://www.condoauthorityontario.ca/en-US/tribunal/>).

⁴ Karim BENYekhLEF, « La résolution en ligne des différends de consommation : un récit autour (et un exemple) du droit postmoderne », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *L'accès des consommateurs à la justice*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 89.

⁵ CNUDCI, « Notes techniques sur le règlement des litiges en ligne », section 3, art. 18.

Par exemple, PARLe a d'abord fait ses preuves dans le cadre d'un projet pilote – lequel est toujours en cours – lancé conjointement par le Laboratoire de Cyberjustice, l'Office de la protection du consommateur et le ministère de la Justice du Québec. Bien que les lois québécoises permettent à PARLe d'offrir un service d'arbitrage ou d'« adjudication »¹, il a été décidé de limiter la portée du projet aux deux premières étapes, c'est-à-dire la négociation et la médiation².

Une fois cette décision prise, l'étape suivante consistait à déterminer qui allait pouvoir avoir recours à la plateforme. Ironiquement, bien que l'objet du projet pilote ait été (et demeure) l'amélioration de l'accès à la justice, on craignait au départ qu'un outil comme PARLe ne crée un accès trop important au processus judiciaire. Cela ne signifie évidemment pas que les personnes responsables du projet désiraient empêcher les consommateurs de présenter leurs réclamations légitimes, mais plutôt qu'il existait une crainte que des plaideurs quérulents ou des *trolls* tentent de profiter de la plateforme pour présenter des réclamations sans fondement³. En outre, puisque l'étape initiale du projet pilote ne comprenait qu'une poignée de commerçants, on craignait aussi que des consommateurs mal informés ne perdent leur temps à remplir des formulaires pour ensuite découvrir que l'autre partie refuse de prendre part aux négociations – et se retrouvent donc dans la même situation que bon nombre d'utilisateurs de plateformes privées⁴.

Afin de limiter ces risques, il a été convenu que l'accès à PARLe soit contrôlé par l'Office de la protection du consommateur. Un système a donc été mis en place pour permettre aux consommateurs ayant une doléance concernant l'achat d'un bien ou l'obtention d'un service de communiquer avec un représentant de l'Office. Ce dernier procède alors à la collecte d'information afin de déterminer si le processus de PARLe est propice pour faciliter le règlement du différend en cause. Pour ce faire l'agent s'enquerra quant à : la gravité de la réclamation, son

¹ L'article 28 du *Code de procédure civile* du Québec (RLRQ c C-25.01), lequel est entré en vigueur quelques mois avant le lancement du projet, prévoit en effet que : « Le ministre de la Justice peut, par règlement, après avoir pris en considération les effets du projet sur les droits des personnes et obtenu l'accord du juge en chef du Québec ou du juge en chef de la Cour supérieure ou de la Cour du Québec, selon leur compétence, et après avoir pris l'avis du Barreau du Québec et, le cas échéant, de la Chambre des notaires du Québec ou de la Chambre des huissiers de justice du Québec, modifier une règle de procédure ou en adopter une nouvelle pour le temps qu'il fixe, mais qui ne peut excéder trois ans, afin de procéder, dans les districts judiciaires qu'il indique, à un projet-pilote ».

² Le Tribunal de l'autorité du secteur des condominiums de l'Ontario, lequel utilise également PARLe, a quant à lui incorporé une étape d'« adjudication ». Voir : « The CAT Process », disponible à l'adresse : <https://www.condoauthorityontario.ca/en-US/tribunal/the-cat-process/>.

³ Cette préoccupation est partagée par de nombreuses critiques du règlement en ligne des différends. Voir : Katarina PALMGREN, « Explore the use of online dispute resolution to resolve civil disputes : how to best integrate an online court into the Victorian public justice system », Rapport Churchill 2018, disponible à l'adresse : https://www.churchilltrust.com.au/media/fellows/Palmgren_K_2017_Use_of_online_dispute_resolution_to_resolve_civil_disputes.pdf, p. 40.

⁴ Voir Lesley CAPLIN, *Online Cross-Border Consumer Dispute Resolution: An Assessment of its Potential and Analysis of the ECODIR Project*, mémoire de maîtrise, 2004.

adéquation au cadre du projet pilote¹, la présence du commerçant en question dans la liste des participants² et, évidemment, la capacité du consommateur d'utiliser une plateforme informatique, ou de faire appel à une personne qui pourrait l'aider à ce faire³. Selon les réponses fournies, c'est-à-dire si le dossier s'insère dans les balises du projet pilote, le consommateur reçoit un numéro de référence, un code d'accès et d'autres renseignements pertinents⁴ pour la création du dossier. Il est ensuite invité à se connecter à la plateforme pour créer un compte, ouvrir un dossier et commencer la première phase du processus : la négociation.

1. La négociation

Une fois son dossier créé, la partie demanderesse est invitée à remplir deux formulaires distincts. Le premier formulaire vise à décrire la cause du différend, tandis que le second invite le demandeur à présenter une proposition de règlement, c'est-à-dire à indiquer ce qu'il envisage comme résultat. Pour les litiges de consommation, par exemple, le premier formulaire offre des options telles que « les biens ne sont pas tels que décrits » ou « les biens sont défectueux », tandis que le second permet aux consommateurs de demander un remboursement partiel ou total. Ce processus – qui ne prend que quelques minutes à compléter – s'est avéré particulièrement efficace⁵.

Une fois les formulaires remplis, le consommateur peut téléverser des documents⁶ sur la plateforme (par exemple, une copie de sa facture) et visualiser une version PDF de sa proposition. S'il est satisfait du résultat, il lui suffit de cliquer

¹ La *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ c P-40.1, confère à l'Office de la protection du consommateur des pouvoirs civils et pénaux. Le projet se concentre uniquement sur les actions civiles.

² Au moment de la rédaction du présent article, le projet comptait 100 marchands (grands magasins, magasins de meubles et d'électroménagers, concessionnaires d'automobiles d'occasion, agences de voyages, etc.).

³ Depuis le 15 janvier 2019, les consommateurs peuvent désigner une personne pour les aider dans le processus de règlement en ligne ou même mandater un tiers pour agir en leur nom en remplissant un document à cet effet.

⁴ Cette information comprend un résumé du processus PARLe, ainsi qu'un guide de l'utilisateur contenant des références législatives pour aider le consommateur à remplir les formulaires pertinents. Les consommateurs sont également informés qu'ils peuvent consulter la jurisprudence mise à leur disposition via le site Internet de l'Office de la protection du consommateur pour en savoir plus sur la durée de vie utile d'un produit, les garanties légales, les recours, etc. Ils sont finalement invités à consulter la page FAQ de la plateforme.

⁵ Il est à noter que l'approche par formulaire n'est pas la seule façon de mener des négociations en ligne. En effet, de nombreuses plateformes offriront une approche textuelle à travers laquelle les parties échangeront simplement de l'information écrite dans un forum, un logiciel d'offres à l'aveugle qui utilise des algorithmes pour aider les parties à s'entendre sur un montant en dollars ou un certain nombre d'autres outils de négociation. Pour une liste exhaustive de ces outils, voir Thomas SCHULTZ, « Does Online Dispute Resolution Need Governmental Intervention? The Case for Architectures of Control and Trust », (2004) 6-1 *NCJ L & Tech* 71, 73. La raison pour laquelle nous avons choisi d'explorer les formulaires – lesquels exigent beaucoup de recherche et d'efforts pour être produits – plutôt que d'aller avec un de ces autres modèles sera expliquée dans la section B.

⁶ Il est à noter que la plateforme ne fait pas de discrimination quant au type de document. Les parties peuvent donc télécharger des copies de leur reçu et de leur contrat, mais aussi des images, des vidéos et des fichiers audios. Ces deux derniers éléments s'avèrent très utiles lorsqu'il s'agit d'établir, par exemple, qu'un appareil fait un bruit irrégulier et difficile à décrire par écrit.

sur un bouton et un courriel sera alors transmis au commerçant, l'invitant à se connecter à la plateforme. Lorsque le représentant du commerçant se connecte, il peut alors accéder aux formulaires remplis par le consommateur, ainsi qu'à tous les documents téléversés. Une fois au fait du dossier, il peut soit accepter la proposition initiale du consommateur, soit faire une contre-proposition, soit refuser de participer à la médiation s'il croit que la réclamation est non fondée¹.

Il est à noter que le caractère asynchrone des échanges permet aux parties de se connecter à la plateforme selon leur propre horaire (ex. : le soir pour le consommateur, pendant les heures de bureau pour le commerçant) rendant ainsi le processus plus facile à gérer puisqu'il ne nécessite pas la coordination des agendas des parties².

Le processus de négociation que nous venons de décrire peut se poursuivre jusqu'à ce que les parties s'entendent, donnant ainsi lieu à une transaction écrite³, ou jusqu'à ce que l'intervention d'un médiateur soit demandée.

2. La médiation

Si elles sont incapables de régler leur différend, les parties peuvent demander à un médiateur de se connecter à PARLe afin de les aider à parvenir à une entente. Selon le calibrage de la plateforme, cela peut se produire soit après un certain délai (par exemple, après deux semaines de négociation de bonne foi), soit, comme c'est le cas pour le projet pilote, après qu'un certain nombre d'offres et de contre-offres aient été soumises et rejetées⁴. Dès qu'une partie clique sur l'icône de médiation, le système informe l'administrateur de la plateforme qu'un médiateur doit être affecté au dossier. À la réception de cette information, l'administrateur de la plateforme choisira simplement le prochain médiateur disponible à partir d'une liste de médiateurs accrédités qui sont membres du Barreau du Québec ou de la Chambre des notaires⁵. Le médiateur choisi recevra alors un courriel l'invitant à

¹ Il convient toutefois de souligner que, si un commerçant refuse de participer au processus de négociation, une plainte sera automatiquement déposée auprès de l'Office de la protection du consommateur, ce qui pourrait donner lieu à une enquête plus approfondie et à des mesures punitives éventuelles.

² Pour une meilleure compréhension des avantages des communications asynchrones pendant le processus d'ODR, voir : Eva-Maria PESENDORFER et Sabine T. KOESZEGI, « Hot Versus Cool Behavioural Styles in Electronic Negotiations: The Impact of Communication Mode », (2006) 15 *Group Decision & Negot.* 141, 153.

³ Selon l'article 2631 du Code civil du Québec, RLRQ c CCQ-1991 : « La transaction est le contrat par lequel les parties préviennent une contestation à naître, terminent un procès ou règlent les difficultés qui surviennent lors de l'exécution d'un jugement, au moyen de concessions ou de réserves réciproques ».

⁴ Pour le projet pilote, la médiation est disponible après que chaque partie a fait une (1) offre. Elle sera également automatiquement déclenchée si les parties n'ont pas réussi à parvenir à un règlement négocié après 20 jours ouvrables.

⁵ Certaines vérifications seront évidemment effectuées en ce qui concerne la disponibilité du médiateur, les conflits d'intérêts possibles et les limitations linguistiques (la plateforme reçoit des plaintes en français et en anglais et nous devons donc nous assurer que le médiateur est à l'aise pour tenir les discussions dans la langue choisie par les parties), etc.

ouvrir une session sur PARLe pour aider les parties à régler leur différend. Pour ce faire, les médiateurs auront accès à l'historique du dossier (la liste des offres et contre-offres, ainsi que tous les autres documents téléchargés par les parties), à un forum de discussion¹ pour échanger avec les deux parties (ou avec l'une d'elles), ainsi qu'aux formulaires. Par exemple, si un consommateur demande un remboursement de 100 \$ et que le commerçant n'est disposé à offrir que 50 \$, le médiateur pourra utiliser les formulaires pour proposer un compromis à 75 \$. Enfin, le médiateur peut également téléverser des documents, tels que la jurisprudence pertinente, pour aider les parties à mieux comprendre certains concepts juridiques clés et, ainsi, faciliter le processus de médiation.

La médiation se conclut par l'acceptation de la proposition du médiateur par les parties². Si cela n'est pas possible dans un délai déterminé³, le processus est interrompu et le consommateur est invité à porter sa cause devant la cour ou le tribunal compétent (normalement, la division des petites créances de la Cour du Québec). Comme nous le verrons maintenant, ce résultat demeure toutefois relativement rare.

B. Pourquoi PARLe fonctionne

Bien que d'autres projets de règlement en ligne des différends semblables au projet PARLe n'aient pas réussi à susciter l'intérêt des commerçants et des consommateurs, les résultats obtenus dans le cadre du projet-pilote sont encourageants. Depuis son lancement en novembre 2016, plus de 7 800 dossiers ont été référés à la plateforme. De plus, plus de 70 % des dossiers ouverts ont été réglés, dont près des deux tiers (45 % de tous les dossiers) sans qu'il n'ait été nécessaire de recourir aux services d'un médiateur. Notons finalement que plus de 90 % des utilisateurs se sont déclarés satisfaits du processus⁴. C'est donc dire que même les parties qui n'ont pas réussi à régler leur différend considèrent qu'elles ont eu accès à la justice et ne saisiront probablement pas, selon toute vraisemblance, les tribunaux.

Bien que de nombreux facteurs expliquent le succès du projet PARLe, nous sommes d'avis que trois d'entre eux méritent une analyse plus approfondie : 1) les

¹ Il convient de préciser que cet *espace de discussion* est différent du forum général de la plateforme, lequel est réservé aux échanges privés.

² Comme durant le processus de négociation, une proposition acceptée aidera à produire un document pdf qui cristallisera la transaction des parties. Si le document généré par la plateforme est jugé incomplet, les médiateurs rédigent parfois un addendum à l'accord et le téléversent sur la plateforme. Cela peut également être fait par les parties elles-mêmes pendant la phase de négociation.

³ Pour le projet pilote, ce délai a été fixé à 15 jours ouvrables, bien qu'il soit possible pour les parties d'obtenir jusqu'à deux prorogations.

⁴ Au 31 janvier 2019, la satisfaction des utilisateurs s'élevait à 91,7 %.

mesures incitatives ; 2) le modèle de financement ; et 3) l'architecture de la plateforme.

1. Les mesures incitatives

Pour assurer leur viabilité financière, les opérateurs de plateformes d'ODR doivent résoudre une problématique essentielle : comment encourager la participation et l'investissement dans un processus non contraignant ? Par exemple, tel que nous l'avons souligné ailleurs¹, le succès de la plateforme de règlement en ligne d'eBay découle des mesures incitatives visant à contraindre les commerçants à participer de bonne foi au processus de règlement en ligne, lesquelles peuvent aller jusqu'à exclure les commerçants de la communauté eBay. Malheureusement, les autres plateformes de règlement en ligne des différends privées ne peuvent s'appuyer sur de telles mesures incitatives. Comme l'explique Karim Benyekhlef², la plateforme ECODIR, qui offrait un service très similaire à PARLe pour les consommateurs européens, n'a jamais réussi à atteindre des résultats similaires à ceux obtenus dans le cadre du projet-pilote, et ce malgré le fait que la population globale de l'Union européenne est plus de 60 fois supérieure à celle du Québec. Bien que de nombreux facteurs puissent expliquer l'insuccès d'ECODIR³, il est rapidement apparu clair que, même si les consommateurs appréciaient la plateforme, les commerçants n'étaient pas incités à accepter l'invitation à négocier puisqu'ils savaient qu'ils ne subiraient aucune conséquence en cas de refus⁴.

Afin de minimiser le risque que les commerçants refusent de participer au processus de règlement en ligne des différends, les représentants de l'Office de la protection du consommateur ont approché un groupe choisi de 20 entreprises qui, en raison de leur taille et de leur secteur d'activité, étaient susceptibles de recevoir de nombreuses plaintes de consommateurs. L'appel était simple : participez au pilote et cela vous aidera à améliorer votre image⁵... Dix-sept des vingt entreprises

¹ Nicolas W. VERMEYS et Karim BENYekhLEF, « ODR and the Courts », dans Mohamed S. ABDEL WAHAB, Ethan KATSH, et Daniel RAINEY, *Online Dispute Resolution: Theory and Practice*, La Haye, Onze, 2012, p. 295, à la page 307.

² Karim BENYekhLEF, « La résolution en ligne des différends de consommation : un récit autour (et un exemple) du droit postmoderne », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *L'accès des consommateurs à la justice*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 89.

³ Karim BENYekhLEF, « La résolution en ligne des différends de consommation : un récit autour (et un exemple) du droit postmoderne », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *L'accès des consommateurs à la justice*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 89. Voir également : Lesley CAPLIN, *Online Cross-Border Consumer Dispute Resolution : An Assessment of its Potential and Analysis of the ECODIR Project*, mémoire de maîtrise, 2004.

⁴ Pablo CORTES, « Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union », Routledge, Londres, 2011, p. 73. L'auteur cite Gabrielle KAUFMANN-KOHLER & Thomas SCHULTZ, *Online dispute resolution: challenges for contemporary justice*, La Haye, Kluwer law international, 2004, p. 339.

⁵ Il faut ajouter que l'Office de la protection du consommateur publie annuellement la liste des entreprises qui ont fait l'objet du plus grand nombre de plaintes. Par conséquent, PARLe a été considéré comme un outil pour aider les entreprises à ne pas figurer sur ladite liste puisqu'un différend réglé n'est pas enregistré comme une plainte.

ont alors accepté de signer et la promesse faite par l'Office de la protection du consommateur s'est révélée exacte : la plateforme leur a permis d'obtenir une meilleure presse et, par conséquent, d'accroître la confiance des consommateurs envers leur marque. En effet, l'engouement de la presse quant au projet était tel que leurs concurrents ont commencé à manifester leur mécontentement selon lequel le projet-pilote favorisait injustement ces 17 entreprises. En conséquence, le nombre de participants au projet est passé de 17 à 146 en l'espace de quelques mois. L'office de la protection du consommateur avait ainsi trouvé un puissant incitatif : la bonne presse.

Un second incitatif fut d'ordre législatif. En effet, depuis 2016, l'article 1 du Code de procédure civile du Québec prévoit que :

Les modes privés de prévention et de règlement des différends sont choisis d'un commun accord par les parties intéressées, dans le but de prévenir un différend à naître ou de résoudre un différend déjà né.

Ces modes privés sont principalement la négociation entre les parties au différend de même que la médiation ou l'arbitrage dans lesquels les parties font appel à l'assistance d'un tiers. Les parties peuvent aussi recourir à tout autre mode qui leur convient et qu'elles considèrent comme adéquat, qu'il emprunte ou non à ces modes.

Les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux.¹

Par conséquent, à l'instar du *Règlement européen sur le règlement en ligne des litiges de consommation*², le *Code de procédure civile du Québec* a su créer un contexte selon lequel les parties sont encouragées à se soumettre au processus de règlement en ligne des différends.

2. Le modèle de financement

Le modèle de financement proposé par les administrateurs de plateformes privées d'ODR a historiquement constitué l'un des principaux obstacles à l'essor du règlement des différends en ligne³. Il va sans dire que, dans les sociétés capitalistes néolibérales, les plateformes privées doivent être rentables pour être

¹ *Code de procédure civile*, RLRQ c C-25.01.

² Règlement (UE) n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif à la résolution en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la Directive 2009/22/CE.

³ Voir : Karim BENYEKHLEF, « La résolution en ligne des différends de consommation : un récit autour (et un exemple) du droit postmoderne », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *L'accès des consommateurs à la justice*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 89 ; et Pablo CORTES, *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*, Routledge, Londres, 2011, p. 75.

durables. Par conséquent, les coûts de développement, les coûts administratifs, les salaires des médiateurs, etc. doivent être intégrés dans une structure de financement qui transfère ces coûts aux utilisateurs. Cela conduit à trois scénarios possibles : demander aux parties de partager les coûts du règlement en ligne du différend, condamner la partie « perdante » à assumer la totalité des coûts, ou prévoir que l'une des parties (en l'occurrence le commerçant) financera à elle seule la plateforme.

Malheureusement, chacun de ces modèles de financement présente d'importantes lacunes. Selon les données produites par l'Office de la protection du consommateur, le coût moyen associé au règlement d'un différend par l'entremise de PARLe est d'environ 150 \$ CAN. Bien que ce montant soit inférieur aux coûts d'un procès¹ et représente moins de 10 % de la valeur moyenne des litiges soumis à la plateforme², il risque tout de même de décourager le dépôt de nombreuses demandes pour des différends de faible intensité. Ceci est évidemment problématique si les coûts sont partagés, mais risque d'être d'autant plus conséquent s'il revient à la partie perdante d'absorber la totalité de ces coûts. En effet, un consommateur qui risque de perdre la valeur de sa réclamation, et qui, de surcroît, risque aussi de supporter les coûts du processus de règlement, risque d'y penser deux fois avant de recourir aux services d'un prestataire de services d'ODR³. Ce dernier scénario soulève également une question rarement posée : qui est censé être le « gagnant » dans le cadre d'une médiation ? Par définition, un règlement par voie de médiation constitue un accord matérialisant le fait que les deux parties s'entendent sur un résultat. *De facto*, il devient alors impossible de déterminer un « gagnant » ou un « perdant »⁴. Évidemment, si le processus passe à la troisième et dernière étape de l'arbitrage ou de l'« adjudication », les frais peuvent alors faire l'objet d'une décision, mais comme cela représente moins de 30 % de tous les cas traités par PARLe, il s'agit d'une solution inadéquate.

La dernière option consiste donc à faire en sorte que le coût de la procédure soit absorbé par le commerçant, qui peut ensuite l'incorporer dans ses frais de fonctionnement. Malheureusement, cela signifie également que le commerçant pourra alors imposer le choix d'une plateforme donnée, voire d'un tiers donné (que

¹ Au Québec, les frais de justice pour les petites créances varient entre 103 \$ et 308 \$CAN. Voir : <https://www.justice.gouv.qc.ca/en/documentation-center/tariff-of-court-costs/small-claims>.

² Le montant moyen des demandes déposées via PARLe est d'environ 2 000 \$CAN.

³ Cela crée également des problèmes de prévisibilité. Comme l'ont souligné Jean-François Roberge et Véronique Fraser, la prévisibilité des résultats joue un rôle important dans l'acceptabilité d'une plateforme. Voir Jean-François ROBERGE et Véronique FRASER, « Access to Commercial Justice: A Roadmap for Online Dispute Resolution (ODR) Design for Small and Medium-Sized Businesses (SMEs) Disputes » (2019) *Ohio State Journal on Dispute Resolution* (à venir). Disponible via SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3299246>, p. 17.

⁴ Comme l'explique David Larson: « Contrary to the adversarial approach of litigation, mediation emphasizes the importance of a “win-win” solution to the conflict with which both parties can feel satisfied ». Voir : David Allen LARSON, « Artificial Intelligence : Robots, Avatars and the Demise of the Human Mediator », (2010) 25 *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 105, 154.

ce soit au stade de la médiation ou de l'arbitrage). Selon un tel scénario, les plateformes deviennent alors de simples fournisseurs de services pour les commerçants, ce qui pourrait favoriser le *forum shopping* pour la plateforme la plus favorable¹. En autres mots, le fait que les opérateurs de plateformes puissent devenir financièrement dépendants des commerçants qui acceptent de recourir à leurs services risque de nuire à leur obligation d'être réellement neutres².

Or, puisqu'il s'agit d'un projet collaboratif émanant d'un organisme public dont l'une des missions est « de promouvoir et de subventionner la création et le développement de services ou d'organismes destinés à protéger le consommateur, et de coopérer avec ces services ou organismes »³, d'une université plaçant les services à la communauté au cœur de ses préoccupations⁴, et du ministère de la Justice, le projet PARLe parvient à éviter les problématiques liées au financement en confiant à des institutions publiques neutres le financement du projet-pilote ; une obligation qui, de toute façon, incombe à l'État québécois vu son rôle de veiller à « [l']administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice »⁵.

3. L'architecture de la plateforme

Bien que la mise en place de mesures incitatives et l'adoption d'un modèle de financement viable soient des éléments essentiels au succès d'un projet d'ODR, il demeure que le succès dudit projet dépendra ultimement de la qualité de

¹ Michael Geist a fait une observation similaire dans le cas des litiges relatifs aux noms de domaine. Voir Michael GEIST, « Fair.com: An Examination of the Allegations of Systemic Unfairness in the ICANN UDRP », (2001) disponible en ligne : <http://aix1.uottawa.ca/~geist/geistudrp.pdf> ; et Michael GEIST, « Fundamentally Fair.com ? An Update on Bias Allegations and the ICANN UDRP », (2002) disponible en ligne : <http://aix1.uottawa.ca/~geist/fairupdate.pdf>.

² Tel que souligné par Robert J. Condlin : « When not based on normative standards, dispute resolution is just another form of bureaucratic processing, the resolution of disagreements according to a set of tacit, often biased, intraorganizational, administrative norms (e.g., seller is always correct), that are defined by repeat players who “capture” the system and use it for their private ends ». Voir Robert J. CONDLIN, « Online Dispute Resolution: Stinky, Repugnant, or Drab » (2016). *U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2016-40*. Disponible via SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2873918>, p. 5. Pour un exemple d'une telle situation, voir : STATE OF MINNESOTA, « National Arbitration Forum Barred from Credit Card and Consumer Arbitrations Under Agreement with Attorney General Swanson », (2009), disponible à l'adresse : <http://voiceofsandiego.org/wp-content/uploads/2013/05/arbitration2-052313-5.pdf>.

³ Loi sur la protection du consommateur, RLRQ c P-40.1, article 292 e).

⁴ Charte de l'Université de Montréal, 1967, 15-16 Eliz. II, chap. 129, section 3.

⁵ Loi constitutionnelle de 1867, 30 et 31 Vict, c 3, article 92.

l'expérience utilisateur, qu'il s'agisse des parties¹, ou des administrateurs de la plateforme².

Or, tel que nous l'avons évoqué précédemment, il existe divers types de mécanismes de négociation en ligne tels les systèmes d'offre à l'aveugle³, ou l'utilisation d'échanges textuels⁴. Lors du développement de PARLe, nous avons toutefois opté pour une approche par formulaire, telle que décrite ci-dessus, puisque nous sommes d'avis que cette approche répond mieux aux besoins des administrateurs de plateformes et aux attentes des utilisateurs. En effet, une plateforme se doit d'être suffisamment souple pour pouvoir s'adapter à tout type de litige. Par exemple, PARLe est actuellement utilisée pour régler des différends en matière de consommation et de copropriété. Qui plus est, il est envisagé d'éventuellement utiliser la plateforme pour régler une pléthore de conflits, notamment des différends relatifs aux baux de logement, certaines infractions commerciales et même certaines infractions liées à la légalisation du cannabis. Passer d'un type de litige à un autre tout en limitant les besoins de personnalisation – et les coûts afférents – nécessite une approche modulaire, c'est-à-dire une approche qui permet aux administrateurs de choisir les étapes associées à leur procédure. Elle nécessite également des outils qui permettent d'adapter facilement la présentation de l'information à un contexte donné. L'approche par formulaire a su répondre à ces contraintes puisque, tout en conservant le même processus, PARLe peut substituer un formulaire consacré aux litiges de consommation à un formulaire propre aux litiges relatifs aux disputes de copropriété et vice-versa.

Pour l'utilisateur, les formulaires offrent plus de souplesse que les outils d'offres à l'aveugle, ces mécanismes limitant habituellement les négociations à une question purement financière (ce qui rend difficile, pour le commerçant, d'offrir de réparer ou de remplacer un bien)⁵. C'est pourquoi ledit mécanisme a été écarté,

¹ « [A]n ODR platform with clear and easy-to-navigate interfaces can increase the confidence of users. Adequately informing users of the steps and type of actions that must or can be undertaken on the platform can improve their understanding of the ODR process ». Jean-François ROBERGE et Véronique FRASER, « Access to Commercial Justice: A Roadmap for Online Dispute Resolution (ODR) Design for Small and Medium-Sized Businesses (SMEs) Disputes » (2019) *Ohio State Journal on Dispute Resolution* (à venir). Disponible via SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3299246>. Les auteurs citent une étude de Udechukwu OJIAKO *et al.*, « An Examination of the 'Rule of Law' and 'Justice' Implications in Online Dispute Resolution in Construction Projects », (2018) 36 *INT'L J. PROJECT MGMT* 301, 309.

² L'interface administrateur de la plateforme PARLe est suffisamment simple pour que le projet pilote soit entièrement géré par des étudiants en droit qui, lorsqu'ils ont commencé à utiliser la plateforme, avaient très peu d'expérience avec ces types d'outils.

³ « 'Blind bidding' is an ODR negotiation process used to determine the quantum of an economic settlement for cases in which there is no question of liability or fault. Similar to an auction mechanism, it allows for parties to participate in an automated negotiation process in order to achieve a resolution. » Voir : DISPUTE PREVENTION AND RESOLUTION DIVISION, « Dispute Resolution Reference Guide », (2012) disponible à l'adresse : <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/csj-sjc/dprs-sprd/res/drrg-mrrc/10.html>.

⁴ Robert J. CONDLIN, « Online Dispute Resolution: Stinky, Repugnant, or Drab » (2016) *U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2016-40*. Disponible via SSRN : <https://ssrn.com/abstract=2873918>, p. 8.

⁵ Comme le souligne Ethan Katsh, « [b]ind bidding can be useful but only when there is a single issue in controversy and that issue involves money, or something that can be represented numerically ». Voir Ethan

nos outils devant permettre une variété de modèles de règlement¹. Par ailleurs, bien que l'on puisse soutenir qu'un système fondé sur l'échange d'écrits (l'approche par échanges textuels) offre encore plus de souplesse que l'utilisation de formulaires, cette approche comporte ses propres inconvénients. Premièrement, il importe de se rappeler qu'une part importante des consommateurs présente des lacunes en matière de littératie², ce qui rend difficile la rédaction d'une requête ou la compréhension d'une offre de règlement. Deuxièmement, nous craignons la situation de « *keyboard warrior* » qui afflige de nombreux groupes de discussion. Bien que les gens puissent être relativement réservés lors d'interactions physiques, certaines études ont su démontrer que l'écran d'ordinateur agit parfois comme désinhibiteur et facilite les comportements agressifs³, ce qui est évidemment contre-productif lorsqu'il s'agit de négocier un règlement. En forçant les parties à suivre la structure imposée par l'approche formulaire, ces problématiques sont minimisées⁴. En outre, les formulaires étant rédigés dans un langage clair et simple, et de façon à ne contenir que les renseignements essentiels, ils sont relativement faciles à parcourir⁵.

Pour conclure notre survol du projet pilote PARLe, nous avons jugé utile de présenter certains des commentaires recueillis auprès des utilisateurs⁶ : les consommateurs ont constaté que la plateforme leur permet de contrôler leur dossier et qu'ils n'auraient pas été en mesure de régler leur litige de façon aussi

KATSH, « Online Dispute Resolution: The Next Phase », (2007) 7 *Lex Electronica* https://www.lex-electronica.org/files/sites/103/7-2_katsh.pdf.

¹ En effet, la plupart des consommateurs qui utilisent PARLe demandent un règlement qui ne se limite pas à un simple montant d'argent.

² Pour une étude exhaustive sur les taux d'alphabétisation, voir : OCDE, « L'importance des compétences – Nouveaux résultats de l'évaluation des compétences des adultes », Éditions OECD, Paris, 2016.

³ Voir Jean-François ROBERGE et Véronique FRASER, « Access to Commercial Justice: A Roadmap for Online Dispute Resolution (ODR) Design for Small and Medium-Sized Businesses (SMEs) Disputes », (2019) *Ohio State Journal on Dispute Resolution* (à venir). Disponible via SSRN : <https://ssrn.com/abstract=3299246>, p. 38. Les auteurs se réfèrent aux études menées par Amira GALIN, Miron GROSS & Gravier GOSALKER, « E-negotiation versus Face to Face Negotiation: What has Changed – If Anything? » (2007) 23 *Computers Hum. Behav.* 787, 795; et Alice F. STUHLMACHER et Maryalice CITERA, « Hostile Behavior and Profit in Virtual Negotiation: A Meta-Analysis », (2005) 20 *J. BUS. & PSYCHOL.* 69, 86 et 89.

⁴ Il convient de souligner que cette qualité est également perçue par certains comme un inconvénient puisque « the format does not always permit parties to describe all of the dimensions of their claims and proposals in even a moderately complex dispute, or respond to the claims and proposals of adversaries in a fully satisfactory fashion ». Voir Robert J. CONDLIN, « Online Dispute Resolution: Stinky, Repugnant, or Drab » (2016) *U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2016-40*. Disponible via SSRN : <https://ssrn.com/abstract=2873918>, p. 17. Pour résoudre ce problème, PARLe permet aux parties de télécharger plus d'informations dans la section « documents » de la plateforme.

⁵ Cela nous a également aidés à contourner la critique selon laquelle « Requiring parties to describe their claims and defenses in fixed linguistic and conceptual categories also revives the practice, criticized extensively in the early clinical legal education literature, of forcing clients to tell their stories in the often arcane language and alien conceptual categories of the law, rather than the ordinary language and concepts they use to understand and explain the stories to themselves ». Voir Robert J. CONDLIN, « Online Dispute Resolution: Stinky, Repugnant, or Drab » (2016) *U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2016-40*. Disponible via SSRN : <https://ssrn.com/abstract=2873918>, p. 15.

⁶ Les parties sont invitées à remplir un questionnaire une fois qu'elles ont réglé leur différend ou que le délai imparté pour un règlement s'est écoulé.

rapide et efficace s'ils étaient passés par les voies habituelles (les bureaux de service à la clientèle ou le système judiciaire)¹. Ils ont également apprécié le fait que la plateforme crée des règles du jeu équitables entre les parties, les encourageant ainsi à négocier. Enfin, de nombreux consommateurs invoquent l'accessibilité en ligne et le caractère asynchrone du processus comme principale raison d'utiliser PARLe, car leur horaire ne leur permettrait tout simplement pas de recourir aux tribunaux.

PARTIE II - L'AVENIR DES TRIBUNAUX VIRTUELS AU CANADA

Bien que les statistiques présentées dans la première partie du présent article démontrent que PARLe a eu un effet positif sur l'accès à la justice, il serait présomptueux d'affirmer que la plateforme ne peut être améliorée. En effet, un taux de réussite de 70 % signifie également que 30 % des dossiers demeurent irrésolus. Bien qu'il soit irréaliste d'espérer que 100 % des dossiers soumis à la plateforme soient réglés par le biais de celle-ci, certaines améliorations demeurent envisageables. Par exemple, une analyse sommaire des données récoltées d'utilisateurs de PARLe nous permet d'observer que ces derniers surévaluent parfois la valeur de leurs réclamations ou comprennent mal leurs chances de succès, ce qui peut mener à une vision déformée du processus. En effet, si quelqu'un croit à tort qu'il a subi un préjudice pouvant être évalué à 1 000 \$, il pourrait alors percevoir une offre de bonne foi de 100 \$ comme étant une insulte. Afin d'atténuer ce type de situations, ainsi que d'autres situations problématiques liées au processus de règlement en ligne des différends², certains auteurs³ proposent l'intégration d'algorithmes d'intelligence artificielle (IA) aux plateformes de règlement en ligne des différends pour favoriser l'atteinte d'un règlement. Bien que nous partagions cet avis, l'ajout d'algorithmes d'IA aux plateformes d'ODR se doit d'être fait de façon réfléchie, c'est-à-dire de façon à ne pas compromettre les principes selon lesquels ces plateformes doivent être

¹ Cela est particulièrement important lorsque les biens en question sont des appareils ménagers dont les consommateurs auraient du mal à se passer. Par exemple, on ne peut pas légitimement s'attendre à ce qu'un justiciable patiente un an ou plus pour faire réparer son réfrigérateur.

² Pour une liste exhaustive de ces questions, voir Robert J. CONDLIN, « Online Dispute Resolution: Stinky, Repugnant, or Drab » (2016) *U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2016-40*. Disponible via SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2873918>.

³ Voir, par exemple, Karim BENYekhlef et Emmanuelle AMAR, « Some Reflections on The Future of Online Dispute Resolution. From e-platform to Algorithms », dans Imma BARRAL (dir.), *La resolución de conflictos con consumidores : de la mediación a las ODR*, Madrid, Editorial Reus, 2018, 229 ; Jean-François ROBERGE et Véronique FRASER, « Access to Commercial Justice: A Roadmap for Online Dispute Resolution (ODR) Design for Small and Medium-Sized Businesses (SMEs) Disputes », (2019) *Ohio State Journal on Dispute Resolution* (à venir). Disponible via SSRN : <https://ssrn.com/abstract=3299246>; Monika MOIARIKOVÁ, « Using Artificial Intelligence in Online Dispute Resolution », mémoire de maîtrise, 2018 ; David Allen LARSON, « Artificial Intelligence : Robots, Avatars and the Demise of the Human Mediator », (2010) 25 *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 105 ; Suzanne VAN ARSDALE, « User Protection in Online Dispute Resolution », (2015) 21 *Harvard Negotiation Law Review* 107 ; Arno R. LODDER et John ZELENKOW, « Artificial Intelligence and Online Dispute Resolution », dans Mohamed S. ABDEL WAHAB, Ethan KATSH et Daniel RAINEY, *Online Dispute Resolution : Theory and Practice*, La Haye, Onze, 2012, p. 73 ; et Davide CARNEIRO et al., « Online dispute resolution : an artificial intelligence perspective », (2014) 41 *Artif Intell Rev* 211.

gouvernées¹. En effet, tel qu'il a été établi par de nombreux auteurs, la technologie n'est pas neutre². Nous devons donc veiller à ce que les avantages associés à l'IA soient pleinement exploités, tout en nous assurant que ses externalités négatives soient, autant que faire se peut, contenues. Cependant, avant d'étudier les risques et les avantages de l'intelligence artificielle pour l'ODR (B), il demeure essentiel d'acquérir une compréhension commune de cette notion quelque peu diffuse (A).

A. L'intelligence artificielle au service du règlement en ligne des différends

Des véhicules sans conducteur aux assistants personnels comme Alexa ou Siri, en passant par différents outils d'aide à la décision, l'IA semble envahir toutes les sphères de notre vie. Alors que les médias ne cessent de discuter de l'IA et des avantages que les avancées technologiques des dernières années peuvent apporter à notre quotidien – y compris dans le domaine du règlement en ligne des différends – le concept demeure relativement flou pour une majorité d'individus.

La définition classique de l'intelligence artificielle ou, plutôt, du « problème de l'intelligence artificielle », est attribuée à John McCarthy, Marvin L. Minsky, Nathaniel Rochester, et Claude E. Shannon. Dans leur désormais célèbre article, « *A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence* »³, les auteurs définissent l'intelligence artificielle comme suit : « making a machine behave in ways that would be called intelligent if a human were so behaving »⁴. Cette description, laquelle renvoie à un test conçu par Alan Turing en 1950⁵, semble avoir façonné les définitions offertes par de nombreux dictionnaires, lesquels présentent l'intelligence artificielle comme un « [d]omaine d'étude ayant pour objet la reproduction artificielle des facultés cognitives de l'intelligence humaine dans le but de créer des systèmes ou des machines capables d'exécuter des fonctions relevant normalement de celle-ci », ou un « [s]ystème conçu pour simuler le fonctionnement de l'intelligence humaine afin d'exécuter des fonctions relevant normalement de celle-ci »⁶.

¹ Selon l'article 53 des « Notes techniques sur le règlement des litiges en ligne » (disponibles à l'adresse https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/v1700383-1_french_technical_notes_on_odr_o.pdf), « [i]l est souhaitable que les procédures de règlement des litiges en ligne soient soumises aux mêmes garanties en matière de confidentialité et de procédure que celles qui s'appliquent aux procédures de règlement des litiges dans un contexte hors ligne, en particulier en ce qui concerne l'indépendance, la neutralité et l'impartialité ».

² Voir notamment Neil POSTMAN, *Se distraire à en mourir*, Flammarion, 1986, p. 209. En effet, comme l'explique Donald A. Norman, « *Each technology has properties – affordances – that make it easier to do some activities, harder to do others. The easier ones get done, the harder ones neglected. Each has constraints, preconditions, and side effects that impose requirements and changes on the things with which it interacts, be they other technology, people, or human society at large* ». Donald A. NORMAN, *Things That Make Us Smart*, Reading, Addison-Wesley, 1993, p. 243.

³ L'article a depuis été réimprimé dans *AI Magazine* Volume 27 numéro 4 (2006), p. 10.

⁴ John MCCARTHY *et al.*, « A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence », 31 août 1955.

⁵ Voir Alan M. TURING, « Computing Machinery and Intelligence », (1950) 49 *Mind* 433.

⁶ Ces deux définitions sont tirées du Grand dictionnaire technologique. Voir : <http://granddictionnaire.com/>.

Malheureusement, ces définitions sont bien peu utiles lorsque vient le temps de cerner ce que font réellement les algorithmes d'intelligence artificielle. En fait, selon les définitions proposées, les mécanismes de négociation automatisés tels que ceux offerts par les algorithmes d'offres à l'aveugle brièvement abordés dans la première partie de cet article peuvent être interprétés comme constituant une forme d'intelligence artificielle¹. Si certains auteurs sont de cet avis², d'autres s'y opposent :

« Although blind-bidding systems actually yield case decision and are therefore sometimes headed under automated arbitration, they cannot justify their decision. More importantly, they do not arrive at conclusions on the basis of reasoning with rules (as expert systems do), but merely apply a simple algorithm to determine whether offer and counter-offer are within a certain pre-defined range. We therefore would not call the blind-bidding systems expert systems, and in general believe that today a possible role of expert systems in ODR is at best a modest one. »³

Cette position est d'ailleurs confirmée par Jean-François Roberge et Véronique Fraser, lesquels sont d'avis qu'aucun fournisseur actuel d'ODR n'utilise d'algorithmes d'intelligence artificielle à proprement parler⁴. Les propositions de

¹ David Allen LARSON, « Artificial intelligence =: Robots, Avatars and the Demise of the Human Mediator », 25 *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 105, 160. Voir également Suzanne VAN ARSDALE, « User Protection in Online Dispute Resolution », (2015) 21 *Harvard Negotiation Law Review* 107, 118.

² Voir, par exemple, Karl BAYER, « Digital Disagreements : Artificial [Intelligence] Arbitration », partie 2, (2013), disponible à l'adresse : <http://www.disputingblog.com/digital-disagreements-artificial-intelligence-arbitration/>. Voir également « The Role of Artificial Intelligence in Online Dispute Resolution », (2017) *the Law Blogger*, disponible à l'adresse : <https://thelawbloggeronline.wordpress.com/2018/02/15/the-role-of-artificial-intelligence-in-online-dispute-resolution/>. Ces textes font référence à des plateformes telles que *Family_Winner* et *Rechtwijzer* comme exemples d'ODR basé sur l'IA. Adesina Temitayo BELLO, « Online Dispute Resolution Algorithm ; Artificial Intelligence Model as a Pinnacle », (2017), disponible en ligne : <https://ssrn.com/abstract=3072245>, présente également *Rechtwijzer* comme étant une « plateforme d'intelligence artificielle ». Or, bien que *Family_Winner* utilise certaines méthodes heuristiques qui pourraient être qualifiées d'IA (voir : John ZELEZNIKOW et Emilia BELLUCCI, « Family_Winner : Integrating Game Theory and Heuristics to Provide Negotiation Support », (2003), disponible à l'adresse : https://www.researchgate.net/publication/228609936_Family-Winner_Integrating_game_theory_and_heuristics_to_provide_negotiation_support), *Rechtwijzer* était basé sur « Online Justice », la même technologie utilisée par MyLawBC, laquelle « ne déploie pas l'IA ». Voir Roger SMITH, « How Will Artificial Intelligence Impact Access to Justice », (2018) disponible à l'adresse : <https://law-tech-azj.org/ai/how-will-artificial-intelligence-impact-on-access-to-justice/>.

³ Arno R. LODDER et Ernest M. THIESSEN, « The Role of Artificial Intelligence in Online Dispute Resolution », (2003) *Proceedings of the UNECE Forum on ODR 2003*, disponible à l'adresse : <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.97.9137&rep=rep1&type=pdf>.

⁴ Voir Jean-François ROBERGE et Véronique FRASER, « Access to Commercial Justice: A Roadmap for Online Dispute Resolution (ODR) Design for Small and Medium-Sized Businesses (SMEs) Disputes », (2019) *Ohio State Journal on Dispute Resolution* (à venir). Disponible via SSRN : <https://ssrn.com/abstract=3299246>, p. 15. Les auteurs citent le *Civil Resolution Tribunal* de la Colombie-Britannique comme exemple d'une plateforme qui utilise des algorithmes avancés pour son « *solution explorer* », un outil de cheminement guidé. Cependant, comme l'explique Roger Smith, « Guided pathways which take you through problems following static and pre-set paths are not AI ». Voir : Roger SMITH, « How Will Artificial Intelligence Impact Access to Justice », (2018) disponible en ligne : <https://law-tech-azj.org/ai/how-will-artificial-intelligence-impact-on-access-to-justice/>. La confusion pourrait provenir du fait que les outils d'ODR sont « often referred to as artificial intelligence, but in fact [stretch] beyond traditional notions of artificial intelligence. An algorithm does not need to think like a human in order to effectively play the role of mediator or arbitrators. » Voir Amy J. SCHMITZ et Colin

définitions de l'intelligence artificielle semblent donc faire défaut. En effet, si tout type d'algorithme peut être considéré comme de l'IA, le concept lui-même devient alors vide de sens. Pour cette raison, la définition du dictionnaire Oxford nous paraît plus utile. Selon cette référence, l'IA peut être décrite comme « *[t]he theory and development of computer systems able to perform tasks normally requiring human intelligence, such as visual perception, speech recognition, decision-making, and translation between languages* »¹. En faisant référence à des « tâches » (*tasks*), le concept devient plus clair même s'il demeure quelque peu diffus. Nous soumettons toutefois que c'est la façon dont ces tâches sont accomplies par l'algorithme (par un processus qui ressemble à une prise de décision autonome plutôt qu'à une simple forme de programmation binaire) qui définit l'IA moderne. En effet, bien qu'il existe de nombreux types d'algorithmes d'intelligence artificielle, les progrès les plus récents dans le domaine sont liés à une forme d'IA appelée apprentissage automatique (*machine learning*).

Selon l'Office québécois de la langue française, l'apprentissage automatique peut être défini comme suit : « processus par lequel un algorithme évalue et améliore ses performances sans l'intervention d'un programmeur, en répétant son exécution sur des jeux de données jusqu'à obtenir, de manière régulière, des résultats pertinents »². Sans désirer consacrer trop de temps à l'analyse de cette définition, il suffit, pour l'instant, d'en tirer une information essentielle : la qualité d'un outil d'IA basé sur l'apprentissage automatique est donc tributaire du nombre et de la qualité des jeux de données auxquelles il a accès³.

De toute évidence, lorsqu'il est question de l'utilisation de l'apprentissage automatique dans le contexte de processus de règlement en ligne des différends, cette problématique s'amenuise puisque le contrôle *a priori* de la qualité des données est facilité. Par exemple, les outils d'IA juridiques actuels utilisent des documents produits par les tribunaux, des articles de revues juridiques réputées, ainsi que la jurisprudence et la législation pour entraîner leurs algorithmes⁴. La

RULE, *The New Handshake: Online Dispute Resolution and the Future of Consumer Protection*, Chicago, ABA, 2017, p. 133.

¹ Voir : https://en.oxforddictionaries.com/definition/artificial_intelligence. Il faut souligner que les tâches proposées peuvent être directement liées aux types de technologies qualifiées d'intelligence artificielle selon le co-fondateur de Ross Intelligence Andrew Arruda (voir Andrew ARRUDA, *Présentation ROSS Intelligence*, <https://www.youtube.com/watch?v=hJk-dQnn4M8>). M. Arruda présente l'intelligence artificielle comme un terme général englobant quatre types de technologies : l'apprentissage automatique, la reconnaissance vocale, le traitement du langage naturel et la reconnaissance d'images. Bien que nous soyons d'accord que ces quatre concepts se situent dans les limites de l'intelligence artificielle, on pourrait soutenir qu'ils ne représentent pas réellement des technologies distinctes puisque la reconnaissance vocale et le traitement du langage naturel pourraient être considérés comme les deux côtés d'une même médaille, alors que ces deux technologies, de même que la reconnaissance des images, peuvent dépendre d'algorithmes d'apprentissage automatique.

² Définition issue du Grand dictionnaire technologique. Voir : <http://granddictionnaire.com/>.

³ Voir Pedro DOMINGOS, « A Few Useful Things to Know about Machine Learning », (2012) 55/10 *Communication of the ACM* 78.

⁴ Par exemple, l'IA de Ross fait des recherches jurisprudentielles pour trouver réponse à des questions juridiques. Voir : <http://rossintelligence.com/>.

qualité de l'information n'est donc pas problématique en soi. Toutefois, sa quantité peut le devenir¹. En effet, tel que nous venons de le souligner, la qualité des résultats d'un algorithme est tributaire de la quantité de données structurées auxquelles il peut accéder. Par exemple, Watson, l'outil d'IA développé par IBM et utilisé dans le milieu de la santé, peut puiser dans des millions de dossiers médicaux pour effectuer un diagnostic². Malheureusement, si les questions médicales sont relativement universelles (la biologie humaine fondamentale ne varie pas en fonction de la nationalité), les lois, elles, demeurent territoriales. Par conséquent, on ne saurait mettre en commun des données provenant de juridictions distinctes lors de l'entraînement d'un algorithme. En autres mots, la taille de la base de données sera définie par les frontières juridictionnelles, ce qui peut devenir très problématique pour les plus petits États comme le Québec où le nombre de décisions rendues annuellement ne représente qu'une fraction de ce qui est nécessaire pour entraîner un algorithme³. De plus, puisque les lois évoluent et sont abrogées, la jurisprudence a une durée de vie limitée, ce qui signifie que les décisions passées doivent être régulièrement retirées de la base de données permettant d'entraîner l'algorithme pour assurer son exactitude :

« Another challenge that future research in AI and The Law will face is related with the changing nature of the laws. Indeed, in civil law systems, the frequency of legislation changes is higher and higher [...] From the technological point of view, for ODR systems that work in civil law domains (tendentiously rule-based), this means that whenever a legal norm changes someone will have to search the system for the rules or ontologies that implemented that norm and change them accordingly. Thus, there will be a growing effort to manage such systems and keeping them up to date without creating ambiguities. »⁴

L'insuffisance du nombre de dossiers pouvant générer des données devient d'autant plus importante en matière d'ODR puisque, tel que susmentionné, la plupart des cas sont réglés durant les processus de négociation ou de médiation. Ainsi, ces données deviendront difficiles à récupérer puisque « [l]es parties qui choisissent de prévenir un différend ou de régler celui qui les oppose par un mode privé et le tiers qui les assiste s'engagent à préserver la confidentialité de ce qui est

¹ Sur cette question, voir Harry SURDEN, « Machine Learning and Law », (2014) 89 Wash. L. Rev. 87, 105: « machine learning algorithms often require a relatively large sample of past examples before robust generalizations can be inferred. To the extent that the number of examples (e.g., past case data) are too few, such an algorithm may not be able to detect patterns that are reliable predictors ».

² IBM prévoit qu'il y aura plus de 2 310 exaoctets de données sur les soins de santé d'ici 2020. Voir : <https://www.ibm.com/watson/health/about/>.

³ Selon l'Institut canadien d'information juridique (CanLII), les tribunaux québécois ont rendu environ 20 000 décisions en 2018. Voir : <https://www.canlii.org/en/>. Or, selon Luc Julia, l'un des concepteurs de Siri, il faudrait environ 100 000 décisions sur un seul point de droit pour correctement entraîner un algorithme. Voir : Luc JULIA, *L'intelligence artificielle n'existe pas*, Paris, First Edition, 2019, p. 123.

⁴ Davide CARNEIRO et al., « Online Dispute Resolution : an Artificial Intelligence Perspective », (2014) 41 Artificial Intelligence review 211, 230.

dit, écrit ou fait dans le cours du processus, sous réserve de leur entente sur le sujet ou des dispositions particulières de la loi »¹.

Même lorsque les données sont exactes, structurées et disponibles en quantité suffisante, il importe de souligner que l'« entraînement » de l'algorithme peut infuser certains biais dans celui-ci. Par exemple, un algorithme aurait conduit à l'arrestation d'un nombre anormalement élevé d'Afro-Américains et autres minorités². Le même phénomène de discrimination algorithmique basé sur l'ethnie ou la race aurait été observé à travers l'utilisation d'outils de détermination du risque de récidive d'inculpés aux États-Unis³.

Pour les raisons susmentionnées, l'apprentissage automatique semble mal adapté au domaine du règlement en ligne des différends, du moins à des fins décisionnelles. Cependant, comme nous le verrons maintenant, d'autres utilisations de l'apprentissage automatique (par exemple, en ce qui concerne le traitement du langage naturel), ainsi que d'autres mécanismes d'IA qui offrent des résultats similaires en utilisant différentes méthodes statistiques pour offrir des systèmes experts⁴, pourraient s'avérer utiles afin de mieux aiguiller les parties prenantes au processus décisionnel⁵.

B. L'intégration d'outils d'intelligence artificielle aux tribunaux virtuels

Tel que nous venons de l'invoquer, certains auteurs sont d'avis que l'intelligence artificielle pourrait permettre de bonifier le processus de règlement en ligne des différends⁶. Pour en arriver à cette fin, deux approches distinctes

¹ Code de procédure civile, RLRQ c C-25.01, article 4.

² Cathy O'NEIL, *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, New York, Crown, 2016, p. 84.

³ Julia ANGWIN, Jeff LARSON, Surya MATTU, et Lauren KIRCHNER, « Machine Bias », (2016) *PROPUBLICA*, disponible à l'adresse : <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>. Il convient de souligner que les conclusions de ce rapport ont été contestées par certains chercheurs. Voir Anthony W. FLORES, Christopher T. LOWENKAMP et Kristin BECHTEL, « False Positives, False Negatives, and False Analyses: A Rejoinder to "Machine Bias: There's Software Used Across the Country to Predict Future Criminals. And It's Biased Against Blacks." », (2016) 80 *Federal Probation* 38.

⁴ Voir Arno R. LODDER et Ernest M. THIESSEN, « The Role of Artificial Intelligence in Online Dispute Resolution », (2003) *Proceedings of the UNECE Forum on ODR 2003*, disponible à l'adresse : <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.1.97.9137&rep=rep1&type=pdf>. Il convient de souligner que, si ces systèmes peuvent utiliser l'apprentissage automatique, ce n'est pas toujours le cas.

⁵ Pour une liste plus complète des types d'intelligence artificielle qui pourraient s'avérer utiles en matière d'ODR, voir : Davide CARNEIRO *et al.*, « Online Dispute Resolution : an Artificial Intelligence Perspective », (2014) 41 *Artificial Intelligence review* 211. Voir également Arno R. LODDER et John ZELENZNIKOW, « Artificial Intelligence and Online Dispute Resolution », dans Mohamed S. ABDEL WAHAB, Ethan KATSH, et Daniel RAINEY, *Online Dispute Resolution : Theory and Practice*, La Haye, Onze, 2012, p. 73.

⁶ Voir, par exemple, Arno R. LODDER et Ernest M. THIESSEN, « The Role of Artificial Intelligence in Online Dispute Resolution », (2003) *Proceedings of the UNECE Forum on ODR 2003*, disponible à l'adresse : <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.1.97.9137&rep=rep1&type=pdf>.

semblent actuellement s'affronter¹. La première, qualifiée dans la littérature anglophone de « *Artificially Intelligent Dispute Resolution* » ou AIDR², réfère à l'idée de confier le rôle d'arbitre ou de médiateur à un algorithme³ (A) ; alors que la seconde suggère de recourir à divers mécanismes d'intelligence artificielle pour permettre une meilleure autonomisation des parties au processus d'ODR⁴. Nous avons choisi d'utiliser l'acronyme anglophone « ODRAI » (pour *ODR assisted by AI*) pour représenter cette approche (B). Comme nous le verrons plus loin, si l'ODRAI peut être perçue comme une façon de mieux outiller les acteurs judiciaires, l'AIDR est - pour l'instant - source de préoccupations et de méfiance pour les membres de la communauté juridique⁵.

1. L'AIDR ou la lubie du juge robot

Tel que nous venons de le souligner, l'« *Artificially Intelligent Dispute Resolution* », ou AIDR, réfère à ce que Ginevra Peruginelli présente comme étant une médiation menée par un agent autonome⁶, c'est-à-dire un algorithme capable de remplacer un médiateur humain⁷. Comme l'expliquent Arno R. Lodder et Ernest M. Thiessen : « *This agent should manage all interaction between the parties, understand what the dispute is about, and, uncommon for most forms of mediation:*

¹ Comme l'explique Adesina Temitayo Bello, « In order to develop intelligent and efficient techniques to support Online Dispute Resolution, one needs to integrate Artificial Intelligence based problem solving techniques with Online Dispute Resolution ones. This information can be considered from two different perspectives: on the one hand, as a tool to help the parties and the decision makers to obtain the best possible results in solving commercial disputes and, on the other hand, considering a new way of autonomous dispute resolution through the use of autonomous and intelligent software, supported by a knowledge base and decision capabilities ». Voir : Adesina Temitayo BELLO, « Online Dispute Resolution Algorithm ; Artificial Intelligence Model as a Pinnacle », (2017), disponible à l'adresse : <https://ssrn.com/abstract=3072245>.

² Bien que l'expression semble relativement nouvelle et peu courante, quelques auteurs l'ont utilisée pour représenter l'idée que l'intelligence artificielle remplace la tierce partie dans un contexte d'ODR. Voir Kip NELSON et Whit PIERCE, « Post-Modern Pre-Trial Practice », disponible à l'adresse : <https://www.ncada.org/resources/CLE/AM17/Seminar%20Materials/III.Post%20Modern%20Trial%20Practice%20Nelson%20Pierce.pdf>, p. 31. Voir également Brian MOODY, « Securing Lady Justice's Blindfold : Ensuring Just Online Dispute Resolution Outcomes », (2018) disponible à l'adresse : <http://www.brianmoodyesq.com/2018/01/securing-lady-justices-blindfold.html>.

³ Voir Ethan KATSH, « Online Dispute Resolution: Some Implications for the Emergence of Law in Cyberspace », (2006) 10-3 *Lex Electronica*, disponible à l'adresse : <https://www.lex-electronica.org/s/892>, p. 4.

⁴ Une telle approche est au cœur de certains travaux menés dans le cadre du projet Autonomisation des acteurs judiciaires par la cyberjustice et l'intelligence artificielle (AJC) dirigé par le Laboratoire de cyberjustice. Voir : <https://www.ajcact.org>.

⁵ Voir, par exemple, John ZELENKOW, « Can Artificial Intelligence and Online Dispute Resolution Enhance Efficiency and Effectiveness in Courts », (2017) 8 *International Journal for Court Administration* 30, 43: « [AI systems] can be particularly useful for self-represented litigants. The SRLs benefit not only from obtaining useful advice, but also becoming better educated about the procedures and potential outcomes for issues in dispute [...] Further, Online Dispute Resolution should not be fully automated ».

⁶ Ginevra PERUGINELLI, « Artificial Intelligence in Alternative Dispute Resolution », (2002) *LEA Workshop*, disponible à l'adresse : <http://www.ittig.cnr.it/Ricerca/Testi/peruginelli2002c.pdf>.

⁷ Voir Tomas TRESCAK *et al.*, « Dispute Resolution Using Argumentation-Based Mediation », (2014), arXiv : 1409.4164. Il convient de souligner que le mécanisme proposé dans cet article s'éloigne de la médiation traditionnelle puisque l'algorithme ne fait que proposer des solutions aux parties.

formulate proposals »¹. En poussant le raisonnement, plus loin, ces mêmes outils pourraient éventuellement procéder au règlement de litiges advenant l'absence d'entente entre les parties². Si ces types de systèmes suscitent actuellement beaucoup de méfiance au sein de la communauté juridique, certains perçoivent d'importants avantages au fait retirer les êtres humains du processus décisionnel :

*« Technology platforms and sophisticated algorithms [...] hold great promise for addressing the implicit bias that infects face-to-face and human-controlled dispute resolution processes. Algorithms can be designed in such a way that they do not factor in external information that might bias outcomes, such as race, ethnicity, age, sex or other factors that human decision makers are unable to ignore. Algorithms can also do a much better job providing consistent outcomes across thousands or millions of cases, working at a scale that human neutrals could never contemplate. Algorithms are also extremely cheap compared to human neutrals, perhaps resolving complex disputes over weeks and months for only a few pennies per case. »*³

Notons qu'une majorité d'experts s'entendent pour préciser que nous sommes bien loin de la coupe aux lèvres quant à l'idée de développer un algorithme capable de remplacer un médiateur ou arbitre⁴. Pourtant, il demeure que les avancées technologiques des dernières années rendent un tel scénario de plus en plus plausible⁵. Par exemple, en 2017, l'entreprise *Pretzel Labs*⁶ a lancé « *Kids Court* »,

¹ Arno R. LODDER et Ernest M. THIESSEN, « The Role of Artificial Intelligence in Online Dispute Resolution », (2003) *Proceedings of the UNECE Forum on ODR 2003*, disponible à l'adresse : <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.1.97.9137&rep=rep1&type=pdf>. Adesina Temitayo offre une explication plus complète : « The goal of AI research in this field is to attain a technological threshold, resulting in computational systems that are indeed the 3rd party. In this sweeping approach, there is no human intervention on the outcome or in guiding the parties to a specific situation. There is, on the other hand, a system that performs that major role. This is usually known as an electronic mediator or arbitrator. It should have skills for communicating with the parties and understanding their desires and fears and have the ability to decide on the best strategy to be followed in each possible scenario. This is evidently the most challenging approach to follow since it is not easy to implement in a computer system the cognitive abilities of a human expert, as well as the ability to perceive the emotions and desires of the parties involved. » Voir : Adesina Temitayo BELLO, « Online Dispute Resolution Algorithm; Artificial Intelligence Model as a Pinnacle », (2017), disponible à l'adresse : <https://ssrn.com/abstract=3072245>.

² Adesina Temitayo BELLO, « Online Dispute Resolution Algorithm; Artificial Intelligence Model as a Pinnacle », (2017), disponible à l'adresse : <https://ssrn.com/abstract=3072245>.

³ Amy J. SCHMITZ et Colin RULE, *The New Handshake: Online Dispute Resolution and the Future of Consumer Protection*, Chicago, ABA, 2017, p. 133.

⁴ Arno R. LODDER et Ernest M. THIESSEN, « The Role of Artificial Intelligence in Online Dispute Resolution », (2003) *Proceedings of the UNECE Forum on ODR 2003*, disponible à l'adresse : <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.1.97.9137&rep=rep1&type=pdf>. Voir également Davide CARNEIRO *et al.*, « Online Dispute Resolution: an Artificial Intelligence Perspective », (2014) 41 *Artificial Intelligence review* 211, 230 : « Progress in the field of Artificial Intelligence (AI) and The Law has been slower than expected. In fact, in the excitement of the early years, it was expected that computers would soon have the skills and the computational power to take over the role of judges and attorneys. This is far from happening and, nowadays, this is not the main purpose of the work that is being pursued in this area ».

⁵ Amy J. SCHMITZ et Colin RULE, *The New Handshake: Online Dispute Resolution and the Future of Consumer Protection*, Chicago, ABA, 2017, p. 133.

⁶ Voir : <https://www.pretzellabs.co/>.

une application pour l'enceinte connectée Amazon Echo¹. « Kids Court » est en fait une plateforme d'ODR où la juge Alexis, un algorithme, règle les différends entre enfants ou même entre un enfant et ses parents². L'application se veut évidemment ludique et éducative, mais elle démontre que le fait qu'un logiciel puisse un jour être utilisé pour régler des litiges sans intervention humaine est envisageable³, ce qui soulève évidemment diverses questions quant à la capacité des algorithmes de refléter la complexité du raisonnement humain :

*« ODR's use of software algorithms to resolve the substantive differences underlying disputes [...] raises fairness issues not present in dispute resolution systems run exclusively or even principally by humans. [...] when disputes require complicated legal, moral, and political judgments to determine outcome, as they often do in modern civil litigation, it is difficult to understand how software algorithms can make the reasonableness determinations needed to make and justify such judgments. Software is logical, not reasonable, and legal judgments often require both qualities in equal measure. »*⁴

En effet, comme nous l'avons soulevé précédemment, les algorithmes utilisés pour prédire le résultat d'une cause sont en fait entraînés à même les données générées par les décisions antérieures du tribunal visé. Par conséquent, l'issue d'une affaire ne sera pas déterminée par les faits de ladite affaire, mais plutôt par la façon dont ces faits peuvent être comparés aux modèles statistiques existants⁵. Comme cela a été souligné dans une étude menée en 2016 par Propublica concernant l'algorithme COMPAS – un outil utilisé par certains tribunaux américains pour déterminer le risque de récidive d'un inculpé – une telle approche peut conduire à des résultats problématiques, voire biaisés⁶. Bien que les

¹ Voir : <https://www.playkidscourt.com/>.

² Voir : <https://www.amazon.com/Pretzel-Labs-Kids-Court/dp/Bo78H9R4P3>.

³ Voir, par exemple, Adesina Temitayo BELLO, « Online Dispute Resolution Algorithm ; Artificial Intelligence Model as a Pinnacle », (2017), disponible à l'adresse : <https://ssrn.com/abstract=3072245>.

⁴ Robert J. CONDLIN, « Online Dispute Resolution: Stinky, Repugnant, or Drab » (2016) *U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2016-40*. Disponible via SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2873918>, p. 6. Cette position est partagée par Davide Carneiro, Paulo Novais, Francisco Andrade, John Zeleznikow et José Neves lesquels soutiennent que « [o]ne of the main reasons [AI cannot replace judges] is that computers act as simple executors of rules while the legal field requires interpretation. While computers are unable to actually interpret norms and their framework, they will not be sufficient to make judicial systems ». Davide CARNEIRO *et al*, « Online Dispute Resolution : an Artificial Intelligence Perspective », (2014) 41 *Artificial Intelligence review* 211, 230. Les auteurs poursuivent en précisant que : « law is not straightforward and [is] ambiguous. That is, the interpretation of norms frequently raises doubts among legal practitioners, frequently leading to different and clashing interpretations and, consequently, different outcomes. Thus, at a first glance, one would conclude that we need a more specific definition of the norms, one that would lead to unambiguous interpretations. The problem is that the society is complex, with many conflicting values and norms of conduct. This task seems thus rather utopic. Nonetheless, let us admit that such achievement is possible, that we can define norms to the point that their interpretation is straightforward. It is evident that this would only be achieved by having a much higher amount of more specific norms. Would it be efficient to handle such a complex legal system? Would it be feasible to develop computer systems to handle such complexity? ».

⁵ Voir *State v Loomis*, 2016 WI 68, par. 100.

⁶ Julia ANGWIN, Jeff LARSON, Surya MATTU, et Lauren KIRCHNER, « Machine Bias », (2016) *PROPUBLICA*, disponible à l'adresse : <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>.

conclusions de cette étude aient été critiquées par certains¹, l'affirmation sous-jacente selon laquelle des algorithmes, tels que celui utilisé par COMPAS, utilisent des « données de groupe » leur permettant d'identifier des tendances et non de prédire le comportement d'un individu particulier², demeure valide. De plus, comme ces algorithmes sont la propriété intellectuelle d'entreprises privées³, les parties utilisant un processus d'AIDR ne seraient pas à même d'établir quels renseignements l'algorithme a utilisés pour prendre sa décision⁴, ce qui va à l'encontre tant des bonnes pratiques concernant les outils automatisés de prise de décision⁵, que de principes juridiques fondamentaux exposés par la Cour suprême du Canada :

« Je souligne que l'idée sous-jacente à tous ces facteurs est que les droits de participation faisant partie de l'obligation d'équité procédurale visent à garantir que les décisions administratives sont prises au moyen d'une procédure équitable et ouverte, adaptée au type de décision et à son contexte légal institutionnel et social, comprenant la possibilité donnée aux personnes visées par la décision de présenter leurs points de vue complètement ainsi que des éléments de preuve de sorte qu'ils soient considérés par le décideur »⁶.

L'analyse qui précède explique pourquoi, comme plusieurs de nos collègues⁷, nous demeurons sceptiques à l'égard de ceux qui prédisent que l'IA pourra – à court terme – remplacer les médiateurs juges et arbitres. Cela ne veut évidemment pas

¹ Voir Anthony W. FLORES, Christopher T. LOWENKAMP et Kristin BECHTEL, « False Positives, False Negatives, and False Analyses: A Rejoinder to "Machine Bias: There's Software Used Across the Country to Predict Future Criminals. And It's Biased Against Blacks." », (2016) 80 *Federal Probation* 38.

² Voir *State v Loomis*, 2016 WI 68, par. 100.

³ Voir Jenna BURRELL, « How the Machine "Thinks": Understanding Opacity in Machine Learning Algorithms », (2016) *Big Data & Society* 1, 3.

⁴ Voir Robert J. CONDLIN, « Online Dispute Resolution: Stinky, Repugnant, or Drab », (2016) *U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2016-40*. Disponible via SSRN : <https://ssrn.com/abstract=2873918>, p. 27 : « Because the expert algorithms that drive ODR systems are secret and known only to their owners and creators, participants in such systems have no way of knowing or contesting the conceptions of correct outcome on which the algorithms are based, or the accuracy of the information on which the conceptions themselves are based, and there are reasons to be concerned about both. Big Data is about behavioral patterns in the aggregate and has little to say about individual cases, particularly unusual or idiosyncratic ones (or even whether a case is unusual or idiosyncratic); and crowdsourced data takes its shape from the manner in which it is collected as much as from its insights into the matters about which it is consulted. The resolution of legal disputes must be just, however, not just popular or topical, and to be just it must be based on legal and moral reasons identified explicitly, discussed in detail, and applied reasonably. Algorithms are logical more than reasonable, however, programmed to apply specified standards to a discrete universe of facts rather than identify relevant standards or determine the range of relevant facts in the first instance. It may be easy to determine what people have done in the past, or what a random assortment of people would do in the present, under identical circumstances, but it is a mistake to think that either of these inevitably is an indicator of a just outcome. ».

⁵ Voir la *Directive sur l'automatisation du processus décisionnel* du Conseil du Trésor du Canada, https://wiki.gcclab.ca/File:Treasury_Board_Directive_on_Automated_Decision_Making.pdf. Comme indiqué dans ladite directive, une plateforme AIDR devrait « expliquer de manière significative aux personnes concernées comment et pourquoi la décision a été prise ».

⁶ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 22.

⁷ Harry SURDEN, « Machine Learning and Law », (2014) 89 *Wash. L. Rev.* 87, 115.

dire que l'intelligence artificielle ne saurait être utile dans le cadre d'un processus de règlement en ligne des différends. Les algorithmes pourraient par exemple être utilisés à des fins de triage ou dans le cadre de processus décisionnels soumis à une révision humaine¹. Nous soumettons par ailleurs, comme nous le verrons maintenant, que le potentiel des algorithmes d'IA réside dans l'aide à la négociation et la prise de décisions plutôt que dans leur capacité d'agir comme substitut aux conseils d'un avocat ou au jugement d'un décideur².

2. L'ODRAI ou l'intelligence artificielle comme outil d'accès à la justice

Malgré notre méfiance quant à l'émergence annoncée de l'AIDR, il demeure que certaines innovations rendues possibles grâce aux développements des dernières années en matière d'intelligence artificielle pourraient être utiles dans le cadre de l'implémentation de processus de règlement en ligne des différends. Par exemple, les outils de traitement automatique des langues et de reconnaissance vocale semblent constituer un remède potentiel au problème de l'analphabétisme fonctionnel, de même que chez les personnes atteintes de handicaps visuels³. L'IA peut également favoriser l'autonomisation des justiciables en favorisant l'accès à une information de qualité leur permettant de mieux comprendre leurs droits et obligations. C'est ce à quoi nous faisons référence lorsque nous parlons de résolution en ligne des différends avec l'aide de l'intelligence artificielle (ODRAI).

Comme l'expliquent Arno R. Lodder et Ernest M. Thiessen, en commentant le « *E-Arbitration-T project* » proposé par Jacques Gouimenou⁴ :

« [The project] aims to develop an architecture for online arbitration in which agents play a prominent role. Instead of communicating with the parties, the agents are expected to support the communication, documentation and negotiation between the parties in a way comparable to the 'digital' butler. This use of agents for information management is what we believe should be striven for in ODR. »⁵

¹ Stefan PHILIPSEN et Erlis THEMELI « Artificial Intelligence in Courts : A (Legal) Introduction to the Robot Judge », (2019), disponible à l'adresse : <http://blog.montaignecentre.com/index.php/1940/artificial-intelligence-in-courts-a-legal-introduction-to-the-robot-judge-2/>.

² Suzanne VAN ARSDALE, « User Protection in Online Dispute resolution », (2015) 21 *Harvard Negotiation Law Review* 107, 118.

³ Voir : David Allen LARSON, « ODR for All : Digital Accessibility and Disability Accommodations in Online Dispute Resolution », (2018) *mediate.com*, disponible à l'adresse : <https://www.mediate.com/articles/larsond2.cfm>.

⁴ Jacques GOUIMENOU, « E-Arbitration-T© : An Alternative Dispute Resolution for SMEs », (2001) disponible à l'adresse : https://www.researchgate.net/publication/241527152_E-Arbitration-TC_An_Alternative_Dispute_Resolution_for_SMEs.

⁵ Arno R. LODDER et Ernest M. THIESSEN, « The Role of Artificial Intelligence in Online Dispute Resolution », (2003) *Proceedings of the UNECE Forum on ODR 2003*, disponible à l'adresse : <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.97.9137&rep=rep1&type=pdf>.

Bien que nous voyions d'un bon œil un tel usage de l'IA en matière d'ODR, nous sommes d'avis que le projet proposé pourrait aller plus loin et proposerions que l'intelligence artificielle soit utilisée pour alimenter des outils d'analyse¹ et pour offrir une information de qualité aux parties prenantes afin de leur permettre une prise de position éclairée². Ces « outils prédictifs », tels qu'ils sont désignés par la doctrine, peuvent fournir aux parties des renseignements quant aux résultats pouvant être attendus dans le cas d'une procédure donnée, la façon dont des causes semblables ont été jugées, etc.³. On pourrait notamment imaginer que, grâce à l'étude de faits dans le cadre de dossiers similaires, un algorithme puisse fournir aux parties (ainsi qu'au médiateur et au tribunal) certaines informations – notamment statistiques – quant au succès de réclamations similaires, au montant accordé, etc.⁴. Ainsi, l'intégration d'outils d'apprentissage automatique aux plateformes de règlement en ligne des différends pourrait grandement contribuer à rendre le système judiciaire plus accessible⁵.

Il importe toutefois de se pencher attentivement sur la façon dont cette information est présentée. Tel que nous venons de l'énoncer, l'un des mécanismes que l'on retrouve dans les outils prédictifs actuels consiste en l'utilisation de statistiques⁶. Une partie sera par exemple informée du fait qu'elle a 75 % des chances d'obtenir une issue favorable à sa cause. À notre avis, cette information est à la fois dangereuse et inutile. Pour reprendre une citation attribuée à l'ancien premier ministre britannique Benjamin Disraeli, mais popularisée par l'écrivain américain Mark Twain : « *there are three kinds of lies : lies, damned lies, and statistics* ». En effet, les statistiques n'ont aucune valeur sans connaître la taille de la base de données utilisée pour entraîner l'algorithme, l'importance accordée à des éléments spécifiques, etc.⁷ Qui plus est, tel que nous l'avons mentionné précédemment, les statistiques ne font que confirmer le résultat de cas antérieurs,

¹ Amy J. SCHMITZ et COLIN RULE, *The New Handshake: Online Dispute Resolution and the Future of Consumer Protection*, Chicago, ABA, 2017, p. 133.

² Voir Amy J. SCHMITZ et COLIN RULE, *The New Handshake: Online Dispute Resolution and the Future of Consumer Protection*, Chicago, ABA, 2017, p. 133. Voir également Antoine GARAPON et Jean LASSÈGUE, *Justice digitale*, Paris, PUF, 2018, p. 195 et ss.

³ Par exemple, le Laboratoire de cyberjustice met actuellement au point un chatbot destiné à aider les parties impliquées dans des litiges en matière de logement. Voir Karim BENYKHELF et Emmanuelle AMAR, « Some Reflections on The Future of Online Dispute Resolution. From e-platform to Algorithms », dans Imma BARRAL (dir.), *La resolución de conflictos con consumidores: de la mediación a las ODR*, Madrid, Editorial Reus, 2018, 229, p. 247.

⁴ Karim BENYKHELF et Emmanuelle AMAR, « Some Reflections on The Future of Online Dispute Resolution. From e-platform to Algorithms », dans Imma BARRAL (dir.), *La resolución de conflictos con consumidores: de la mediación a las ODR*, Madrid, Editorial Reus, 2018, 229, p. 250. Voir également : Antoine GARAPON et Jean LASSÈGUE, *Justice digitale*, Paris, PUF, 2018, p. 221 et ss.

⁵ Pour une présentation détaillée de la façon dont ces outils pourraient être utilisés, voir : Darin THOMPSON, « Creating New Pathways to Justice Using Simple Artificial Intelligence and Online Dispute Resolution », (2015) 1 *International Journal of Online Dispute Resolution* 1.

⁶ Par exemple, l'algorithme Premonition permet aux clients potentiels de connaître le taux de succès de leur avocat devant un juge donné. Voir : <https://premonition.ai/>

⁷ Sur cette question, voir Antoine GARAPON et Jean LASSÈGUE, *Justice digitale*, Paris, PUF, 2018, p. 225.

et non si la tendance qui peut en être dégagée se maintiendra pour l'avenir. Comme l'ont souligné Karim Benyekhlef et Emmanuelle Amar, cela pourrait nuire au processus de règlement des différends :

« One of these limitations is the risk of performative effect. In the case of predictive tools for case outcome, they can have the effect of an unwilling harmonization of jurisprudence. The fact of advancing a result contributes to its advent. By having access to an average of decisions on a set topic and an average amount, through a machine learning tool, lawyers pleading the case and judges evaluating it, might be tempted to align themselves with those results and exclude human reasoning and factors. On a similar topic, if litigants and lawyers have access to outcome predictive tools, they will use these tools to decide whether to proceed or not. In other words, people might not go to court if the predictive system says they will lose. We believe this could potentially have a negative effect on Justice itself. »¹

C'est pourquoi nous nous opposons à l'utilisation d'outils statistiques et préférons une approche holistique selon laquelle les parties prenantes ont accès à l'information pertinente et non à de simples indicateurs. L'intelligence artificielle ne devrait en aucun cas servir à « prédire » les résultats d'un dossier, mais plutôt à identifier des données utiles qui pourraient accompagner les parties dans l'identification des solutions possibles au règlement de leur différend. Nous sommes d'ailleurs d'avis que l'utilisation du terme « outils prédictifs » pour décrire les algorithmes utilisés pour informer les utilisateurs d'une plateforme ODR devrait être proscrite puisque les algorithmes d'IA ne peuvent pas être considérés comme des oracles. Il s'agit plutôt d'outils permettant aux parties d'identifier des informations pertinentes dans un océan de données structurées. La notion d'« outils informationnels » semble en fait mieux représenter la mission de tels algorithmes².

CONCLUSION

Tel que nous l'avons indiqué en introduction, bien qu'une majorité de plateformes de règlement en ligne des différends soit exploitée par des entités

¹ Karim BENYekhlef and Emmanuelle AMAR, « Some Reflections on The Future of Online Dispute Resolution. From e-platform to Algorithms », dans Imma BARRAL (dir.), *La resolución de conflictos con consumidores : de la mediación a las ODR*, Madrid, Editorial Reus, 2018, 229, à la page 254.

² Certains utilisent plutôt l'expression « negotiation support systems » pour représenter certains types d'outils informationnels. Voir John ZELENKOW and Emilia BELLUCCI, « Family Winner : Integrating Game Theory and Heuristics to Provide Negotiation Support », (2003), disponible à l'adresse : https://www.researchgate.net/publication/228609936_Family-Winner_Integrating_game_theory_and_heuristics_to_provide_negotiation_support. Voir également Deepika CHOUDHARY, Anjali LATHER, et Nikhil KALRA, « Artificial Intelligence and Online Dispute Resolution », (2015) 1 IJIRT 78, 80. Tel que le précisent les auteurs : « Decision Support Systems supplement human knowledge management skills with computer-based means for managing knowledge. They accept, store, use, receive and present knowledge pertinent to the decisions being made ».

privées, les concepteurs de PARLe ont misé sur une approche distincte : créer des outils de règlement en ligne des litiges destinés à faciliter l'accès à la justice étatique. Si le projet pilote présentement mené conjointement par le Laboratoire de cyberjustice et l'Office de la protection du consommateur a su démontrer la validité de cette approche, il a également permis d'identifier certaines lacunes quant aux informations offertes aux parties. Comme nous l'avons exposé, cela pourrait être corrigé en dotant PARLe d'outils utilisant l'apprentissage automatique, ainsi que d'autres formes d'intelligence artificielle capables d'aider les utilisateurs en leur donnant accès à des données leur permettant de prendre des décisions éclairées.

Bien entendu, l'étalonnage de ces algorithmes et la façon dont ils communiquent l'information aux parties nécessitent une étude et une analyse plus approfondies afin que PARLe, ou toute autre plateforme d'ODR qui vise à offrir de l'information par le biais d'outils algorithmiques, échappe aux pièges actuellement associés aux outils dits « prédictifs ». Il s'agit là de l'un des chantiers de recherche actuellement menés dans le cadre du projet « Autonomisation des acteurs judiciaires par la cyberjustice et l'intelligence artificielle » (AJC). Dirigé par le professeur Karim Benyekhlef du Laboratoire de Cyberjustice de Montréal, le projet AJC vise à mettre l'intelligence artificielle au service des acteurs judiciaires pour améliorer la prévention et la résolution des conflits. Conformément aux objectifs de certains des nombreux sous-projets d'AJC, les chercheurs mènent, et mèneront, une série de projets pilotes sur l'utilisation de l'ODRAI. Nous sommes confiants que ce projet nous permettra de confirmer certaines des hypothèses et positions soutenues dans cet article et, surtout, de définir comment les plateformes d'ODRAI devront être conçues et déployées.

Colloque
**« Vers un réseau européen
« du contrôle des concentrations »**

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Amphithéâtre Liard (Sorbonne), 12 juin 2019
Sous la direction de Catherine PRIETO

Présentation générale

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

Rapport introductif

Vers un réseau européen en contrôle des concentrations- État du droit positif

Laurence IDOT, Professeur émérite de l'Université Paris II-Panthéon Assas

I. Table ronde sur les mécanismes de renvoi

Modérateur :

Martine BEHAR-TOUCHAIS, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

Intervenants :

Le point de vue de l'avocat : Didier THEOPHILE (Darrois Villey Maillot Brochier)

Le point de vue de l'Autorité française : Jérôme VIDAL

Le point de vue de la DG COMP : Simon VANDE WALLE

Le regard allemand : Prof. Florian BIEN, Université de Würzburg

II. Table ronde sur l'harmonisation des droits nationaux et du droit de l'Union

Modérateur :

David BOSCO, Professeur à Aix-Marseille Université

Intervenants :

Le point de vue du praticien : Marta GINER ASINS (Norton Rose)

Le point de vue de l'Autorité française : Étienne CHANTREL

Le point de vue de la DG COMP : Josep Maria CARPI BADIA

Le regard allemand : Prof. Florian BIEN, Université de Würzburg

Rapport de synthèse, Un réseau informel efficace

Catherine PRIETO

Summary : *Even if European Competition Network (ECN) deserves to be enhanced thanks to Directive (EU) 2019/1, this network is well-known as effective mechanism of cooperation. Through the ECN, the national competition authorities work closely on enforcing antitrust rules. They appreciate an useful division of work, coordination of investigations, exchange of evidence, pool of experience and best practices, discussions on topic of common interest. Unfortunately, this successful network is not extended to merger rules. Many historical reasons explain this difference between antitrust rules and mergers rules. The first one is that the EU mergers rules are not applied by national competition authorities. However, the need for cooperation in this area, especially after the experience within ECN, encourage the Commission and the national competition authorities to use the possibility of requesting referrals to or from the Commission before a concentration is notified. This way is seen as an alternative to the system of re-allocation of cases within ECN. Competition practitioners manage to deal with these referrals as well as possible. Moreover the Commission and the national competition authorities create the UE Merger Working Group. May we consider this Group as equivalent to ECN in the future ? Can it be a way to extend ECN to mergers rules ? Clearly, it appears that this Merger Working Group gives a lot of satisfaction to the ECN enforcers. Then, we could consider that the present situation is quite acceptable. Nonetheless, we could expect a progressive harmonization of national and EU mergers rules so as an integrated network could naturally emerge in parallel to ECN for antitrust rules.*

Keywords : *Merger rules – Comparison with antitrust rules – Non-extension to European Competition Network – Substitutes – Referrals – Merger Working Group – Harmonization of national and EU mergers rules.*

Résumé : *Même si le Réseau européen de concurrence (REC) mérite d'être perfectionné grâce à la directive (UE) 2019/1, ce réseau est réputé pour avoir institué un système de coopération particulièrement efficace. Grâce à lui, les autorités nationales de concurrence travaillent en relation étroite dans la mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles. Elles apprécient la division du travail, la coordination dans les enquêtes, les échanges de preuve, la mise en commun de l'expérience et des bonnes pratiques, les discussions sur des sujets d'intérêt commun. Malheureusement, ce réseau qui est un succès incontesté, n'est pas étendu à la mise en œuvre du contrôle des concentrations. Plusieurs raisons historiques expliquent des différences entre le contrôle des concentrations et le droit des pratiques anticoncurrentielles. La première d'entre elles tient au fait que le droit de l'Union des concentrations n'est pas appliqué par les autorités nationales de concurrence. Cependant, le besoin de coopération a été ressenti dans ce domaine, surtout après les habitudes prises dans le cadre du REC. Ceci a incité la Commission et les autorités nationales à exploiter les renvois ascendants et descendants ouverts dans le règlement n° 1239/2004. Cette exploitation des renvois a été perçue comme une alternative aux possibilités de réallocation des cas dans le cadre du REC. Il s'avère que les praticiens s'en accommodent assez bien. De plus, la Commission et les autorités nationales ont créé un *Merger Working Group*. Pourrait-on le considérer comme l'équivalent du REC dans le futur ? Peut-on y voir un moyen d'étendre le REC aux règles du contrôle des concentrations ? Il apparaît que le Groupe est très apprécié par les acteurs des autorités de concurrence. Aussi, nous pourrions considérer que le *statu quo* perdure. Néanmoins, nous pourrions aussi espérer qu'une harmonisation progressive des droits nationaux avec le droit de l'Union des concentrations amène à faire émerger naturellement un réseau intégré en parallèle de l'ECN.*

Mots-clés : Contrôle des concentrations – Comparaison avec droit des pratiques anticoncurrentielles – Non-extension du Réseau européen de concurrence (REC) – Substituts – Mécanismes de renvoi – *Merger Working Group* – Harmonisation des droits nationaux et du droit de l’UE.

Pour citer cet article : Catherine PRIETO (dir.), « Actes du colloque “Vers un réseau européen de contrôle des concentrations” du 12 juin 2019 », *Revue juridique de la Sorbonne*, n° 1, juin 2020, p. 52-143.

Présentation générale

Catherine PRIETO

*Professeur à l’École de droit de la Sorbonne
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

1.– Pourquoi le Réseau Européen de Concurrence (REC) n’est-il pas compétent pour le contrôle des concentrations ? Quelle est la différence entre le REC et le comité consultatif créé par le règlement 1989 et renouvelé par le Règlement 2004 ? Ce sont des questions sur lesquelles les étudiants de Master butent systématiquement. Il leur paraît naturel que le Réseau européen de concurrence, par la généralité même de son appellation, soit compétent pour toutes les règles de concurrence de l’Union et particulièrement pour le contrôle des concentrations. En effet, pourquoi faire un traitement distinct de l’analyse concurrentielle préventive du contrôle des concentrations et celui de l’analyse *ex post* des ententes et abus de position dominante alors qu’il s’agit toujours de traquer un pouvoir de marché ? Il est difficile de dissiper les confusions alors même que les étudiants sont attentifs et soucieux de réussir leurs examens, comme ceux ici présents. Mais, au fond, n’y a-t-il pas dans cette approche qu’ils considèrent « naturelle » une part de vérité ? C’est le questionnement ouvert par ce colloque. Son intérêt ne s’arrête pas à l’enseignement.

2.– Si des étudiants saisissent mal l’architecture générale des institutions mettant en œuvre les règles de concurrence, que dire alors de l’opinion publique ? Or il n’est pas anodin de s’intéresser à cette dernière. Les remous provoqués par la décision d’incompatibilité du projet de fusion entre Alstom et Siemens en sont le témoignage. Le ministre français de l’Économie n’a-t-il pas pris à partie l’opinion publique pour dénoncer une décision inepte, car contraire au développement économique européen¹ ? Dans le débat public, la décision de la commissaire en charge de la concurrence était remise en cause sans que soient pris en compte le

¹ Pour une présentation de la controverse, Chron. « Contrôle des concentrations », D. BOSCO et C. PRIETO, *Contrat-Concurrences-Consommation* 2019.

poids et les analyses convergentes des autres autorités nationales de la concurrence émises dans le cadre du comité consultatif. Le terme « réseau » serait plus évocateur pour neutraliser l'habituelle caricature de l'aveuglement bruxellois dans un prétendu isolement. Il n'est donc pas inutile de s'interroger sur l'état de lieux et sur les perspectives d'évolution pour renforcer l'adhésion à la politique de concurrence de l'Union.

3.- Du point de vue de la base juridique, la différence est parfaitement expliquée et justifiée. Il faut revenir au contexte historique dans lequel a été rédigé le traité de Rome en 1957. Ce traité portant sur l'institution d'un grand marché commun aurait dû s'inspirer des règles de concurrence figurant dans le traité relatif au marché spécial de charbon et de l'acier, établi en 1951 et dénommé traité CECA. Des règles très substantielles relatives au contrôle des concentrations y figuraient. Elles auraient dû être transposées dans le traité de Rome, à l'instar de celles relatives à la prohibition des ententes et des abus de position dominante. Or, tel n'a pas été le cas. Les explications apportées le plus souvent ne sont pas satisfaisantes. D'aucuns avancent qu'il fallait encourager les restructurations d'entreprises à l'échelle d'un grand marché européen et qu'un contrôle était dissuasif. En réalité, l'explication véritable tient à l'influence de la délégation allemande sur l'élaboration du traité. En 1957, les Ordolibéraux avaient enfin arraché un consensus en Allemagne permettant l'adoption de leur grande loi de la concurrence, après dix années de discussions ardues avec le patronat. Ce consensus reposait sur l'abandon d'un contrôle des concentrations. Au regard de la teneur du *Manifesto* de 1936 rédigé par Walter Eucken et Franz Böhm, les pères de l'ordolibéralisme, cela ne peut pas manquer de surprendre. L'instauration d'un contrôle des concentrations était au cœur du dispositif qu'ils recommandaient d'un État de droit protégeant « la libre concurrence » contre les dérives de la puissance économique. Nonobstant le prestige des ordolibéraux, tenant à leur opposition au nazisme, les mauvais penchants culturels datant du XIX^e siècle ne pouvaient pas être rayés d'un trait de plume. Dès lors que la loi allemande faisait abstraction d'un contrôle des concentrations, la délégation allemande avait pour mandat de préserver la cohérence du droit allemand avec les futures règles d'un grand marché commun et donc d'œuvrer pour occulter un contrôle des concentrations¹. Il faut ajouter que la délégation française, pétrie de tradition de dirigisme économique, n'a guère protesté sur cette occultation du contrôle des concentrations. De là vient la faiblesse « congénitale » du contrôle des concentrations par rapport au droit des pratiques anticoncurrentielles : il ne figure pas dans le traité fondateur d'un grand marché.

¹ Pour l'ensemble des références, cf D. BOSCO ET C. PRIETO, *Le droit européen de la concurrence, Ententes et abus de position dominante*, Bruylant 2013, n°143, 144, 160, 165, 174.

4.- Cette occultation dans le traité de Rome n'a jamais pu être rattrapée par la suite. Très vite, pourtant, la Direction générale de concurrence a constaté l'impact négatif des restructurations opérées au profit des multinationales. Mais les États membres, ayant pris toute la mesure des transferts de souveraineté consentis, n'étaient plus désireux d'aller au-delà. S'est alors engagé un long bras de fer entre la Commission et les États membres. La Commission a « sollicité » l'article 86 CEE et son interprétation téléologique, dont est né l'abus de structure, a été confortée par la Cour de justice¹. Puis, elle a « sollicité » l'article 85 CEE et a été à nouveau approuvée dans son analyse par la Cour de justice². Après plus de 20 ans de négociation, la Commission a pu aboutir à un texte de compromis avec le règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989. Articulés autour du principe du « guichet unique » selon le franchissement ou non de seuils, les textes de droit national et de droit communautaire s'excluent les uns les autres, à la différence des textes relatifs aux ententes et abus de position dominante susceptibles d'être appliqués concomitamment. L'application des textes nationaux n'est ainsi pas soumise à l'application conforme aux textes communautaires, ce qui laisse libre cours aux politiques industrielles de chaque État membre, préservées implicitement par les droits nationaux des concentrations. Les montants de seuils ont été l'élément crucial de ce compromis dans la mesure où ils déterminaient les champs d'application respectifs des droits nationaux et du droit communautaire. Comme le règlement (CEE) n° 4064/89 le prévoyait, ces seuils si âprement négociés ont fait ultérieurement l'objet d'une procédure de révision. La Commission tenait, en effet, à étendre le champ de son contrôle. Mais le compromis a été toujours aussi difficile : les seuils n'ont pas été modifiés et le seul changement introduit s'est limité à une seconde série de seuils mis en œuvre à titre subsidiaire. Ce compromis fragile sur le montant des seuils perdure dans le nouveau règlement (CE) n° 139/2004. Arc-boutés sur leur marge de politique industrielle, les États membres demeurent sur une position défensive. C'est dire combien était impensable l'introduction d'un principe général du contrôle des concentrations dans les traités successifs qui ont modifié le traité de Rome.

5.- Le contraste est saisissant avec les audaces prises dans la mise en œuvre des dispositions du traité de Rome relatives à la prohibition des ententes et des abus de position dominante. Dès 1962, l'ordolibéral Hans von der Groeben, premier Commissaire en charge de la concurrence, a pris appui sur les principes d'application uniforme et d'effet utile du traité pour poser dans le règlement n° 17/62 des règles hardies fondées sur la base juridique du traité. Cet ancêtre du règlement n° 1/2003 ouvrait une voie décisive aux approfondissements ultérieurs du règlement n° 1/2003, notamment dans la création du REC. Or, les succès du REC sont tels que la tendance naturelle est de lui attribuer une

¹ CJCE, 21 févr. 1973, aff. 6/72, *Europemballage et Continental Can*.

² CJCE, 17 nov. 1987, aff. 142/84, *British American Tobacco et Reynolds*.

compétence générale. Certes, il faut les relativiser selon les États membres, ce qui explique la directive ECN+. Mais, dans l'ensemble, le succès est considérable¹. Autant la notion de réseau pouvait surprendre en 2004, autant elle a fait la démonstration de sa puissance de frappe en termes d'efficacité et même de légitimité.

6.– Il est donc aisé de comprendre que, face à des difficultés d'application comme celles de l'affaire *Euro Tunnel/Ferry Link*, les propositions de solution s'inspirent du fonctionnement du REC pour « exploiter » le potentiel des renvois. C'est le sens du rapport de l'Autorité de la concurrence, sur lequel nous reviendrons². C'était également le sens du Livre blanc présenté à la consultation publique par la Commission³. Or, celui-ci n'a pas reçu depuis sa publication un début de concrétisation sur le plan institutionnel. Faut-il cependant rester sur un constat de regret ?

7.– En réalité, la question se pose de savoir dans quelle mesure l'expérience du REC a servi et sert toujours la mise en œuvre des règles des droits nationaux et européen du contrôle des concentrations. Avec la création du REC, les autorités nationales de concurrence (ANC) et la direction générale de la concurrence (DG COMP) ont pu mesurer tous les intérêts et le potentiel d'un réseau. Non seulement les ANC ont expérimenté et approfondi des relations de coopération et confiance avec la DG COMP, mais elles ont encore découvert ce que pouvait apporter la coopération sur un plan horizontal et même la dynamique circulaire entremêlant les deux plans horizontal et vertical qui donne l'estampille d'un véritable réseau⁴.

8.– Mais la progression vers un réseau suppose l'application des mêmes règles par tous ses acteurs. Le diagnostic de Mario Monti était clair : il faudrait pour les concentrations transfrontalières que les ANC appliquent les règles de fond du droit des concentrations de l'Union⁵. Or, cette acceptation est encore perçue comme un abandon de souveraineté des États membres susceptible de contrarier leurs politiques industrielles. La seule issue envisageable reste dans une harmonisation des droits nationaux et du droit de l'Union. Celle-ci passe par un dialogue étroit entre les autorités de concurrence, lesquelles sont les mieux à même de convaincre

¹ Dans son communiqué de presse du 14 janvier 2019, à propos de l'adoption de la directive ECN+, l'Autorité de la concurrence souligne que plus de 2000 procédures ont été ouvertes dans le Réseau et qu'elle-même a été l'autorité la plus active en ouvrant 260 enquêtes.

² Aut. conc., Pour un contrôle des concentration plus simple, cohérent et stratégique en Europe, Rapport au ministre de l'économie et des finances, 2013.

³ Comm. UE, Livre blanc, Vers un contrôle efficace des concentrations dans l'UE, COM (2014), 449 final.

⁴ S. PERUZZETTO et L. IDOT, « Internormativité et réseaux d'autorités, Les nouvelles formes de relations juridiques entre l'ordre communautaire et les ordres nationaux », *Les Petites Affiches* n°199, octobre 2004.

⁵ M. MONTI, *Une nouvelle stratégie pour le marché unique au service de l'économie et de la société européenne*, Rapport sollicité par Jose Manuel Barroso, 9 mai 2010.

leurs législateurs respectifs. L'exemple du législateur danois est exemplaire. Celui-ci a été convaincu que le perfectionnement de son droit des concentrations résidait dans un rapprochement avec le droit de l'Union. Sans adopter des dispositions parfaitement similaires, les travaux préparatoires indiquent que l'objectif est d'harmoniser le droit national avec le règlement n° 139/2004 et que le droit danois doit être interprété à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice. Ces éléments ont été relevés par cette dernière pour justifier sa compétence lorsqu'elle a été saisie d'une question préjudicielle par le juge danois¹. Ainsi, par ce dialogue original entre le juge national et le juge de l'Union, souhaité par le législateur national, l'arrêt *Ernst & Young* éclaire non seulement le droit danois mais aussi le droit de l'Union dans la notion de concentration et, partant, dans l'obligation de suspension. La culture européenne de concurrence se tisse par le dialogue et la force de conviction entre les autorités nationales de concurrence, les législateurs nationaux, les juges nationaux, la Commission européenne et la Cour de justice.

9.- N'y aurait-il donc pas ainsi une politique des « petits pas » qui seraient à l'œuvre ? Il faut se résoudre à une marche modérée dès lors qu'elle est dans la bonne direction. L'intérêt de notre rencontre tient à cette présentation « en clair » de ce qui demeure encore dans l'ombre, mais qui peut être efficace dans une certaine mesure et pourrait le devenir encore davantage. Je remercie donc les participants d'avoir accepté de mener cette réflexion collective en confrontant les points de vue et surtout en apportant l'expérience des praticiens, avocats et acteurs des institutions. Notre réflexion sera d'abord servie par le cadre posé par Laurence Idot. Ensuite, Martine Behar-Touchais et David Bosco animeront chacun une table ronde. La première vise à explorer tout le potentiel des renvois au sens de l'allocation des cas établie par le règlement n°1/2003. La seconde table ronde porte sur l'harmonisation des droits nationaux et du droit de l'Union. Les deux thématiques sont en interaction pour avancer dans la voie menant à un réseau du contrôle des concentrations.

¹ CJUE, 31 mai 2018, C-633/16, *Ernst & Young*, pts 33 et 34.

Rapport introductif

Vers un réseau européen en contrôle des concentrations

État du droit positif

Laurence IDOT

Professeur émérite de l'Université Paris II-Panthéon Assas

1. Le fonctionnement en réseau a été l'une des grandes nouveautés de l'entrée du droit de l'Union européenne dans le XXI^e siècle¹. Les réseaux ont fleuri dans de nombreux domaines, non seulement dans des champs proches du droit de la concurrence, comme le droit de la régulation², ou le droit de la consommation³, mais également dans des branches plus traditionnelles. Des réseaux européens ont, en effet, également été institués dans des secteurs plus sensibles, comme la justice⁴, ou plus récemment l'immigration⁵, sans oublier plus récemment la protection des données personnelles. Dans les domaines très européanisés, de véritables organes ont parfois été mis en place, comme le BEREC, l'ACER⁶, mais l'on trouve également des structures plus souples, comme le comité européen de protection des données, institué par le RGPD⁷.

¹ V. Pour une première étude, « Internormativité et réseaux d'autorités, Les nouvelles formes de relations juridiques entre l'ordre communautaire et les ordres nationaux », S. PERUZZETTO et L. IDOT (dir.), *Les Petites Affiches* n°199-200, 5-6 octobre 2004.

² « Autorités de régulation et réseaux », in *La modernisation du droit des affaires*, G. JAZOTTES (dir.), Litec, 2007, p. 119-133 ; « La mise en réseau des autorités de régulation », *RDP*, 3-2008, p. 787-821.

³ Règlement (UE) 2017/2394 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 sur la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs et abrogeant le règlement (CE) no 2006/2004, JOUE, n°L 345, 27 déc. 2017, qui met en place un Réseau des autorités nationales de protection des consommateurs ; Réseau des centres européens des consommateurs, v. https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/consumers/resolve-your-consumer-complaint/european-consumer-centres-network_en

⁴ Réseau judiciaire européen en matière pénale, mis en place par la décision du Conseil 2008/976/JAI du 16 décembre 2008 ; v.

https://e-justice.europa.eu/content_ejn_in_criminal_matters-22-fr.do ;

Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale,

https://ejustice.europa.eu/content_european_judicial_network_in_civil_and_commercial_matters-21-fr.do ;

Réseau européen des médiateurs, créé en 1996, <https://www.ombudsman.europa.eu/fr/european-network-of-ombudsmen/about/fr>

⁵ Réseau européen des migrations, https://ec.europa.eu/immigration/informations-générales/le-réseau-européen-des-migrations_fr

⁶ Pour les communications électroniques, l'ORECE (ou BEREC), règlement (CE) n° 1211/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 25 novembre 2009, instituant l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE), JOUE, n° L 337, 19 déc. 2009 ; pour l'énergie, l'ACER, Règlement (CE) n° 713/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 instituant une agence de coopération des régulateurs de l'énergie, JOUE, n° L 211, 14 août 2009 ; pour les transports ferroviaires, l'IRG-Rail, ou Réseau européen des régulateurs ferroviaires, créé en juin 2011 par un *memorandum of understanding* entre les régulateurs (<https://irg-rail.eu/irg>), l'Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer (Règlement (UE) 2016/796 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer, JOUE, n° L 138, 26 mai 2016) qui établit un réseau des autorités nationales de sécurité.

⁷ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOUE, n° L 119, 4 mai 2016, art. 68 et s.

2. Non seulement le droit de la concurrence n'a pas échappé à ce phénomène, mais il en est surtout l'un des exemples les plus emblématiques. Il y a seulement six semaines, nous aurions pu fêter le 15^{ème} anniversaire du *Réseau européen de concurrence*, créé par le règlement n° 1/2003 entré en vigueur le 1^{er} mai 2004¹. Tel n'a pas été le cas². Pourtant, indépendamment du fait qu'une nouvelle phase devrait commencer à l'issue du processus de transposition de la directive 2019/1, plus connue sous le nom de directive ECN+³, le succès du REC ne se dément pas. Il suffit de consulter les statistiques pour s'en convaincre⁴. Au 31 décembre 2018, 2525 nouvelles affaires avaient fait l'objet d'une « fiche dite 11, § 3 », 1202 d'une « fiche dite 11, § 4 ». Sur les 2525 nouvelles affaires, 377 seulement étaient des cas ouverts par la Commission. Pour l'antitrust, le travail en réseau a été une véritable révolution et pourtant il n'avait pas été prévu dans le Livre Blanc de 1999 qui n'envisageait que le remplacement du système d'autorisation préalable par le système dit d'exception légale pour l'application de l'article 101, § 3, TFUE⁵. Les nombreuses et fructueuses discussions avec les différentes parties prenantes ont conduit la Commission à aller plus loin et à mettre en place cet objet difficile à identifier qu'est le *Réseau européen de concurrence* ou REC⁶. En effet, il est difficile à identifier pour les observateurs extérieurs, car il n'y a pas de section consacrée au réseau en tant que tel dans le règlement n° 1/2003, comme l'on peut en trouver dans d'autres textes. Il faut se reporter à la communication sur la coopération entre la Commission et les Autorités nationales de concurrence (ci-après ANC), sans doute le texte le plus important sur le plan pratique du « paquet modernisation »⁷.

3. Pour autant, dans cette branche peut être la plus européanisée qu'est le droit de la concurrence, le REC a un domaine restreint. Son champ d'action est limité au droit antitrust et ne s'étend pas aux deux autres composantes que sont le contrôle des concentrations et celui des aides d'État. Cela peut surprendre - les étudiants commettent souvent l'erreur -, mais il ne saurait en être autrement, puisque le règlement n° 1/2003, qui en est la base juridique, ne concerne que la mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE. Chaque composante du droit de la concurrence de

¹ JOCE, n° L 1, 4 janv. 2003. Pour une présentation du système, v. not., L. IDOT, *Droit communautaire de la concurrence - Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

² En revanche, le dixième anniversaire a fait l'objet de différentes manifestations.

³ Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, JOUE, n° L 11, 4 janv. 2019.

⁴ V. les dernières statistiques disponibles au 31 décembre 2018, <http://ec.europa.eu/competition/ecn/statistics.html>

⁵ Comm. eur, *Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du traité CE*, 28 avril 1999, JOCE, n° C 132, 12 mai 1999.

⁶ V. en particulier les travaux menés à l'IUE de Florence, sous la direction de C-D. EHLERMAN, *5th European Competition Law Annual 2000: the Modernisation of EC Antitrust Policy*, Oxford, Hart publishing, 2001 ; *7th European Competition Law Annual. Constructing the Network of EU Authorities*, Oxford, Hart Publishing, 2004.

⁷ JOUE, n° C 101, 27 avril 2004.

l'Union dispose de son propre corps de règles et, en contrôle des concentrations, il faut se reporter au règlement n° 139/2004¹ et aux textes d'application.

Même si le considérant 14 du règlement de base comporte une allusion à un réseau des autorités de la concurrence, ce texte n'institue nullement le pendant du REC en contrôle des concentrations². Il ne faut toutefois pas s'arrêter aux textes de droit dur, car il existe d'ores et déjà un réseau informel. Est-ce suffisant ? C'est à cette question qu'il vous appartiendra de répondre en fin de journée. À ce stade préliminaire de la réflexion, il suffit de dresser l'état des lieux en revenant successivement sur ces deux caractéristiques du droit positif : l'absence de réseau formel (I), l'existence d'un réseau informel (II).

I. L'ABSENCE DE RESEAU FORMEL

4. Plus que le constat qui peut être rapidement dressé (A), il convient de revenir sur les raisons à l'origine de cette situation et d'en rappeler les conséquences (B).

A. Constat

5. Les autorités des États membres ne sont pas absentes du règlement n° 139/2004. Comme dans le premier règlement de base, le règlement n° 4064/89, figure un article 19 qui est intitulé « Liaison avec les autorités des États membres ». Le dispositif actuel a été repris du règlement n° 4064/89³, lequel était lui-même l'adaptation au contrôle des concentrations de l'article 10 du règlement n° 17 du 6 février 1962⁴.

Quelques modifications étrangères à la problématique du réseau ont été apportées en 2004 à ce texte qui comporte sept alinéas. Elles sont uniquement d'ordre technique⁵. Le texte a surtout été explicité et complété en novembre 2016 par un *Working arrangement*⁶ rédigé par la DG concurrence en liaison avec les ANC au sein du groupe de travail sur le contrôle des concentrations.

¹ JOUE, n° L 24, 29 janvier 2004.

² V. not., « La mise en réseau des autorités de régulation », sp. II^e partie.

³ JOCE, n° L 395, 30 décembre 1989.

⁴ JOCE, n° 13, 21 février 1962.

⁵ La transmission des pièces inclut également les engagements proposés par les parties (§1), le délai pour convoquer le comité a été abrégé de 14 à 10 jours (§ 5) et l'avis est désormais communiqué aux parties en plus d'être publié (§ 7). Les §§ 2 et 6 demeurent inchangés. Des modifications rédactionnelles ont été apportées aux §§ 3 et 4.

⁶ Le texte, non publié au JOUE, est disponible sur le site de la DG concurrence :

http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files_adcom/work_arr_merger_advcom.pdf

6. L'article 19, § 2, pose tout d'abord le principe de liaison constante avec les autorités des États membres qui est explicité au paragraphe 1. En résumé, la Commission doit avertir les autorités des États membres de ses actions en ce domaine, ce qui se traduit en pratique par l'envoi d'une copie des documents principaux de la procédure, au premier rang desquels le dossier de notification de l'opération. Le délai d'envoi de la copie de la notification ainsi que la définition des documents principaux sont précisément explicités dans le *Working arrangement*. Cette transmission d'informations « pendant le cours de la procédure » concerne toutes les affaires. Pour celles qui s'achèvent en phase I, elle se termine par l'envoi d'une copie de la décision, mais si l'affaire passe en phase II, les « documents principaux » sont beaucoup plus importants, puisqu'ils incluent notamment la communication des griefs, ainsi que la réponse à la communication, le rapport du conseiller auditeur... Le *Working arrangement* organise parallèlement les modalités de l'accès au dossier de la Commission.

7. En cas d'ouverture d'une phase II, le comité consultatif, prévu au § 3, intervient nécessairement. Le texte n'ayant pas été modifié en 2004, à la différence de ce qui est prévu pour l'antitrust, ce sont en principe les États membres et non les ANC qui sont représentés au sein de ce dernier. Toutefois, en pratique, les solutions du règlement n° 1/2003 ont été transposées. Ainsi, depuis la réforme de 2008, la France est-elle représentée par des agents de l'Autorité de la concurrence et non plus par des agents de la DGCCRF. Compte tenu de l'accroissement du nombre de membres du fait de l'élargissement, pour faciliter le travail, le *working arrangement* a officialisé la fonction de rapporteur qui s'était antérieurement développée de manière informelle.

Le comité consultatif est obligatoirement consulté sur les décisions les plus importantes, ce qui signifie principalement les décisions adoptées à l'issue de la phase II, dites « décisions art. 8 », mais il intervient également sur les éventuelles décisions infligeant des amendes ou des injonctions sous astreinte, qui se sont récemment développées.

Sur le plan pratique, le *working arrangement* complète les dispositions de l'article 19, § 5 à § 7, du règlement sur les réunions du comité consultatif, les informations à transmettre préalablement aux réunions, les avis rendus et la publicité qui les entourent.

8. Il n'est pas nécessaire d'entrer dans les détails, car ces dispositions sont étrangères à la notion de réseau. Cette manière d'organiser les relations entre la Commission et les États membres (non les autorités de concurrence) a été conçue à une époque, 1962, où la notion de réseau était totalement inconnue. Elle ne fait

que traduire le principe de coopération loyale désormais affirmé à l'article 4, § 3, TUE.

Plus important à relever est le fait que ces règles ne concernent que les procédures menées par la Commission. L'on est ici dans une relation uniquement verticale et descendante. La Commission avertit les autorités des États membres de ses actes et les consulte avant l'adoption des seules décisions finales importantes. On est très loin du fonctionnement du Réseau européen de concurrence. Au demeurant, les deux modalités d'organisation des relations entre la Commission et les États membres sont indépendantes et complémentaires. Ainsi, en antitrust, pour les procédures menées par la Commission, le règlement n° 1/2003 a conservé à l'article 14 le principe de l'intervention d'un comité consultatif, désormais composé pour l'examen des cas individuels, non plus par des représentants des États membres, mais par des représentants des ANC.

Le constat étant ainsi opéré, il convient d'aller plus loin dans l'analyse.

B. Analyse

9. Plus encore que les causes à l'origine de cette situation, les conséquences d'un tel système doivent être gardées à l'esprit.

10. a) Les raisons qui expliquent cette différence entre les deux règlements - le n° 1/2003, d'un côté, le n° 139/2004 de l'autre - pourtant conçus et débattus au même moment sont principalement de deux ordres. Elles sont d'abord d'ordre historique et politique, mais également d'ordre structurel.

11. Les raisons historiques et politiques, ou contextuelles, ne sont pas à négliger. En Europe, le contrôle des concentrations est, pour reprendre l'expression de Louis Vogel, un droit de seconde génération¹. En 1989, lorsque le premier règlement de base a été enfin adopté, le grand sujet de discussion était le niveau des seuils qui déterminait l'intervention de la Commission et la compétence du contrôle européen. Il était d'autant moins question de réseau que n'existaient à l'époque que trois contrôles nationaux des concentrations, dont deux, le français et le britannique, étaient largement ineffectifs², car de nature mixte.

Lorsque les travaux sur la révision de ce texte ont débuté au début des années 2000, les préoccupations étaient encore différentes. À la suite des

¹ L. VOGEL, *Droit de la concurrence et concentration économique*, Paris, Economica, 1988.

² Pour le droit français, v. CH. BOLZE, « Le naufrage du droit antitrust français » in *Mélanges en l'honneur de R. Roblot*, Paris, Dalloz, 1984, p. 181.

divergences transatlantiques¹ et des premières annulations de décisions prononcées par le Tribunal², le débat était dominé par les questions de fond, en particulier par la généralisation de l'approche économique et la nécessité de faire évoluer le test de contrôle. Sur le plan pratique, les plurinotifications étaient encore limitées, puisque l'élargissement vers les pays de l'Est n'était pas effectif et les contrôles nationaux des concentrations ne s'étaient pas encore généralisés³. On était d'autant moins sensibilisé au fonctionnement en réseau que, dans le cadre des travaux parallèles menés en antitrust, l'idée venait tout juste d'émerger. Au contraire, c'était le système de *one stop shop* caractéristique du contrôle des concentrations qui servait de modèle et avait inspiré la Commission dans sa proposition de règlement de 2000⁴.

12. Mais à ces raisons contextuelles, s'ajoutent bien sûr des raisons structurelles. Le contrôle des concentrations présente deux caractéristiques qui le distinguent fondamentalement du droit antitrust et rendent plus difficile le travail en réseau.

13. La première différence est générale et pourrait être constatée en dehors du droit de l'Union. Parce que le contrôle des concentrations ne relève pas de la matière répressive, le choix a été opéré en Europe de mettre en place un système de contrôle *ex ante*, fondé sur deux obligations fondamentales, que sont les obligations de notification et de suspension de l'opération. À l'exception du Royaume-Uni, ce choix a été suivi par l'ensemble des États membres qui ont, soit introduit un contrôle des concentrations, soit modifié leur contrôle antérieur comme la France⁵. Or, en fonction du niveau des seuils retenu, un tel système multiplie le nombre de dossiers à traiter par chaque autorité : en moyenne, 300 dossiers annuels pour la Commission, plus de 200 pour l'Autorité française, plus de 1 000 pour l'autorité allemande. La charge de travail est d'autant plus lourde que tous ces contrôles sont enfermés dans des délais stricts. Le respect des calendriers, calendriers qui, au demeurant, peuvent être variés, est une contrainte essentielle du système qui pèse autant sur les autorités que sur les entreprises.

¹ V. notamment, les suites des affaires *Boeing/Mac Donnell* (Comm. eur., déc. 30 juill. 1997, aff. M.887) et *GE Electric/Honeywell* (Comm. eur., déc. 5 févr. 2001, aff. M.2220). V. not., « Mondialisation, liberté et régulation de la concurrence : le contrôle des concentrations », in *Mondialisation et droit économique*, Rev. Int. Dr. Eco., 2002, p. 175-205.

² V. en particulier, TPICE, 6 juin 2002, *Airtours*, T-342/99 ; TPICE, 25 octobre 2002, *TetraLaval*, T-5/02.

³ « Un espace de concurrence, quelle politique de concurrence ? », colloque de la CEDECE, *Les Communautés et l'Union européennes face aux défis de l'élargissement*, Besançon, 17/18 octobre 2002, Paris, La documentation française, coll. CEDECE.

⁴ V. la version initiale de l'article 3 de la proposition de règlement du Conseil, du 28 septembre 2000, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JOUE, n° C 365 E, 19 déc. 2000 ; *adde*, « Le futur règlement d'application des articles 81 et 82 CE : chronique d'une révolution annoncée », *D.* 2001.1370.

⁵ Le passage d'un contrôle mixte à un contrôle *ex ante* a été opéré par la loi, dite NRE, du 15 mai 2001 ; *adde*, « La réforme du droit français des concentrations », *J.C.P. éd. E, Cah. Dr. Ent.*, 2001/n°4.

D'un point de vue pratique, il est plus facile de travailler en réseau dans une branche du droit, comme l'antitrust, où les dossiers sont beaucoup moins nombreux et où de telles contraintes n'existent pas ..., à tel point qu'il est parfois nécessaire de rappeler l'obligation de statuer dans un délai raisonnable.

14. La deuxième différence est propre au système européen. Lors de l'introduction du contrôle des concentrations, le choix a été opéré de mettre en place un système dit de guichet unique. À la différence de l'antitrust, où les autorités nationales, non seulement peuvent, mais doivent, depuis le règlement n° 1/2003, appliquer les articles 101 et 102 TFUE aux pratiques susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, la Commission est seule habilitée à appliquer les dispositions du règlement de base. L'on n'est plus dans un système de compétences partagées, mais dans un système de compétence exclusive¹. Il y a une coïncidence totale entre le droit applicable - soit droit de l'Union, soit un ou plusieurs droits nationaux - et l'autorité chargée d'appliquer la règle. De même que la Commission n'applique que le règlement de base, l'autorité nationale de concurrence n'applique que son droit national. Or, un réseau est plus difficile à concevoir si les membres de ce dernier n'appliquent pas les mêmes règles.

La situation est également différente de celles qui peuvent exister dans d'autres branches du droit de l'Union. Certes, en droit de la régulation, les autorités compétentes n'appliquent également que leur droit national, mais celui-ci a une forte origine européenne, puisqu'il s'agit des textes de transposition de directives européennes. Le droit des données personnelles est à ce jour la seule branche où toutes les autorités appliquent le droit de l'Union, en l'occurrence, le RGPD, mais il ne s'agit pas d'un système de compétences partagées, comme en antitrust. En ce domaine, la Commission n'exerce que son rôle traditionnel d'initiative et ne peut intervenir pour traiter des cas individuels.

15. b) Quoi qu'il en soit, les conséquences d'un tel système sont connues. Dans les concentrations transfrontalières qui sont les plus nombreuses, les situations de plurinotifications se sont multipliées, y compris dans le seul cadre de l'Union européenne. Le système de guichet unique a été conçu pour les limiter, mais les seuils qui donnent compétence à la Commission ont été placés à un tel niveau, même après la réforme de 1997, qu'ils n'ont pas permis d'endiguer le flot consécutif à l'élargissement et surtout à la prolifération des contrôles nationaux.

16. Cela entraîne deux séries d'inconvénients majeurs.

Dans la majorité des cas, ils sont essentiellement d'ordre pratique et pèsent surtout sur les entreprises confrontées à une multiplication des charges. Les

¹ Règlement n° 139/2004, art. 21, § 2.

difficultés liées aux situations de *multifilings* ont suffisamment été mises dans le contexte international pour qu'il ne soit pas utile de s'y appesantir¹.

Exceptionnellement, il arrive que la situation débouche sur un conflit de décisions. Tout le monde a encore en mémoire l'affaire *EuroTunnel/MyFerryLink*². L'on se souvient également que le Commissaire aux affaires économiques, Pierre Moscovici, à l'époque, ministre de l'Économie avait commandé à l'Autorité de la concurrence une étude qui a abouti à la présentation en décembre 2013 d'un rapport rédigé par Fabien Zivy³. Ce dernier ne semble pas avoir été suivi d'effet, mais les analyses demeurent tout à fait d'actualité. Elles le sont d'autant plus dans la perspective de cette journée, que le rapport proposait précisément l'adaptation du REC au contrôle des concentrations.

II. L'EXISTENCE D'UN RESEAU INFORMEL

17. La notion de réseau n'est pas totalement absente du contrôle des concentrations. Il existe un réseau informel, qui semble donner satisfaction, du moins aux autorités. Cela explique sans doute le peu de succès rencontré par le rapport français de 2013. De même, le livre blanc de la Commission de 2014⁴, qui lançait les bases d'une réforme du contrôle et n'a toujours pas été suivi d'effet, n'a pas abordé de front la question, ce qui à l'époque avait été regretté par l'Autorité de la concurrence⁵. Avant de comparer ce réseau informel aux principes du REC, il est utile de revenir sur ses sources.

A. Les sources

18. Une première référence à l'idée de réseau figure dans le considérant 14 du règlement de base qui vient à l'appui des dispositions sur les différents mécanismes de renvoi. Il est ainsi libellé : 14) *La Commission et les autorités compétentes des*

¹ V. en particulier, les multiples travaux réalisés au sein de l'*International Competition Network*, par le Working group sur les concentrations, notamment, ICN Merger Working Group, *Practical Guide to International Enforcement Cooperation in Mergers*, disponible, <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/merger-cooperation-guide/> ; v. égal., dans le contexte européen, le constat 4 du rapport de l'Autorité de concurrence, *Pour un contrôle des concentrations plus simple, cohérent et stratégique en Europe*, cité *infra*.

² Sur le point de départ de cette affaire à rebondissements, En France, Aut. conc., décis. n°12-DCC-154 Groupe Eurotunnel / SeaFrance ; au Royaume-Uni, Competition Commission (CC), 6 juin 2013, Groupe Eurotunnel S.A. & SeaFrance S.A ; *adde*, Rapport dit Zivy (ci-dessous), p. 19 et s.

³ Aut. conc., *Pour un contrôle des concentrations plus simple, cohérent et stratégique en Europe*, rapport au ministre de l'économie et des finances, 16 déc. 2013, disponible, https://www.economie.gouv.fr/files/rapport_concentrations-transfrontalieres.pdf

⁴ Comm. eur., Livre blanc, *Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE*, COM (2014) 449 final, 9 juillet 2014.

⁵ V. la réponse de l'Autorité à la consultation publique sur le Livre blanc de 2014, http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_merger_control/autorite_de_la_concurrence_fr.pdf

États membres devraient former ensemble un réseau d'autorités publiques utilisant leurs compétences respectives en étroite coopération.

C'est donc tout naturellement que l'on retrouve mentionné le réseau dans la communication de 2005 sur le renvoi des affaires, avec un intitulé « Le réseau des autorités de la concurrence », suivi des paragraphes 53 à 58, qui utilisent à quatre reprises le mot réseau¹. Point intéressant à relever, dans la version anglaise qui était la langue de travail), « *should* », soit le conditionnel est utilisé.

19. Toutefois, les principales sources se trouvent en dehors du règlement de base et des textes d'application.

Il faut tout d'abord tenir compte de l'*European Competition Authorities*, ou ECA. Ce réseau informel créé en 2001, qui a vocation à couvrir l'ensemble de l'EEE, regroupe outre les membres du REC, l'Autorité de surveillance AELE et les autorités nationales du pilier AELE, soit les autorités islandaise et norvégienne. Au sein de l'ECA, un groupe de travail sur les concentrations transfrontalières a été immédiatement mis en place.

Ce dernier a proposé à ses membres plusieurs textes de *soft law*. Le premier, qui aurait été adopté dès 2001, met en place un système de fiches d'information entre autorités sur les dossiers donnant lieu à plusieurs notifications² (*The Exchange of Information between Members on Multijurisdictional Mergers*). Le second édicte des principes sur l'utilisation des mécanismes de renvoi. Une première version avait été adoptée en 2002 sur la base du règlement n° 4064/89 et portait uniquement sur le renvoi ascendant de l'article 22 du règlement. Les modifications apportées aux mécanismes de renvoi lors de la réforme de 2004 ont conduit les ANC à reprendre le texte. Une nouvelle version adoptée en 2004 est désormais intitulée « Principes de mise en œuvre des articles 4(5) et 22 du règlement CE sur les concentrations par les Autorités nationales de concurrence au sein de l'association des Autorités de concurrence européennes »³.

20. Le relais a été pris par un groupe de travail sur les concentrations transfrontalières constitué en marge du REC en 2010, et auquel les autorités de l'AELE participent en tant qu'observateurs. En dehors de plusieurs études récentes⁴, ce groupe de travail a élaboré en 2011 un guide de bonnes pratiques en

¹ Communication de la Commission sur le renvoi des affaires en matière de concentrations, JOUE, n° C 56, 5 mars 2005.

² Disponible, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/echanges_infos_concen_eca.pdf

³ Disponible, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/eca_ppes_concen.pdf

⁴ Report: *Information requirements for merger notification; Public Interest Regimes in the European Union – differences and similarities in approach.*

matière de concentrations transfrontalières¹. Ce groupe constitue à l'heure actuelle l'enceinte privilégiée de discussion des problèmes liés aux concentrations.

21. Même si cela n'a aucune valeur juridique, il est intéressant de relever que sur le site de l'Autorité de la concurrence, ces trois textes sont présents dans le volet consacré au contrôle des concentrations sous l'intitulé « Textes des réseaux des autorités européennes de concurrence ». Le mot « réseaux » est bien utilisé.

Cela étant il ne s'agit que de « textes de *soft law* de deuxième catégorie »². Ils ne sont pas assimilables à des communications de la Commission, ou à des communiqués de procédure de l'Autorité et, à la différence des catégories précédentes, leur justiciabilité paraît en conséquence pour le moins aléatoire. Ils n'ont pas plus de valeur que les bonnes pratiques et autres recommandations émanant d'enceintes telles que *l'International Competition Network*. Ils ne sont pas pour autant à négliger sur le plan pratique, ce qui conduit à confronter leur contenu aux principes de fonctionnement d'un véritable réseau.

B. Les principes

22. En l'état du droit positif, les différences structurelles déjà mentionnées sont telles qu'un réseau en contrôle des concentrations ne peut être une simple copie du REC. Il convient néanmoins de s'interroger sur le point de savoir si l'on retrouve dans les textes de droit positif des solutions qui s'apparentent aux grands principes de fonctionnement du REC. Ces principes sont au nombre de trois : l'attribution du cas à une, voire plusieurs autorités, bien placées, une pleine coopération entre tous les membres du réseau à la fois verticale et horizontale, le maintien de la cohérence.

Ils ne sont pas à mettre sur le même niveau. De nature fonctionnelle, les deux premiers principes peuvent être transposés sans trop de difficultés au contrôle des concentrations. L'adaptation du troisième principe est plus délicate, eu égard aux différences majeures du système institutionnel.

¹ Best Practices on Cooperation between EU National Competition Authorities in Merger Review. Le texte, adopté le 8 novembre 2011, est disponible sur : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/nca_best_practices_merger_review_en.pdf

² En droit de la concurrence, l'utilisation de la *soft law* s'est tellement répandue et diversifiée que l'on peut introduire une hiérarchie entre les différentes catégories. Les communications de la Commission ou les communiqués de l'Autorité peuvent être opposés par les entreprises à leur auteur. Des textes adoptés par des groupes de travail, dont la diffusion est plus limitée, ne peuvent avoir la même portée juridique. Sur ce phénomène, CH. LEMAIRE, « *Soft Law* et droit de la concurrence : retour sur l'expérience de l'Autorité de la concurrence », *Concurrences* n° 1-2014, L. IDOT, « À propos de l'internationalisation du droit. L'exemple de la *soft law* en droit de la concurrence », *Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008.

a) L'adaptation possible des principes fonctionnels

23. En l'état, le premier principe – soit l'attribution du cas à une autorité bien placée – peut être considéré comme partiellement assuré par la règle du guichet unique tempérée par les mécanismes de renvoi. C'est en ce sens que la Commission s'est prononcée implicitement dans le Livre blanc de 2014¹ puis dans les consultations qui ont suivi², en mentionnant le fait que ces renvois permettaient à une « autorité bien placée » de traiter l'affaire. Ces mécanismes faisant l'objet de la première table ronde, il est possible de se limiter à de brèves remarques. En premier lieu, les statistiques sur l'utilisation des différents mécanismes et plus encore sur la proportion d'affaires renvoyées par rapport au nombre de notifications incitent à la prudence. En deuxième lieu, le mécanisme des renvois devrait sans doute être assoupli, en particulier celui des renvois ascendants, comme l'avaient proposé d'abord le rapport Zivy³, puis surtout le Livre blanc de la Commission⁴.

24. Quoi qu'il en soit, que les renvois soient ascendants ou descendants, l'on reste toujours dans une relation verticale. Aucun mécanisme de réattribution horizontale n'a à ce jour été proposé. Pour les situations de plurinotifications intraeuropéennes, un mécanisme complémentaire de réallocation des cas fait à l'heure actuelle défaut. À cet égard, celui mis en place dans le cadre du RGPD avec la désignation d'une autorité chef de file⁵ mériterait certainement d'être examiné avec soin.

25. C'est sans doute sur le deuxième principe que les règles actuelles sont le plus développées, à la fois dans la notice ECA et dans les bonnes pratiques de 2011. La première évoque la fiche « *new case* » mise en place par l'article 11, § 3, du règlement n° 1/2003. Cela étant, les données de départ sont différentes de celles du REC, puisque *via* le dossier de notification, chaque autorité dispose déjà d'un certain nombre d'informations.

26. Sur le plan pratique, deux points méritent plus particulièrement de retenir l'attention. Le premier concerne le traitement des données confidentielles, particulièrement cruciales en contrôle des concentrations, et qui peut être un frein très sérieux à l'échange d'informations. Pour le moment, la solution utilisée⁶ est identique à celle retenue dans les relations avec les États tiers, à savoir les

¹ Préc., sp. n° 59 et s.

² *Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU Merger Control*, consultation lancée le 7 octobre 2016.

³ Préc., p. 30 et s.

⁴ Préc., pts 64 et s.

⁵ Règlement préc., art. 56 et 60.

⁶ *Best Practices*, préc., pt 6.1.

renonciations au traitement confidentiel (*waiver of confidentiality*)¹. Le bon fonctionnement du système repose par conséquent sur l'accord des parties notifiantes. Le deuxième point illustre les limites du système. Il n'existe pas de mécanismes équivalents à celui de l'article 22 du règlement n° 1/2003 qui permet à une ANC de faire des enquêtes pour le compte d'une autre autorité, mais il est vrai qu'en contrôle des concentrations, l'on n'est pas en matière répressive et que les entreprises ont tout intérêt à coopérer avec les autorités pour obtenir le plus rapidement possible les différents « feux verts » qui sont requis.

27. En définitive, même si cela n'est pas organisé de manière aussi structurée qu'en antitrust, l'on retrouve les mêmes principes de fonctionnement. La différence principale concerne le respect de la garantie de la cohérence.

b) L'absence de garantie de la cohérence

28. En effet, le troisième principe – le respect de la cohérence – n'est à ce jour pas du tout assuré, ce qui est d'autant plus gênant que l'on est en présence de vingt-huit droits nationaux.

Sur la base de ce constat, l'idée de soumettre toutes les concentrations transfrontalières au droit de l'Union a été évoquée à diverses reprises². Cette solution appelle deux remarques. Elle est tout d'abord à elle seule insuffisante. Dans les réseaux où toutes les autorités appliquent le droit de l'Union, indépendamment du rôle habituel de la Cour de Justice, des mécanismes destinés à assurer la cohérence sont prévus. En antitrust, ce rôle est assuré par la Commission, notamment *via* les articles 11, § 4, et § 6, du règlement n° 1/2003, qui lui permettent d'être informée de la décision à venir et de reprendre l'affaire si nécessaire. En matière de données personnelles, le RGPD a mis en place un mécanisme original en confiant au comité européen de protection des données personnelles la possibilité de trancher des oppositions entre deux autorités nationales³, une voie qui pourrait être explorée si l'on ne voulait pas donner à la Commission le rôle essentiel. La solution d'avoir une législation commune est surtout irréaliste à court terme et il faut continuer à raisonner dans le système fragmenté qui existe actuellement.

¹ V. pour un exemple, le modèle proposé par l'*ICN merger working group*, *Waivers of confidentiality In merger investigations*.

<https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/model-confidentiality-waiver-for-mergers/>

² V. not., M. MONTI, *Une nouvelle stratégie pour le marché unique au service de l'économie et de la société européennes*, rapport présenté à Jose Manuel Barroso, président de la Commission européenne, 9 mai 2010 ; Livre blanc de la Commission, sp. n° 22 ; sur la position française, rapport Zivy, préc., sp. p. 34 ; réponse de l'Autorité au Livre blanc de la Commission européenne, p. 3.

³ Une section, art. 63 et s., est consacrée à la cohérence.

29. Dans cette matière où les droits risquent de rester encore longtemps nationaux, la solution classique consiste à rapprocher les législations. Un rapprochement imposé par le biais d'une directive semblant là encore pour le moins difficile à envisager, c'est sans doute la voie d'un rapprochement souple, grâce au *benchmarking* permanent en ce domaine, qui semble la solution la plus immédiatement réalisable.

Le processus est déjà très avancé et le *Brexit* pourrait le faciliter, puisqu'en dehors du système britannique, il y a déjà une grande convergence entre les droits continentaux largement inspirés du règlement européen¹. Cela étant, s'agissant de la contrôlabilité, les divergences perdurent sur la notion de concentration, sur les niveaux et le type de seuils. Elles auraient même tendance à s'accroître à l'heure actuelle avec des prises de position différentes sur la manière d'appréhender les concentrations de nouvelles entreprises dans le secteur du numérique. Quant à l'appréciation au fond, au-delà des textes, c'est surtout la pratique et l'appréciation individuelle qui compte, comme l'ont bien montré, indépendamment de l'affaire *Eurotunnel/Myferrylink*, les divergences transatlantiques.

Le processus est par nature très lent, mais il pourrait être encouragé par les juges. La récente affaire *Ernst & Young*² a montré que toute intervention de la Cour de Justice n'était pas exclue, même si elle ne peut être qu'exceptionnelle. Il faut, en effet, que la Cour accepte d'interpréter une règle de droit national, au motif qu'elle est calquée sur la solution du droit de l'Union et, plus encore, que la cour de contrôle de l'autorité nationale décide de poser la question préjudicielle. Les membres de la deuxième table ronde ne manqueront pas de nous éclairer sur ce processus de convergence, ce qui permettra de ne pas approfondir le sujet.

30. À ce stade des travaux, deux constats peuvent être en définitive opérés. Même s'il présente des différences fondamentales avec le REC, ce réseau informel des autorités en contrôle des concentrations est une réalité indéniable. Il faut alors déterminer si le système est véritablement satisfaisant ou s'il est indispensable d'aller plus loin. Il appartient désormais aux membres des panels de prendre position.

¹ Pour un constat, F. JENNY, « Substantive convergence in merger control : An assessment », *Concurrences*, n°1-2015, pp. 21-41.

² CJUE, 31 mai 2018, *Ernst & Young*, C-633/16.

I. Table ronde sur les mécanismes de renvoi

Modérateur :

Martine BEHAR-TOUCHAIS, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

Intervenants :

Le point de vue de l'avocat : Didier THEOPHILE (*Darrois Villey Maillot Brochier*)

Le point de vue de l'Autorité française : Jérôme VIDAL

Le point de vue de la DG COMP : Simon VANDE WALLE

Le regard allemand : Prof. Florian BIEN, Université de Würzburg

Martine Behar-Touchais : Tout d'abord, je voudrais remercier Catherine d'avoir organisé cette manifestation et de nous avoir conviés à traiter des renvois dans cette table ronde pour laquelle, traditionnellement, je vais commencer par vous présenter les différents participants à notre table ronde. Je vais le faire par ordre alphabétique pour ne froisser personne. Je commence donc par le Professeur Florian Bien, professeur à l'Université de Würzburg en Allemagne, qui nous parlera bien sûr du point de vue allemand. Comme nous parlons d'un réseau éventuel d'Autorités en droit des concentrations, il était essentiel d'avoir l'opinion de juristes de plusieurs États membres. C'est ensuite Maître Didier Théophile du cabinet *Darrois Villey Maillot Brochier*, qui pourra nous parler notamment du point de vue des entreprises puisqu'il est très souvent en charge de présenter les dossiers des entreprises devant les autorités de concurrence. Interviendra également dans cette table ronde, Monsieur Simon Vande Walle qui est à la DG COMP au service concentrations, et qui traite des cas parmi les plus sensibles que nous retrouvons par la suite dans nos commentaires. Et enfin, Monsieur Jérôme Vidal qui est adjoint au chef de service des concentrations de l'Autorité française de la concurrence nous donnera le point de vue de l'Autorité française.

En Europe, nous n'avons pas de réseau pour le droit des concentrations, mais nous avons le renvoi ! Ce pourrait être le titre de notre table ronde. Il convient de commencer par un rappel très rapide des différents renvois.

Nous commençons en premier lieu par les renvois de la Commission européenne aux États membres, ceux que nous avons appelés « les renvois descendants » depuis le début de ce colloque. C'est un renvoi qui peut être demandé soit par les États membres (article 9 du Règlement), soit par les entreprises en pré-notification (article 4 §4 du Règlement) si elles obtiennent l'accord de l'État membre. La condition principale de ces renvois, est l'existence d'un risque pour la concurrence sur un marché distinct de l'État membre, plus exactement un risque d'atteinte de manière significative à la concurrence effective sur un marché distinct. Si le renvoi est accepté par la Commission, il en résultera,

comme nous l'a rappelé Laurence Idot, une application du droit national de l'État membre et non du droit européen.

En second lieu, dans l'autre sens, on trouve « les renvois ascendants », c'est-à-dire ceux qui partent des États membres vers la Commission européenne. Ces derniers peuvent être demandés à la demande d'un ou plusieurs États membres (Article 22 du Règlement). À l'origine, comme Laurence Idot l'a rappelé, ce type de renvoi était destiné aux États membres qui n'avaient pas de contrôle des concentrations. Lors de l'adoption du premier Règlement, seuls 3 États avaient un contrôle des concentrations. Il convient de noter que ce renvoi de l'article 22 n'exclura pas l'application de leur droit national des concentrations par des États non-demandeurs. L'autre renvoi ascendant se fait à la demande des entreprises en pré-notification (article 4 §5 du Règlement). C'est la solution qui a été choisie pour remédier aux pluri-notifications. Il est donc exigé que la concentration soit susceptible d'être examinée par au moins 3 États membres, car cela correspond à une situation de pluri-notifications en l'absence de renvoi. Il ne faut également qu'aucun de ces États membres n'exprime son désaccord. Dans ce cas, l'effet de ce renvoi est plus important que celui du renvoi précédent. En effet, si le renvoi est admis, la Commission appliquera, cette fois, le droit de l'Union européenne et donc aucun État membre, même non-demandeur, n'appliquera son droit national de la concurrence.

Les échanges lors de cette table ronde tendent à pouvoir répondre à la question sur le point de savoir si toutes ces techniques de renvoi vont suppléer l'absence de réseau des autorités de concurrence en matière de concentration. Nous avons donc besoin de présenter d'abord la réalité et les enjeux du renvoi, les difficultés en droit positif et peut-être des difficultés particulières dans certains domaines comme dans le numérique, avant de nous interroger, à la fin de la table ronde, sur l'avenir du renvoi. Nous serons ainsi plus à même de savoir si le renvoi supplée défaut de réseau ou bien s'il est suffisant.

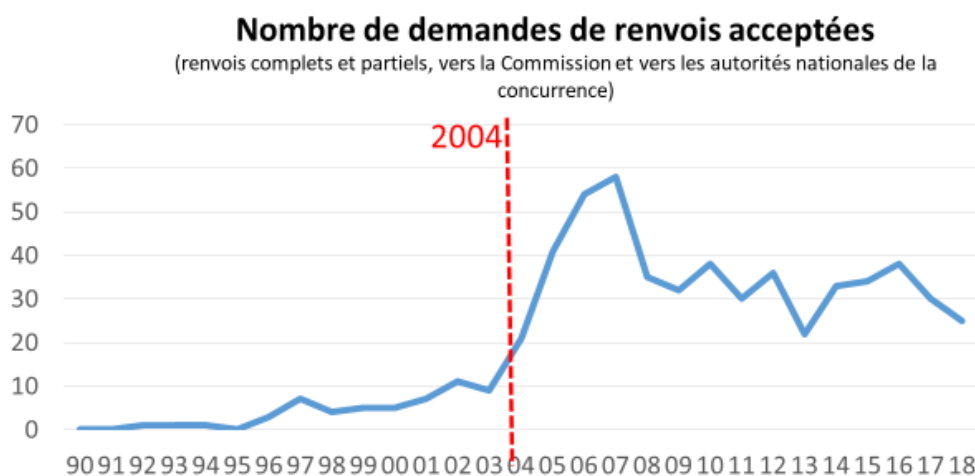
Je donne tout de suite la parole à Monsieur Vande Walle qui va nous présenter les aspects un peu quantitatifs du renvoi.

Simon Vande Walle : Merci beaucoup. Je voudrais d'abord remercier le professeur Prieto et l'Université Paris 1 pour m'avoir invité à cette table ronde. La salle est très impressionnante et les intervenants le sont également. C'est vraiment un honneur d'être ici. Je travaille à la Commission et je traite des dossiers de concentrations mais je parle à titre personnel.

Les différents types de renvois vous ont été exposés, mais je voudrais d'abord prendre un peu de recul et rappeler les principes de base. La ligne de démarcation

entre la compétence de la Commission et celles des États Membres est en principe très claire. Les concentrations ayant une dimension communautaire relèvent de la compétence exclusive de la Commission. Celles qui n'ont pas une telle dimension relèvent de la compétence des États membres. Et comment détermine-t-on si une concentration a une dimension communautaire ? On regarde si les seuils dans le règlement sur les concentrations sont franchis. Ces seuils, c'est très important, sont fondés sur le chiffre d'affaires des entreprises concernées, ce qui a le mérite d'être un critère très clair. La plupart des entreprises, je l'espère, connaissent leur chiffre d'affaires. Il est donc très aisé de déterminer si une concentration spécifique relève de la compétence de la Commission ou des États membres.

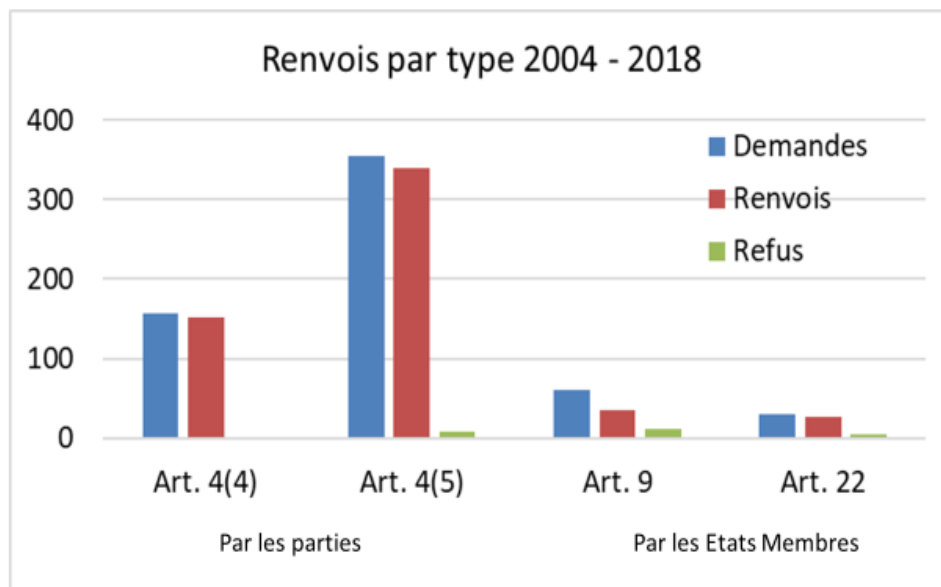
Cette démarcation certes claire est pourtant parfois un peu rigide. C'est là que le système des renvois joue son rôle comme mécanisme correctif. Il permet de réattribuer des opérations de concentrations de la Commission vers les États membres et inversement, pour que l'autorité la plus appropriée puisse traiter l'affaire.



Ce premier graphique montre l'évolution du nombre de renvois depuis l'entrée en vigueur du premier règlement sur les concentrations jusqu'à aujourd'hui. Il est clair que le nombre de renvois a énormément augmenté depuis 2004, soit après l'entrée en vigueur du nouveau Règlement 139/2004, qui a introduit la possibilité pour les parties de demander un renvoi avant la notification. Avant 2004, seuls les États membres pouvaient demander un renvoi mais depuis 2004 les parties le peuvent aussi, et c'est un mécanisme utilisé très fréquemment.

Un deuxième constat sur la base de ce graphique : nous sommes tout de même passé d'un système très rigide avec très peu de renvois à un système beaucoup plus fluide. A présent, il y a environ 30 renvois par an. Cela peut paraître beaucoup mais il faut néanmoins mettre ce chiffre en perspective. N'oubliez pas que la Commission traite environ 400 concentrations chaque année. Les renvois sont donc certes un correctif mais ils restent l'exception.

Cette fluidité observée depuis 2004 est-elle bénéfique ? Selon moi, les entreprises doivent certainement l'apprécier car une large majorité des renvois interviennent sur demande des parties. Le graphique suivant nous montre les différents types de renvoi et leur fréquence.



À gauche, on retrouve les renvois sur le fondement des articles 4(4) et 4(5). Ce sont les renvois demandés par les parties, les entreprises. A droite nous avons les renvois sur demande des États membres. On constate que les renvois fondés sur l'article 4(5) forment la grande majorité, suivis par les renvois fondés sur l'article 4(4) qui sont aussi très fréquents. La très grande majorité des renvois interviennent donc à la demande des parties. Je n'irai pas jusqu'à dire que c'est un service rendu aux entreprises mais c'est en tout cas un mécanisme qui semble bien les satisfaire dès lors qu'elles prennent l'initiative.

Je suis sûr qu'aujourd'hui on parlera beaucoup de cas spécifiques, de cas problématiques, de cas controversés. Il faut néanmoins être conscient qu'en général le système de renvoi fonctionne plutôt bien. Je crois qu'il y a peut-être

quelques modifications, plutôt techniques, que l'on pourrait faire et on aura peut-être l'occasion d'en parler.

Martine Behar-Touchais : Je vous redonnerai la parole très vite. Ce graphique est très intéressant en ce qu'il montre que les refus sont quasiment insignifiants. Dès lors qu'elles le demandent, les entreprises obtiennent le renvoi. Nous allons demander à Jérôme Vidal de présenter le point de vue français.

Jérôme Vidal : Je m'associe à Simon pour remercier le professeur Catherine Prieto pour l'invitation à intervenir aujourd'hui. Les propos que je tiendrai à l'occasion de cette conférence n'engagent que moi.

J'ai fait un peu d'archéologie pour vous donner une vision exhaustive des renvois traités par l'Autorité française. Ces chiffres sont publics, mais je les ai compilés à partir des rapports annuels de l'Autorité depuis 2009. Les chiffres tirés des rapports annuels ne traitent toutefois que des renvois descendants dans la mesure où ils donnent lieu à des décisions comptabilisées comme telles dans nos rapports. Je vais passer en revue les différents types de renvoi.

Le renvoi 4(5) est le renvoi ascendant le plus fréquent, comme vous pouvez le voir avec le graphique de Simon. Très régulièrement, des opérations qui sont notifiables dans au moins trois États membres, dont la France, font l'objet de ce type de renvoi. Dans la plupart des cas, ce renvoi ne présente pas de difficulté puisqu'il est automatique. Comme vous pouvez le constater sur le graphique de Simon, on compte 7 refus depuis 2009 sur 350 demandes de renvoi sur le fondement de l'article 4(5). La France, pour sa part, ne s'est jamais opposée à ce jour à la demande d'une entreprise pour renvoyer le cas à la Commission européenne. On part du principe que le guichet unique doit quand même primer. Cela n'empêche pas les entreprises et leurs conseils de s'assurer que l'Autorité ne s'opposera pas à leur projet de renvoyer leur concentration à la Commission européenne.

S'agissant de l'article 22, il est sûrement, avec l'article 9, le type de renvoi le plus rare. La France a fait très peu de renvois sur le fondement de l'article 22. Le plus souvent, elle s'est associée à un État qui a sollicité le renvoi. Le dernier renvoi initié par la France est très récent : il a été demandé en fin d'année 2018 et a été accepté par la Commission en 2019. Il concerne le rachat des chantiers navals de l'Atlantique par le groupe italien Fincantieri. Dans cette affaire, l'Allemagne, qui était également compétente, s'est jointe à ce renvoi.

Concernant les renvois descendants, depuis le 2 mars 2009, 24 renvois sur le fondement de l'article 4(4) ont été examinés par l'Autorité dont quatre en 2018. Ces

renvois ont donné lieu à 3 décisions, l'une des opérations renvoyées ayant été abandonnée entre-temps. Comme vous l'a indiqué le Professeur Behar-Touchais, ces opérations, dès lors qu'elles sont renvoyées sur le fondement de l'article 4(4) ou de l'article 9, sont des opérations pour lesquelles il existe *a priori* un risque d'atteinte à la concurrence sur un marché distinct du marché européen. Elles peuvent par conséquent donner lieu à des engagements, même si ce n'est pas systématique. Sur les 24 décisions de renvoi examinées par l'Autorité, il y a eu quatre abandons, mais ils ne résultent pas nécessairement de l'identification de problèmes de concurrence. Il peut arriver en effet que les entreprises décident d'abandonner l'opération afin d'éviter une décision d'interdiction. Ce n'est pas nécessairement le cas s'agissant de ce type de renvoi. En effet, les renvois sur le fondement de l'article 4(4) peuvent concerner des opérations de rachat simultanées d'une même entreprise. Par exemple, en 2016, le renvoi *Steinhoff/Darty* a été examiné concomitamment par l'Autorité avec le rachat de Darty par la Fnac, opération qui était de dimension nationale. Le rachat de Darty par la Fnac a donné lieu à la décision que vous connaissez sûrement. L'opération simultanée, qui a pourtant donné lieu à un renvoi, a finalement été abandonnée au terme de surenchères qui se sont poursuivies très tard dans les procédures engagées au titre du contrôle des concentrations.

Ainsi, 20 renvois sur le fondement de l'article 4(4) ont donné lieu à une décision de l'Autorité. Sur ces 20 décisions, dix décisions ont été prises sous réserve d'un engagement et dix n'ont autorisé sans aucune condition particulière. Cela représente 50 % d'opérations susceptibles de porter atteinte à la concurrence dans ce type de renvoi, sachant que le taux d'intervention de l'Autorité française est de 4 %, quel que soit le type de décision. Dans tous ces cas, l'Autorité a réussi, parfois après un examen approfondi, à écarter les risques de problèmes de concurrence.

S'agissant de l'article 9, seulement quatre renvois ont été faits sur le fondement de cet article en dix ans, avec la particularité que trois décisions ont été prises par l'Autorité pour la seule année 2010. La dernière utilisation de l'article 9 est intervenue en 2018. Ce type de renvoi est très rarement utilisé. Il est par ailleurs assez préjudiciable pour les entreprises qui se voient finalement contraintes de notifier une opération qu'elles avaient préalablement notifiée à la Commission européenne.

Le dernier cas en date ayant justifié la demande de renvoi sur le fondement de l'article 9 concerne la prise de contrôle conjoint de la société Berenard Participations par les sociétés Groupe Emil Frey et la société Fiber. Il s'agissait d'une situation assez délicate, justifiée par la forte concentration observée sur les marchés de la distribution automobile en France.

Une dernière statistique, qui n'est pas dans les rapports annuels, porte sur les opérations transfrontalières multi-notifiées, qui concernent au moins deux autorités de concurrence, mais qui n'ont pas fait l'objet d'un renvoi 4(5). Il arrive en effet qu'une opération soit notifiable dans quatre ou cinq États membres et que les parties, pour une raison qui leur appartient, décident de procéder à quatre ou cinq notifications dans les différents États membres concernés. L'article 4(5) n'est en effet pas obligatoire. Ces opérations, que l'Autorité regarde en même temps qu'une autre Autorité de concurrence, concernent treize décisions rendues en 2018. Ce chiffre varie, selon les années, entre 8 et 22 opérations qui concernent donc au moins deux États membres et qui sont examinées par l'Autorité indépendamment de tout mécanisme de renvoi.

Martine Behar-Touchais : Ainsi, pour les entreprises, une stratégie est ouverte face à une possibilité de demander le renvoi ou de ne pas le demander. L'entreprise doit se positionner parce qu'il y a des enjeux au renvoi. Je vais me tourner tout naturellement vers Maître Théophile pour qu'il nous présente ces enjeux.

Didier Théophile : Merci d'abord à Catherine Prieto pour l'invitation. Je suis également très impressionné. C'est la première fois que je viens à la Sorbonne et c'est la première fois que je vois cette salle absolument superbe.

Il m'appartient de vous livrer la manière dont un praticien perçoit les renvois et ses enjeux. Il est vrai que l'introduction des renvois à la demande des parties a été un grand progrès dans le règlement de 2004. C'était une demande des entreprises qui voyaient là un moyen d'harmonisation de ce qu'on appelle les *multi-filing*. Il était opportun d'éviter de devoir notifier une opération devant plusieurs autorités, essayer de regrouper, autant que faire se peut, une notification devant la Commission européenne. C'est un objectif légitime des entreprises. Pour certaines entreprises, la notification est non seulement une obligation, mais plus précisément un fardeau. Toute notification peut impliquer un retard dans la réalisation d'une transaction. Lorsque les entreprises ont négocié des accords, elles attendent de pouvoir acquérir effectivement les actions de la cible. Le contrôle des concentrations est un passage obligé contraignant. Il y en a d'autres, notamment sur des éléments fiscaux et sociaux. Mais le contrôle des concentrations, dans ce qu'on appelle « les calendriers », est toujours quelque chose de central. C'est d'autant plus central lorsque l'on va devoir notifier dans de nombreuses juridictions ou lorsque l'on va rencontrer des difficultés de concurrence dans certaines zones ou dans certains pays.

Pour vous donner un exemple concret, dans une affaire qui a fait les titres des journaux il y a très peu de temps et qui a capoté, on envisageait 45 notifications

dans le monde. C'est évidemment colossal. Même dans une affaire franco-française qui pourrait atterrir sur le bureau de l'Autorité, on va devoir notifier dans de nombreux pays étrangers, dès lors que les acteurs ont quelques actifs à l'étranger et un chiffre d'affaires dans ces pays. Tout cela doit être fait alors qu'il n'y a aucun problème de concurrence. On comprend que les entreprises essayent de trouver des solutions pragmatiques. La possibilité de regrouper les notifications nationales et de les renvoyer à la Commission européenne en est une. Mais il faut que les conditions soient réunies. Et la possibilité d'obtenir un renvoi au niveau national peut l'être également.

Quand pense-t-on que l'Autorité nationale est la mieux placée pour traiter le cas ? Cette hypothèse est celle dans laquelle il existe une pratique intense des autorités nationales comme dans la grande distribution ou encore les stations-service. Ainsi, dans une vieille affaire *Carrefour-Promodès*, il y avait une partie de la notification qui avait été analysée au niveau communautaire, puis un renvoi en France à l'initiative des autorités pour les marchés locaux. Cela s'est reproduit par la suite. Une telle demande requiert de la part des entreprises d'engager préalablement une discussion avec les services de l'autorité concernée, mais aussi avec ceux de la Commission pour éviter un échec.

Les délais sont un autre point à examiner. Quand vous les mettez bout à bout, en comptant les jours ouvrés, deux mois ou un peu plus peuvent être atteints. Il est important que le renvoi soit accepté pour ne pas perdre un temps très précieux.

Une autre question mérite d'être posée. Le fait dans certains cas, surtout dans les renvois que l'on appelle « Commission vers État membre », qu'une partie du dossier soit traitée par l'autorité nationale et une autre partie soit traitée par la Commission pose-t-il un problème ? À titre personnel, je ne le pense pas. Si le dossier pose des questions de concurrence qui nécessitent un examen approfondi et si le dossier a une dimension locale, autant que la Commission conserve la partie plus globale et laisse à l'autorité nationale qui en a l'expérience, le traitement local. Il n'y a pas de raison que l'analyse diverge énormément. La seule chose qui compte est que le dossier atterrisse à l'endroit où l'on pense qu'il sera le mieux traité. C'est la raison pour laquelle, d'un point de vue pratique, il convient toujours de s'assurer que l'autorité nationale a une pratique dans le domaine. Si elle a peu de pratique en la matière, le renvoi descendant présentera peu d'intérêt.

Martine Behar-Touchais : Merci. Donc ce sont des décisions stratégiques, mais qui sont assez délicates à prendre également dans ce domaine. Et est-ce qu'en Allemagne nous avons un peu le même point de vue sur les enjeux ? Je me tourne vers le Professeur Florian Bien.

Florian Bien : Je souhaite tout d'abord me joindre aux remerciements faits aux organisateurs et notamment à l'organisatrice de ce beau colloque auquel je me réjouis d'avoir été invité. Je vais tout de suite essayer de répondre à la question de Madame le professeur Behar-Touchais et rebondir sur les propos de Didier Théophile.

Bien que je sois universitaire, j'aimerais d'abord essayer d'adopter le point de vue d'un avocat d'entreprise. Pour lui, la « décision » en faveur du régime national ou européen de contrôle des fusions comporte évidemment des enjeux stratégiques. En fin de compte, il importe pour les entreprises notificantes d'obtenir l'autorisation de leur projet à la fin du processus. À cet égard, toutes les divergences aussi bien minimales que majeures entre les régimes en question, à savoir le régime européen d'un côté et les régimes nationaux de l'autre, peuvent avoir un impact décisif pour les entreprises parties à la concentration. Des disparités se trouvent déjà au niveau de l'importante question de la délimitation du marché, laquelle peut parfois diverger de manière étonnante. Ainsi, en ce qui concerne la délimitation des marchés de production d'énergie, la Commission européenne semble avoir toujours défini un seul marché englobant à la fois la production et la fourniture en gros d'électricité, « quelles que soient les sources de production et les circuits commerciaux. »¹ Le *Bundeskartellamt* (BKartA) estime, pour sa part, qu'une distinction doit être faite entre le marché de la vente d'électricité produite de manière conventionnelle de celle produite à partir de sources d'énergies renouvelables subventionnées². Il n'est pas exclu que ces approches divergentes puissent avoir un effet décisif sur l'issue du projet de fusion (complexe) entre les deux géants allemands de la production d'énergie RWE et E.ON.

J'aimerais bien souligner deux autres différences pouvant avoir un certain impact sur la question, et qui marquent une divergence assez nette entre le droit allemand d'un côté et les droits français et européen de l'autre. La première concerne la question des droits des tiers à la concentration. En Allemagne, nous avons un nombre très important de dossiers de projets de concentration à traiter. Le *Bundeskartellamt* se penche chaque année sur beaucoup plus que 1000 cas. Par conséquent, la distinction entre la phase 1 et la phase 2 est d'une importance majeure pour l'Office fédéral des cartels. Cela ne vous surprendra pas que seul un très faible nombre de dossiers entre en phase 2. Or, le problème pour les tiers résulte du fait que le *Bundeskartellamt* ne va, en général, pratiquement jamais adopter une décision formelle en phase 1, contre laquelle ceux-ci peuvent former un recours en justice. Dans la pratique, l'agent du *Bundeskartellamt* se contente

¹ Commission, M.8660 -FORTUM / UNIPER, n° 18.

² *Bundeskartellamt/Bundesnetzagentur, Konsultationsentwurf - Leitfaden für die kartellrechtliche und energiegroßhandelsrechtliche Missbrauchsaufsicht im Bereich Stromerzeugung/-großhandel* (Mars 2019), https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitfaden/Leitfaden_Missbrauchsaufsicht.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

souvent d'un simple courriel, d'un appel téléphonique ou, au maximum, d'une lettre informelle informant les parties à la concentration que le *Bundeskartellamt* n'entend pas entrer en phase 2, signifiant ainsi que les parties peuvent commencer à procéder à l'opération. Juridiquement, il ne s'agit pas d'une décision pouvant être la cible d'un recours formel, les tiers n'ont donc aucune possibilité d'attaquer une telle information communiquée aux parties notifiantes. Cette souplesse procédurale, en plus d'éviter le risque d'une procédure judiciaire entamée par des concurrents ou des partenaires commerciaux, peut inciter les entreprises parties à l'opération à demander un renvoi descendant pour arriver non pas devant la Commission, mais devant le *Bundeskartellamt*.

Sur un autre aspect procédural, le droit allemand et le droit français sont plus proches et se démarquent sur ce point du droit européen. Ainsi, nous avons en Allemagne et en France ce que l'on pourrait appeler une phase 3, c'est-à-dire la possibilité pour le ministre de l'Économie d'autoriser une opération qui a été rejetée par le *Bundeskartellamt* ou l'Autorité de la concurrence. Permettez-moi de vous rappeler l'affaire du projet de fusion partielle entre Siemens et Alstom en matière de trains à grande vitesse, lequel n'a pas été approuvé par la Commission européenne. Si l'on considère les déclarations des ministres d'économie allemand et français, qui, en réaction à la décision de la Commission, ont appelé à une réforme afin d'assouplir le droit européen de la concurrence, on pourrait penser que si l'affaire avait été renvoyée devant l'autorité allemande ou française, le ministre compétent aurait peut-être, dans un second temps, donné son feu vert à cette opération, qui semble être un sujet sensible au niveau politique.

De plus, j'aimerais bien mentionner deux affaires du *Bundeskartellamt* assez intéressantes concernant l'intérêt éventuel d'un renvoi entre les niveaux national et européen. La première date de 1992 et fait écho à la transformation de l'économie de l'ex-RDA après la chute du mur et la réunification de l'Allemagne. Il y avait à cette époque en Allemagne deux entreprises productrices de potasse, à savoir la très grande usine Kali, une filiale de BASF, et une toute petite entreprise du même style implantée dans l'ex-RDA. À l'origine, cette dernière appartenait comme toutes les autres entreprises de l'ex-RDA au peuple. L'on parlait de « *volkseigener Betrieb* ». Elle aussi avait été confiée à une entreprise publique, la « *Treuhand* », qui était chargée de gérer toutes ces entreprises « publiques » et de les convertir pour atteindre des conditions économiques normales. Une fusion avait été prévue entre ces deux entités, c'est-à-dire la grande entreprise de l'ouest Kali et la petite de l'ex-RDA. Or, la difficulté venait du fait qu'une telle fusion aurait mis les deux entreprises dans une position super-dominante sur le marché allemand avec 98% de parts de marché. Par conséquent, il était pratiquement impensable qu'une telle opération soit autorisée par le *Bundeskartellamt*. Néanmoins, une importante pression a été exercée sur le *Bundeskartellamt* par des élus de la région concernée

dans l'est de l'Allemagne, des médias, etc. Ceux-ci ont essayé de convaincre l'autorité allemande en charge de la protection de la concurrence de la nécessité d'autoriser cette reprise d'une petite usine est-allemande et cela avec l'objectif de garantir le maintien des emplois dans une partie de l'Allemagne structurellement très faible. Comme par miracle, cette affaire a pu être renvoyée à Bruxelles permettant ainsi au *Bundeskartellamt* de rester en quelque sorte hors-jeu et d'être à l'abri des tentatives d'influence politique. Malgré un avis défavorable du *Bundeskartellamt* et de la Direction générale de la concurrence, le collège des commissaires a finalement autorisé cette opération. Le fait que le commissaire de la concurrence émette un avis défavorable et que la Commission dans son ensemble et à la majorité des voix autorise un tel projet de fusion est un événement assez unique.

Dans une affaire plus récente, nous pouvons observer une situation dans laquelle les intérêts étaient exactement opposés. En raison des chiffres d'affaires élevés des entreprises en cause, la Commission européenne était appelée à statuer sur le projet de rachat de l'opérateur mobile E-Plus par Telefónica Deutschland, lequel entraînerait une réduction de 4 à 3 du nombre d'opérateurs mobiles en Allemagne. Dans ce cas, l'on peut avoir l'impression que si la demande de « renvoi descendant » formulée par le *Bundeskartellamt* avait été acceptée par la Commission, l'autorité allemande, ayant de nouveau émis un avis défavorable, aurait interdit cette opération ou au moins imposé des obligations beaucoup plus sévères comparées aux engagements acceptés par la Commission européenne.

Martine Behar-Touchais : Les entreprises essaient donc de prévoir ce que telle autorité pourrait décider pour leur concentration afin d'éviter de demander le renvoi à une autorité qui pourrait refuser leur concentration. Nous voyons combien le travail des avocats des entreprises est difficile. Je me tourne à nouveau vers Maître Didier Théophile pour connaître d'autres difficultés en droit positif à propos du renvoi.

Didier Théophile : La première difficulté est la durée incompressible des renvois. En supposant que vous avez une affaire facile dans plus de 3 États membres de l'UE, un renvoi à Bruxelles est possible. Mais si vous mettez tous les délais nationaux en parallèle, généralement vous allez aboutir à une décision en 5 semaines maximum dans tous les États membres. Moins en Allemagne, souvent, car l'Allemagne peut aller très vite. Cela peut même aller plus vite. Prenons l'exemple d'un fonds d'investissement qui achète une société et ne détient pas d'actif dans ce domaine. Il va bénéficier dans les États membres de procédures simplifiées plus rapides. Dans ce cas, même si l'on doit notifier dans plusieurs États membres, un renvoi à Bruxelles pour avoir une décision unique ne s'impose pas nécessairement. En réalité, le renvoi à Bruxelles risque fort d'augmenter les délais.

D'un point de vue strictement pratique, il faut encore prendre en compte que les entreprises qui achètent une autre entreprise bénéficient souvent de financement, notamment les fonds d'investissement. Or, un financement est octroyé par les banques, dans des conditions de délais et des conditions de prix. C'est-à-dire que plus le délai est long et plus l'entreprise va payer cher le financement qui est mis à sa disposition. Le calcul est très vite fait : l'entreprise va préférer notifier dans plusieurs États membres plutôt que de passer par un renvoi. J'ai bien conscience que certains délais sont incompressibles. Toutefois, ramener tous les délais à des jours calendaires serait un grand progrès. On pourrait réduire toute une série d'autres délais, notamment ceux laissés aux États membres. Et à ce moment-là, les entreprises, peut-être, renverraient plus systématiquement à la Commission.

Ce renvoi est-il nécessairement opportun ? On peut se poser la question de savoir si, finalement, lorsque nous avons des opérations qui ne posent pas de problème, il est nécessaire d'aller encombrer la Commission de ces dossiers. Lorsque seuls 3 États membres sont concernés par une notification, il n'y a pas de difficulté pour supporter 3 notifications. Lorsque l'on commence à être au-delà, le renvoi commence à se justifier. En tout état de cause, en regardant les chiffres, au-delà de 4 ou 5 États membres, une opération atteint le plus souvent une dimension communautaire avec un guichet unique. Il faudrait donc faire un *check and balance* de ces aspects.

L'autre difficulté tient au test appliqué. Les autorités de concurrence appliquent peu ou prou le même test. Certaines s'attachent plus au problème du renforcement de la création de position dominante, d'autres sont plus proches du test communautaire, comme c'est le cas de l'autorité française. Se pose ensuite la question de savoir comment ce test est appliqué. Je ne vais pas revenir sur l'affaire *Eurotunnel*, mais il est quand même assez frappant de voir que les anglais ont bloqué une opération pour une question de surcapacités. Je m'explique : lorsque vous appliquez un test d'effets unilatéraux, la théorie veut que moins il y a de capacités sur un marché et plus l'opération risque de faire de dégâts puisqu'il y aura la possibilité pour l'entreprise en place d'augmenter ses prix. Dans le cas Eurotunnel, les autorités anglaises ont considéré l'inverse. C'est dire que, sur la base du même test que celui appliqué par l'autorité française, l'autorité anglaise a considéré que la surcapacité pouvait entraîner l'élimination d'un concurrent et donc aboutir à une augmentation des prix. Je n'ai pas épluché tous les cas de la Commission, mais ce n'est pas ce que les économistes nous expliquent, en général, lorsque nous notifions des opérations qui peuvent poser problème.

Martine Behar-Touchais : Et du côté de l'Autorité, avez-vous aussi la même perception de ces difficultés ou voyez-vous d'autres difficultés ?

Jérôme Vidal : Je ferai une distinction entre les demandes de renvoi qui sont formulées au stade de la pré-notification et celles qui le sont une fois que l'opération est notifiée.

Nous considérons, à l'aune de notre expérience, qu'en règle générale, les renvois sur le fondement des articles 4(5) et 4(4) ne posent pas de difficulté, si ce n'est celle, propre à tout contrôle *ex ante*, liée aux délais d'examen. Didier Théophile a mentionné les délais inhérents à la procédure de consultation des États membres, qui peuvent mettre un veto à une demande de renvoi ou qui doivent accepter une demande de renvoi. J'y ajouterai les délais qui sont également nécessaires aux procédures de pré-notification afin de s'assurer de disposer des informations pertinentes pour traiter le renvoi, en particulier s'agissant des renvois sur le fondement de l'article 4(4), comme Didier Théophile l'a également indiqué. Ce sont en effet des opérations de dimension européenne, susceptibles de concerner de nombreux marchés locaux.

En réalité, les véritables difficultés concernent plutôt les renvois fondés sur les articles 9 et 22. Ce sont des situations dans lesquelles les entreprises se sont trompées de guichet puisque le guichet auprès duquel elles ont notifié un dossier ne sera pas celui qui examinera, en définitive, leur projet de concentration.

Quelles conséquences ?

Premièrement, cela a pour effet d'allonger le délai d'examen de la concentration envisagée. Pour l'article 9 et l'article 22, ce sont des délais qui, dans le cadre de la procédure de renvoi, sont assez longs. En effet, pour l'article 9, le délai est de 15 jours pour qu'un État membre demande le renvoi et 20 jours pour que la Commission vérifie si les critères de renvoi sont remplis. Pour l'article 22, le délai est de 15 jours ouvrés à compter de la date de notification de l'opération ou de la date à laquelle une autorité en a connaissance, plus 15 jours pour qu'un État membre éventuellement se joigne à la demande, plus 10 jours pour que la Commission décide, ou non, de procéder au renvoi. Ces délais sont un peu plus longs que les délais qui concernent les renvois 4(4) et 4(5).

La deuxième difficulté réside dans le fait que les articles 9 et 22 peuvent donner lieu à des renvois partiels. Dans ce cas, le principe du guichet unique n'existe plus, puisque l'existence d'un droit de veto conféré aux États membres leur permet de garder une compétence pour examiner l'opération. Pour l'article 9, la demande de l'État membre peut être partielle. Une partie de l'opération est donc examinée par la Commission européenne, et l'autre par l'État membre qui en a fait la demande. Nous avons connu plusieurs cas qui concernent la France, avant 2009 : Carrefour-Promodès, comme Didier Théophile l'a indiqué, mais également dans le secteur

des casinos. Sur 118 demandes de renvoi fondées sur l'article 9, 44 ont donné lieu à un renvoi total et 45 ont donné lieu à un renvoi partiel. Ainsi, une fois sur deux, l'article 9 peut donner lieu à un double examen d'une opération, certes sur des marchés distincts. En outre, une opération qui aurait pu être notifiée à une seule autorité de concurrence, en l'occurrence la Commission européenne, pouvait donc donner lieu à deux notifications distinctes.

L'article 22 peut également donner lieu à des renvois partiels. Ainsi, une autorité nationale de concurrence peut, si elle est compétente pour examiner l'opération et si elle décide de ne pas se joindre à la demande de renvoi formulé par un autre État membre, continuer à appliquer sa législation nationale sur l'opération qui la concerne.

Une troisième difficulté a été identifiée puisqu'en l'absence d'un cadre commun de règles procédurales applicables à l'ensemble des opérations transfrontalières, les dossiers doivent être, le cas échéant, retravaillés. Plusieurs questions se posent alors, comme celle de la langue, des informations requises en fonction des différents dossiers, de la pratique décisionnelle pertinente, etc. Si une entreprise se trompe de guichet, il est possible que cela engendre un coût supplémentaire pour refaire un dossier conforme aux standards légaux de l'autorité qui examine l'opération.

Le dernier point sur lequel j'aimerais insister concerne les divergences d'interprétation ou de test entre les autorités de concurrence qui examinent une même opération de concentration. Je souhaiterais mettre fin aux fausses informations. Ces critiques concernent des cas exceptionnels. Le rapport confié par l'Autorité à Fabien Zivy, intitulé « Pour un contrôle des concentrations plus simple, cohérent et stratégique en Europe », cite trois cas dans lesquels nous avons pu avoir des décisions en apparence divergentes qui concernent des opérations examinées par deux autorités de concurrence : *Pan Fish/Marine Harvest* (2006), *Akzonobel/Metlac* (2012) et *Eurotunnel/MyFerryLink* (2012). Il convient de relativiser ces divergences d'interprétation apparentes. Premièrement, il ne s'agit que de trois décisions parmi plusieurs dizaines de milliers de décisions rendues par l'ensemble des autorités de concurrence européennes depuis 1990. Deuxièmement, il convient de s'interroger sur les causes et sur la réalité de ces divergences pour s'apercevoir que, pour au moins deux des trois cas cités, elles ne relèvent pas d'une véritable différence d'appréciation de l'opération.

Pour *Pan Fish/Marine Harvest*, l'autorité française et l'autorité britannique ont examiné la même opération dans le secteur du saumon : les marchés, de dimension européenne, étaient identiques. Dans cette affaire, l'autorité française a autorisé l'opération avec un remède qui consistait en une cession de fermes d'élevage en

Écosse. L'autorité britannique a autorisé sans condition l'opération. En réalité, quand on lit la décision anglaise, on comprend pourquoi elle n'a pas prévu d'engagement. En effet, la décision française est intervenue deux ou trois semaines avant la décision anglaise. Ainsi, l'autorité anglaise a tenu compte du fait qu'un engagement avait été pris devant l'autorité française et que, en tout état de cause, cet engagement permettait d'autoriser l'opération sans engagement.

Pour *Akzonobel/Metlac*, l'autorité britannique et l'autorité allemande ont examiné la même opération dans le secteur des revêtements d'emballage en rendant une décision avec engagement pour la première et une décision sans condition particulière pour la seconde. Si les deux décisions étaient différentes, c'est parce que le test utilisé n'était pas le même. À l'époque de l'examen de l'opération, le *Bundeskartellamt* a appliqué un test de la dominance, alors que l'autorité anglaise a appliqué un test de réduction significative de concurrence. L'explication ne repose donc pas sur une réelle divergence d'interprétation.

Il reste un seul cas qui, finalement, a fait couler beaucoup d'encre et qui a été assez préjudiciable pour les entreprises. Il s'agit de l'affaire *Eurotunnel/MyFerryLink* qui concernait un même marché et qui reposait sur un même test. Elle a donné lieu à deux décisions finalement différentes rendues par deux autorités, mais elle constitue, à ce jour, une exception.

Martine Behar-Touchais : Le renvoi pose tout de même des difficultés de délais, de divergences d'interprétation, de test, de procédure. Mais, à d'autres égards, il est tellement souple, qu'il a permis, finalement, d'être la solution à certaines difficultés nouvelles. Peut-être, a-t-il été aussi efficace qu'un réseau. Je pense, bien sûr, aux concentrations du numérique, pour lesquelles je me tourne vers Monsieur Vande Walle.

Simon Vande Walle : Oui effectivement ces dernières années, un débat a fait surface quant à la question de savoir si les seuils de notification prévus par le règlement sur les concentrations, qui sont basés sur le chiffre d'affaire, sont suffisamment effectifs, surtout dans le secteur du numérique. Les concentrations dans le secteur pharmaceutique sont aussi souvent mentionnés. En matière de numérique, il arrive qu'une grande entreprise, type Facebook ou Apple, acquiert une entreprise à faible chiffre d'affaires, par exemple WhatsApp ou Shazam. Dans ce cas, l'entreprise cible n'a peut-être pas un gros chiffre d'affaires mais elle peut quand même jouer un rôle dans la concurrence, avoir beaucoup d'abonnés, ou détenir des données importantes. Toutefois, en raison de leur faible chiffre d'affaire, ces concentrations ne seraient pas appréhendées par les seuils du règlement. Cela arrive surtout dans le secteur du numérique car le modèle des start-ups consiste, en un premier temps, en l'acquisition d'abonnés. La

monétisation n'est engendrée que par la suite. Il y a donc un débat sur la possibilité de faire évoluer les seuils européens par exemple en introduisant des seuils, non pas fondés sur le chiffre d'affaire, mais sur la valeur de l'opération.

Cependant, jusqu'à présent, le mécanisme de renvoi a également joué un rôle important précisément pour appréhender ce type d'opération. En effet, notamment l'acquisition de WhatsApp par Facebook, et l'acquisition de Shazam par Apple, n'ont pas atteint les seuils européens de notification mais ont tout de même été examinées par la Commission, et ce parce qu'ils ont été renvoyés à la Commission. Le cas *Facebook/WhatsApp* était un renvoi à la demande des parties sur la base de l'article 4(5). Le cas *Apple/Shazam* a quant à lui été renvoyé sur la base de l'article 22 ; il y avait donc plusieurs États membres qui avaient demandé le renvoi vers la Commission. Dans ces cas précis, plusieurs États membres – avec des seuils de notification différents – appréhendent l'opération et cela déclenche ensuite le renvoi vers la Commission.

Ainsi, on pourrait voir le mécanisme de renvoi comme une sorte de filet de sécurité. C'est un moyen d'assurer l'examen par la Commission d'opérations qui autrement lui échapperaient. Ces opérations peuvent être appréhendées par plusieurs États membres et ensuite renvoyées à la Commission si l'examen de ces cas par la Commission, est plus approprié. Il est intéressant de noter que l'Allemagne et l'Autriche ont récemment introduit dans leurs législations des seuils de notifications fondés sur la valeur de la transaction, dans le but d'appréhender d'avantage d'acquisitions dans le secteur du numérique. Personnellement, je trouve qu'il s'agit là d'une richesse du système Europe. Le débat sur les seuils de notifications dans le secteur du numérique se déroule dans beaucoup de pays partout dans le monde, par exemple au Japon et en Australie. Mais pour ces pays, l'enjeu est plus grand du fait qu'ils n'ont pas le bénéfice du système européen décentralisé de contrôle des concentrations avec 28 États membres, tous avec leurs propres seuils et avec une certaine variété. Cela réduit sans doute le risque que d'importantes opérations telle que l'acquisition de WhatsApp par Facebook ne soient pas examinées. C'est un aspect du système du renvoi auquel nous ne pensions peut-être pas il y a 10 ans ou 20 ans, mais qui est devenu plus important dans les dernières années.

Martine Behar-Touchais : C'est un élément qui montre que le renvoi est flexible, qu'il peut être utilisé pour finalement d'autres choses que ce à quoi nous avions pensé au départ. Or, cette flexibilité est aussi typique d'un réseau, comme le REC. Quand on voit en antitrust comment le REC a permis la désignation d'autorité-chef de file, par exemple dans les affaires *Booking*, alors que ce n'était pas vraiment prévu, on voit la souplesse du système. Si un réseau permet cette

souplesse, le renvoi permet aussi cette flexibilité. Maître Théophile, qu'en pensez-vous ?

Didier Théophile : Les questions numériques, l'introduction de seuils, le contrôle *ex post* sont autant de sujets qui se recoupent d'une manière ou d'une autre. L'Allemagne et l'Autriche ont décidé d'adopter des seuils en valeur de transaction. Cette solution existe déjà aux États-Unis. La France a fait un choix différent, pour l'instant elle n'a pas retenu ce test. Les praticiens y sont en général opposés. La grande majorité des praticiens sont à la fois opposés à l'imposition de nouveaux seuils parce que cela obligerait les entreprises à faire de nouvelles notifications et ils sont encore plus opposés à des contrôles *ex-post* confiés aux autorités de concurrence au titre du contrôle des concentrations. L'explication tient au fait que cela impose une nouvelle contrainte. Je conçois tout à fait que nous puissions considérer que certaines entreprises mettent en œuvre des acquisitions dénommées *killing acquisitions*, c'est-à-dire qui permettent de tuer des jeunes pousses qui vont se développer. Mais sur ce point-là, comme nous l'avons avec l'affaire *Facebook/WhatsApp*, le mécanisme des renvois a permis à la Commission de contrôler. Ainsi, un ou deux États membres ont été chefs de file pour demander le renvoi à la Commission sur le fondement de l'article 22 du règlement. Il est vrai que l'article 22, que l'on appelle la « clause hollandaise », devait permettre à l'origine de contrôler des opérations au niveau communautaire lorsqu'au niveau national il n'y avait pas de contrôle des concentrations. L'article 22 aujourd'hui permet d'élargir la base puisque des autorités considérant qu'il serait utile d'avoir une sorte de contrôle unifié renvoient à la Commission européenne plutôt que de conserver le cas. Elles y voient certainement un enjeu de politique de concurrence à l'échelle de l'Union. Il y a des secteurs qui sont plus sensibles et elles peuvent relever que la Commission les connaît bien dans la mesure où celle-ci mène des enquêtes antitrust en parallèle. Pour éviter tout décalage, certaines autorités vont préférer renvoyer le dossier à la Commission. Les États membres discutent au sein du réseau et voient certainement un intérêt à aussi unifier le contrôle des concentrations, une pratique commune qui après pourra être mise en œuvre de manière plus harmonisée par les autorités nationales. Il y a une logique à tout cela.

Est-ce que les renvois suffisent ou est-ce qu'il serait utile d'introduire des seuils en valeur ? J'ai le sentiment que les renvois suffisent, mais c'est un point de vue qui est personnel.

Martine Behar-Touchais : En tout état de cause, nous voyons que c'est une technique souple, flexible qui permet de régler différents cas. Mais là, nous venons de vous exposer un peu le renvoi en droit positif. Mais quelles sont en fait les perspectives d'avenir du renvoi ? C'est d'abord vers Monsieur Vande Walle que je

me tourne, afin qu'il nous dise quelques mots du Livre blanc « Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE (COM (2014) 449 final) ».

Simon Vande Walle : Le livre blanc de 2014 a proposé quelques modifications, pas fondamentales mais des améliorations. La première concerne le point que Didier a mentionné sur les renvois fondés sur l'article 4(5), donc le type de renvoi le plus populaire et le plus courant. Il est vrai qu'il y a deux étapes. Les parties doivent d'abord notifier un mémoire motivé, le *form RS*. Puis, dans un deuxième temps, si aucun État membre n'émet d'objection contre le renvoi, ce qui est en général le cas, il y a le formulaire CO qui doit être déposé. C'est un peu lourd, et donc la première proposition dans le livre blanc c'était de permettre aux entreprises de déposer directement le formulaire CO. Les États membres pourraient alors réagir à partir de ce moment-là.

Une deuxième proposition d'amélioration concernait les renvois fondés sur l'article 22, soit les renvois initiés par les États membres vers la Commission. Dans le système en vigueur, le renvoi ne s'applique que pour les États membres qui demandent le renvoi. La Commission n'a donc pas compétence pour traiter des effets de la concentration partout en Europe. Elle traite seulement des effets dans les États membres qui ont demandé le renvoi. Cela mène parfois à des procédures parallèles et, par conséquent, à une certaine fragmentation. Le livre blanc proposait donc que s'il devait y avoir un renvoi vers la Commission conformément à l'article 22, l'affaire serait alors renvoyée pour toute l'UE.

Le troisième élément concernait les renvois sur la base de l'article 4(4). Pour ces renvois, les parties doivent démontrer que la concentration « risque d'affecter de manière significative la concurrence sur un marché ». Cette condition est perçue par les entreprises comme un élément auto-incriminatoire. Jérôme vient de dire, statistiques à l'appui, qu'à l'issue d'environ 50% des renvois fondés sur l'article 4(4), l'autorité française finalement approuve la transaction sans conditions. Il est donc erroné qu'un renvoi fondé sur l'Article 4(4) mène toujours à une situation dans laquelle l'autorité nationale identifie des problèmes de concurrence. Toutefois, cela reste perçu comme un élément auto-incriminatoire. La Commission avait donc proposé que les parties puissent demander un renvoi 4(4) sans cet élément auto-incriminatoire.

Pour terminer, je répondrai à un propos tenu par Florian quant à l'affaire *Siemens/Alstom*. Que ce serait-il passé si ce n'était pas la Commission qui avait examiné la concentration mais les États membres ? Dans ce cas, la concentration aurait été notifiée, je suppose, à une dizaine ou même une vingtaine d'autorités nationales en Europe, parce que Siemens et Alstom ont un chiffre d'affaires partout en Europe. Il y aurait donc eu une multitude de notifications. Je suppose que

l'autorité belge aurait interdit la transaction puisqu'elle a publiquement déclaré que la transaction aurait des effets néfastes sur la concurrence en Belgique. Je suppose que les autorités anglaises et espagnoles l'auraient interdite aussi. Le même raisonnement peut être tenu quant au *Bundeskartellamt* dans la mesure où l'autorité allemande a également reconnu que la concentration risquait d'entraver la concurrence. Toujours en Allemagne, y aurait-il eu un *Ministererlaubnis* ? Mais cela n'aurait des effets que pour la partie allemande de l'affaire. Au bout du compte, nous aurions abouti au même résultat, mais avec beaucoup plus de frais et beaucoup plus de temps. L'affaire *Siemens/Alstom* est donc une affaire qui montre que les renvois ne sont pas une solution à tout et que certaines affaires, d'envergure européenne, ont le mérite d'être traitées par la Commission.

Martine Behar-Touchais : Ceci nous amène à la dernière question, celle qui a justifié cette table ronde : avons-nous besoin d'un réseau des autorités des États membres en matière de concentration ou est-ce que les techniques de renvoi finalement remplissent peu ou prou le même office ? Je donne à nouveau la parole à Monsieur Vande Walle.

Simon Vande Walle : Laurence a fait une analyse très approfondie plus tôt ce matin et il est vrai que d'un point de vue juridique, il n'existe pas de réseau en matière de fusion. Cependant, sur la base de mon expérience personnelle, j'estime que, dans la réalité de tous les jours, nous en sommes pas loin. L'envie me vient presque de dire : « *what's in a name ?* ». Dans chaque affaire notifiée à la Commission, il y a effectivement un échange d'informations accru. Le formulaire CO, qui contient les informations sur toutes les marchés concernés est automatiquement envoyé, le jour même de la notification ou le lendemain, à tous les États membres. Ce ne sont donc pas seulement les États membres qui sont directement concernés qui le reçoivent mais tous les États membres. Avec 400 concentrations notifiées par an, 28 États membres et des formulaires CO qui comptent parfois des centaines de pages, c'est un miracle que cela fonctionne mais heureusement c'est notre greffe qui s'en occupe, avec l'aide d'un système informatique. Il en va de même avec les remèdes éventuels qui sont soumis par les parties et les décisions d'ouvrir une phase deux. Donc toutes ces décisions, tous ces documents, sont partagés d'office.

En outre, chaque projet de décision de la Commission en phase deux est soumis aux États membres dans le Comité consultatif. Et dans chaque affaire complexe, il y a une coopération intense avec les autorités nationales. Il est donc incontestable que les États membres sont étroitement liés à la procédure au niveau européen. En revanche, et c'est peut-être là la grande différence avec le REC, il est vrai que l'inverse est beaucoup moins fréquent. La commission est moins associée aux décisions des États membres, bien que là aussi il y ait des échanges. Cela

s'explique évidemment par le fait qu'ils n'appliquent pas les mêmes règles substantielles. Tout bien considéré, je trouve que le système est plutôt équilibré et je ne vois pas directement ce qu'apporterait un réseau plus formel, comme le REC.

Martine Behar-Touchais : Ce ne sont pourtant pas les mêmes règles de droit qui sont appliquées. Monsieur Vidal, qu'en pensez-vous ?

Jérôme Vidal : Effectivement, avant d'envisager l'existence d'un tel réseau que l'autorité a appelé de ses vœux et qu'elle continue à appeler de ses vœux, il conviendrait d'harmoniser les droits nationaux dans la mesure où chaque État membre applique son droit national qui peut parfois être très différent. Laurence Idot, ce matin, nous en a donné quelques exemples : les systèmes anglais et suédois reposent sur un système de contrôle *ex post*. L'Allemagne et l'Autriche ont introduit des seuils de contrôle en valeur de transaction. L'Espagne a, pour la contrôlabilité d'une opération, un seuil en termes de parts de marché.

La notion de concentration diffère également entre le droit allemand et le droit français. Il y a un exemple récent concernant une opération examinée conjointement par l'Autorité française et l'Autorité allemande de concurrence. Dans ce dossier, l'Autorité a conclu que l'opération n'était pas notifiable en France, car elle ne correspondait pas à la définition de l'article L. 430-1 du code de commerce, mais qu'elle était bien notifiable en Allemagne. Elle a ainsi été autorisée en Allemagne, tandis qu'en France, elle a fait l'objet d'une lettre de confort confirmant que le droit français ne s'appliquait pas. Nous avons bien une même opération de concentration examinée par deux autorités distinctes et finalement deux décisions différentes. Il y a enfin l'existence dans plusieurs États membres d'un pouvoir d'évocation ministériel qu'on ne retrouve pas partout.

Le rapport de 2013, dont nous avons beaucoup parlé ce matin, contient dix recommandations, parmi lesquelles figure le fait d'appliquer le Règlement n° 139/2004 et les communications, et notamment la communication consolidée en cas d'opérations transfrontalières par l'autorité la mieux placée sur le modèle de l'application des articles 101 et 102 du Traité. Il y a également la recommandation numéro 1 qui consiste à élargir le champ d'application du renvoi article 4(5) (aujourd'hui, notification dans au moins trois États membres) à une notification de l'opération à au moins deux États membres. Toutefois, compte tenu du fait que ces opérations ne sont généralement pas des opérations problématiques, ces renvois pourraient accroître considérablement la charge de la Commission européenne qui, au vu des dernières statistiques, est en train de battre des records d'examen d'opérations. Il y a donc un arbitrage important à faire entre les coûts et les avantages, à la fois pour les entreprises et pour les autorités de concurrence. Néanmoins, je rejoins ce qui avait déjà été dit à l'époque et ce que vient de dire

Simon ; de notre point de vue, moyennant une exception dont on a également beaucoup parlé aujourd'hui, c'est un système qui fonctionne globalement bien.

Martine Behar-Touchais : C'est très intéressant de voir que, même si vous ne représentez pas les institutions dont vous émanez, l'un et l'autre vous pensez que le système actuel suffit et qu'il n'y a pas besoin d'un réseau des autorités de concurrence.

Jérôme Vidal : Cela n'empêche pas l'Autorité d'appeler de ses vœux la création, à terme, d'un réseau européen de concurrence plus intégré en matière de contrôle des concentrations. Il faut regarder notamment la réponse de l'Autorité française en 2016 à la suite de la consultation de la Commission européenne : tout ce qui va dans le sens d'une harmonisation va dans le bon sens.

Martine Behar-Touchais : C'est pour cela que j'avais bien dit que vous ne représentiez pas l'Autorité. Et ici votre discours a été tout de même de dire que ça fonctionne bien actuellement et qu'il y aurait peut-être plus de coûts à changer de système, sans amélioration profonde. Mais alors, finalement, si nous nous sommes posé la question, c'est à cause de l'affaire *Eurotunnel/MyFerryLink*. Je vais me tourner vers Maître Théophile : s'il y avait eu un réseau, pensez-vous que cette affaire aurait été traitée différemment ?

Didier Théophile : Lorsque j'ai été invité à présenter une contribution à ce colloque, je dois avouer très candidement que je ne m'étais jamais posé la question de savoir s'il fallait un réseau en matière de contrôle des concentrations. Le système de renvoi fonctionne plutôt bien.

Généralement c'est lorsque les choses ne fonctionnent pas très bien que nous cherchons à les améliorer. Les autorités se parlent et il y a une volonté d'harmoniser au mieux les choses. Les autorités ont conscience du fardeau qui pèse sur les entreprises et elles cherchent à améliorer au mieux les processus. En concentration, nous ne sommes pas dans un contentieux, mais plus dans un travail d'équipe. Faut-il un réseau ? Je n'en suis pas convaincu, car le système fonctionne plutôt bien. Je ne suis pas enclin à dire qu'il faut forcément un réseau structuré comme l'est le REC en matière d'antitrust, dès lors que le dialogue informel fonctionne.

En revanche, il me semble utile, pour les cas présentant un risque de divergence d'interprétation entre autorités, de prévoir un mécanisme d'harmonisation. Un arbitrage pourrait être demandé à la Commission. S'il y avait une amélioration à proposer, ce pourrait être celle-là.

Martine Behar-Touchais : Une médiation alors ?

Didier Théophile : Nous pourrions améliorer le règlement en ouvrant la possibilité aux autorités de s'adresser à la Commission lorsqu'elles éprouvent une difficulté d'application. Cela permettrait d'éviter les rares cas dans lesquels, sur l'application d'un test identique, nous assistons à une conclusion différente, car ceci crée du désordre. La Commission pourrait être utile non pas nécessairement en ayant un pouvoir de décision, mais au moins en permettant un arbitrage.

Il me semble également qu'une harmonisation de certaines législations nationales devrait intervenir, comme l'a indiqué Jérôme. Il est tout de même perturbant que dans certains pays nous notifions lorsqu'une entreprise dépasse 25% du capital de la cible, comme en Allemagne et en Autriche. En Allemagne, il y a un test encore différent : si vous êtes un proche concurrent et que vous atteignez 7 ou 8% du capital de la cible, vous pouvez être amené à notifier. En Espagne, vous avez un test en parts de marché. Lorsque la définition de marché n'est pas établie ou est contestée devant différentes autorités, vous vous posez la question de savoir si vous devez notifier ou pas. Le test en part de marché est très délicat et est contestable à mes yeux. Pour ces raisons, je pense qu'il y a là un besoin d'harmonisation.

Il faudrait également qu'existent des mécanismes de déclenchement des notifications aussi harmonisés que possible. De même, il serait souhaitable que les durées des procédures de contrôle soient harmonisées. Quant aux procédures de contrôle elles-mêmes, elles sont à peu près harmonisées. Chaque pays a ses particularités. Mais, dans l'ensemble, cela est acceptable.

Faut-il un réseau pour arriver à une meilleure harmonisation ? Cela ne semble pas nécessaire.

Martine Behar-Touchais : Il faudrait donc des améliorations de l'existant, sans pour autant créer un réseau. Il reste tout de même une question qui ne sera pas réglée par ces améliorations : celle du renvoi horizontal. Comme Laurence l'a indiqué, nous ne l'avons pas dans les textes. Or, le Professeur Florian Bien a précisément un cas où un tel renvoi aurait été opportun.

Florian Bien : Merci beaucoup de me permettre de revenir sur ce cas assez particulier, concernant un fabricant français d'arômes, Orsan. Le produit problématique d'un point de vue concurrentiel était un condiment, plus exactement le « glutamate monosodique », utilisé notamment en cuisine asiatique. L'entreprise française en cause, la cible de la transaction, était le seul fabricant de ce condiment en Europe. Hormis le producteur français, seules des usines

asiatiques produisaient ce condiment. Parmi eux, l'acheteur, une entreprise japonaise nommée Ajinomoto, était le leader mondial dans le secteur. C'est à cause des seuils de notification et d'un certain nombre de clients implantés outre-Rhin qu'il fallait notifier cette transaction en Allemagne, et cela, malgré le fait que la cible était bien un producteur français établi en France. L'usine française concernée était implantée en Picardie, une partie de la France pouvant, malgré son grand intérêt touristique, être considérée comme structurellement faible. Le risque d'une perte importante d'emploi était alors considéré comme réel. C'est la raison pour laquelle le ministre de l'Économie français avait envoyé une lettre au président du *Bundeskartellamt* pour lui demander d'autoriser le projet de rachat. Une certaine pression politique pesant sur le *Bundeskartellamt* pouvait être constatée du côté français, alors qu'il se voyait confronté au souhait très clairement exprimé de donner son feu vert à cette opération qui risquait d'aboutir à une accumulation de 2/3 des parts de marché. Après avoir constaté dans sa décision finale un problème majeur d'ordre concurrentiel, le *Bundeskartellamt* a néanmoins autorisé cette affaire en imposant des conditions que l'on doit qualifier de placebos. En effet, il s'agissait d'un engagement contraire au droit de l'Union européenne, à savoir l'interdiction à Orsan de demander à la Commission européenne de prendre des mesures *antidumping* envers les pays asiatiques et leurs producteurs de condiments. À mon avis, c'est assez clair – et cela a même été confirmé par certains propos du président de l'office – que le *Bundeskartellamt* a opté pour une certaine retenue diplomatique envers la France. L'on n'a pas voulu empêcher une opération ayant bénéficié d'un soutien politique français et qui n'avait par ailleurs qu'une incidence marginale sur le marché allemand. À vrai dire, il s'agissait d'un marché d'une importance très modeste, à hauteur de 26 millions d'euros et donc juste au-dessus du seuil de bagatelle. Pour moi, il s'agit là d'une affaire que l'on aurait peut-être dû transférer ou renvoyer, si cela avait été possible, devant l'autorité de la concurrence française pour que les administrations françaises traitent de ce dossier politiquement sensible.

Martine Behar-Touchais : Donc il pourrait y avoir des cas tout de même ou un renvoi horizontal pourrait être intéressant pour ne pas avoir précisément à statuer sur des pressions diplomatiques.

Mais bien sûr la question s'est posée de l'existence d'un réseau.

Florian Bien : Permettez-moi de revenir sur les questions soulevées par Simon Vande Walle relatives au numérique et à l'importance du renvoi. Il convient de rappeler que le système de renvoi présente parfois des avantages très nets. Je pense à l'affaire du rachat de WhatsApp par Facebook pour 19 milliards d'euros sur laquelle nous allons revenir plus en détail cet après-midi. C'est une affaire qui, j'imagine que cela fait ici l'unanimité, doit être traitée au niveau européen et non

pas par un État membre tel que Malte ou autre. (Dans sa décision, la Commission ne nous a pas divulgué les trois juridictions auxquelles le projet de fusion avait dû être notifié avant la demande de renvoi.) Au premier regard, l'on pourrait penser qu'il faudrait éventuellement abaisser les seuils de notification au niveau européen pour faire face à de tels cas, à l'instar de la réforme introduite en Allemagne et en Autriche. Je serais plutôt sceptique concernant une telle solution au niveau européen, car cela aurait un impact sur une question assez sensible liée à la compétence, à savoir sur la question de l'allocation des cas entre Bruxelles et les États membres. Nous avons déjà en l'état actuel un problème à ce niveau-là, car les seuils n'ont pratiquement pas changé, et cela malgré une inflation constante. Ainsi, le nombre de dossiers devant être examinés au niveau européen augmente d'année en année. Il en résulte qu'un abaissement net des seuils de notification aussi au niveau européen conduirait la Commission à pêcher des dossiers qui nagent, si vous permettez cette image, encore plus profondément dans la mer. Par conséquent, les États membres ne pourraient se pencher que sur un nombre assez limité de dossiers. J'en conclus qu'il vaut peut-être mieux avoir quelques États membres tels que l'Espagne, la République de Malte et depuis peu l'Allemagne et l'Autriche, qui peuvent forcer une notification de ces cas au niveau national pour ensuite, le cas échéant, les renvoyer à Bruxelles, à l'image de l'affaire Facebook et WhatsApp.

Martine Behar-Touchais : Merci beaucoup. Je pense que maintenant c'est à la salle de poser des questions.

Catherine Prieto : Je voudrais faire une première observation. Il se dégage de l'ensemble du débat qu'un réseau n'est peut-être pas si utile. En réalité, il me semble que s'il ne l'est pas, c'est pour la simple raison que le contrôle des concentrations profite du règlement n° 1/2003 sur la mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE. Ce n'est pas si paradoxal en ce sens que des habitudes d'échange d'informations et d'analyse se sont bien installées entre les agents des institutions. L'ampleur de cette coopération est telle qu'elle ne pouvait pas être envisagée avant 2003 et encore moins acceptée par les entreprises. Or, nous avons tous relevé le propos de Didier Théophile : « nous savons bien que les autorités nationales se parlent et qu'il y a une volonté d'harmoniser les analyses » dans l'application des droits nationaux du contrôle des concentrations et du droit de l'Union. Ce constat aurait suscité un tollé avant la création du REC par le règlement n° 1/2003. En tous les cas, il est clair que les autorités nationales ont pris le goût d'échanger, car elles s'en trouvent confortées dans leurs approches ou la manière de traiter de nouveaux défis.

Une deuxième réflexion me vient. Elle tient à la charge des entreprises due aux pluri-notifications. Lorsque l'on s'en tient aux seuls pays de l'Union, la charge peut

ne pas aller au-delà de trois notifications. Mais est-ce vraiment une charge d'une lourdeur qui contraint les entreprises à demander un renvoi ? Dans l'ensemble, si ce n'est l'exemple de l'Espagne avec ses seuils en parts de marché, les procédures sont déjà bien harmonisées.

Didier Théophile : Si le dossier ne pose pas de difficulté, c'est assez facile à gérer, car, aujourd'hui, les formulaires sont assez similaires. Le formulaire maximaliste, c'est le formulaire de la Commission.

Catherine Prieto : Sur l'impulsion des entreprises, il y eut tant de colloques, de travaux au sein de l'OCDE et de l'ICN sur les travers des pluri-notifications que l'harmonisation a largement avancé, tout particulièrement dans l'Union.

Didier Théophile : Il y a une vraie différence lorsque 3 ou 4 notifications sont nécessaires dans un dossier qui ne pose pas de difficulté. Avec les procédures simplifiées, la connaissance que nous pouvons avoir d'un marché, de l'entreprise, nous ne nous attendons pas à beaucoup de surprises. Nous ne gagnerons pas de temps en renvoyant à Bruxelles un dossier qui ne pose pas de difficulté devant 3 ou 4 juridictions. En revanche, s'il y a 3 ou 4 notifications dont je sais qu'elles vont poser des problèmes de concurrence, je vais certainement me poser plus sérieusement la question du renvoi à Bruxelles. Je sais que c'est un dossier de longue haleine si j'ai des difficultés avec une longue pré-notification. Dans ce cas, je peux avoir intérêt à essayer de renvoyer le dossier auprès de la Commission.

Les pluri-notifications devant 3 ou 4 autorités relèvent du quotidien. Les difficultés commencent lorsque sont concernées les autorités des États-Unis, de la Chine et puis du Brésil. L'obligation de notifier dans tous les pays d'Amérique du Sud, en Afrique, en Asie pose de vraies difficultés. La question des renvois ne se pose plus car, en tout état de cause, nous aurons un gros pavé de notifications. Un calendrier des notifications sera mis en place à partir de matrices que nous possédons pour 50 à 60 pays. L'on se rend compte que, en général, si nous avons un risque de phase 2 (en mettant le Brésil de côté, car c'est un système un peu particulier sur les phases 2), le calendrier devant la Commission européenne est souvent le plus long. À Bruxelles, pour une opération compliquée, il faut compter 12 mois entre l'annonce et la décision d'autorisation de phase 2. Les pré-notifications peuvent être engagées avant l'annonce, ou on engage la pré-notification après, mais en moyenne les calendriers qui existent dans les cabinets d'avocats pour des opérations complexes reposent sur 12 mois entre l'annonce et l'autorisation.

Un *second request* américain, sauf cas exceptionnel, ne prend en général pas plus de temps qu'une phase 2 en Europe. Les statistiques sont un peu plus

compliquées à établir aux USA, car le système américain n'est pas aussi transparent que la Commission. La Chine faisait figure d'épouvantail pendant des années. Tout le monde avait peur de notifier en Chine parce qu'on pensait que les délais exploseraient. Aujourd'hui, la Chine a un formulaire qui est quasiment identique au formulaire CO et elle a des *guidelines* qui ressemblent très fortement aux *guidelines* de la Commission. Il subsiste cependant une incertitude politique sur certaines opérations. Mais les délais de traitement des opérations *lambda* en Chine sont rapides.

Ensuite se pose le problème du contrôle *ex post* qui existe dans certains pays comme l'Argentine ou l'Angleterre. Hormis l'hypothèse où l'un de ces pays est un pays majeur pour l'opération, les entreprises vont malgré tout effectuer ce qu'on appelle un *closer*, c'est-à-dire qu'elles vont réaliser l'opération lorsqu'elles ont obtenu toutes leurs autorisations *ex ante*. Elles vont continuer le processus de notification, tout en sachant qu'il peut y avoir un petit risque. La plupart des législations nationales en matière de contrôle des concentrations imposent ce qu'on appelle un « *bar* », c'est-à-dire une interdiction mondiale au « *closing* » : même si vous notifiez dans un pays *lambda*, la France par exemple, vous ne pouvez pas réaliser votre opération globalement. Vous ne pouvez pas non plus la réaliser partout sauf dans ce pays *lambda*. Il n'y a que la Russie qui l'autorise dans des cas un peu particuliers. Ainsi, le *multi-filing*, comme on l'appelle, va poser des questions très différentes selon que les notifications sont à faire seulement en Europe ou ailleurs dans le monde. Enfin, les enjeux véritables sont posés dans l'hypothèse où l'opération soulève des difficultés de concurrence.

Catherine Prieto : Les stratégies des entreprises s'appuient-elles sur la réputation de certaines autorités nationales à être plus ou moins exigeantes par rapport à la Commission ?

Didier Théophile : Pour des marchés locaux, au niveau national, les autorités nationales vont être très exigeantes. L'analyse sera réalisée de manière très serrée.

Je peux cependant vous donner un contre-exemple. Il y a assez longtemps maintenant, nous avons notifié une opération qui concernait trois États membres et nous avons obtenu un renvoi à Bruxelles. Dans un pays, nous avons un vrai problème de parts de marché, c'est-à-dire que, sur un segment mineur, les parties détenaient 80% de parts de marché. Nous avons choisi d'être transparents et nous étions allés voir l'autorité nationale pour lui indiquer ce « petit sujet », en précisant qu'il n'y avait pas de difficulté ailleurs. L'autorité nationale en question nous a alors déclaré qu'elle ne s'opposerait pas au renvoi, alors qu'elle aurait pu vouloir le regarder de très près.

Dans une autre affaire, nous avions à notifier dans 20 pays à peu près, dont la Commission et les États-Unis. C'était un cas qui pouvait, selon les analyses, se retrouver en phase 2. Nous avons notifié rapidement aux États-Unis parce que le formulaire initial est très léger. Nous pensions de manière intuitive que cela nous donnerait « psychologiquement » un avantage, car les autorités américaines et européennes allaient se parler. L'analyse serait plus souple aux États-Unis et nous pensions avoir des chances d'obtenir une autorisation assez rapidement. Ayant obtenu une autorisation américaine, nous pensions que cela pourrait jouer positivement sur la Commission. Nous ne saurons pas si cela a joué, mais cela nous a mis en confiance d'avoir coché cette case américaine.

Laurence Idot : C'était davantage dans le prolongement de ce qui vient d'être dit. Quand on regarde les statistiques sur les demandes de renvoi, on constate qu'il a quand même une tendance à la baisse des renvois ascendants. Alors Didier a été « courtois », mais, il y a deux ou trois ans environ, j'entendais le même discours de la part des praticiens, notamment pour des affaires de moyenne importance. Je laisse de côté les gros cas que vous avez mentionnés. Le discours était que 3 ou 4 notifications étaient beaucoup plus faciles à gérer qu'une seule notification à la Commission européenne après renvoi, du fait notamment des contraintes beaucoup plus lourdes imposées par cette dernière. En dehors des questions de concurrence, il y avait des contraintes d'ordre pratique qui faisaient que finalement il était plus facile de gérer deux ou trois notifications plutôt qu'une grosse notification à Bruxelles.

Didier Théophile : Je suis assez d'accord, ça peut l'être. Il me semble que les procédures simplifiées fonctionnent un peu mieux à Bruxelles. Aujourd'hui, elles sont rapides. À une époque, on se demandait si nous étions vraiment en procédure simplifiée. Je peux prendre l'exemple d'un dossier relatif à la Française des jeux et Groupe Barrière pour des jeux *online*. À l'époque, le marché était en cours de dérégulation. Je vous assure que dans le formulaire dit « simplifié », j'ai dû définir environ 40 marchés et sous marchés potentiels.

Sur la question des renvois, j'ai noté aussi qu'il y avait une petite baisse. Il y a eu un certain engouement au début, puis le nombre a baissé et nous avons aujourd'hui une stabilisation. Quand une affaire est simple, cela reste quand même un peu plus facile à gérer au niveau local, notamment parce qu'existent aussi des procédures simplifiées au plan national, ce qui n'existait pas toujours avant.

Laurence Idot : Oui, c'est pour cela que j'ai précisé que c'étaient des propos entendus il y a deux ou trois ans.

Didier Théophile : Je suis assez d'accord et j'ai un peu regardé ce qui se faisait. Et typiquement, pour les fonds d'investissement qui sont des acteurs extrêmement importants des fusions-acquisitions aujourd'hui, un bon nombre d'entre eux bénéficient de procédures simplifiées. Et souvent, ces fonds qui ont une grande expérience des notifications vont privilégier 3 ou 4 notifications nationales en procédure simplifiée plutôt qu'un renvoi.

Simon Vande Walle : Afin de compléter ce qui précède, concernant la procédure simplifiée, je ne connais pas par cœur la durée moyenne mais elle se situe bien en dessous des 25 jours ouvrables. Il y a des cas où la procédure finit en 16 ou 17 jours. Mais il est vrai que, même si cela dure 16 jours, si c'est après un renvoi, alors 15 jours ouvrables sont déjà perdus avec le formulaire RS. Ainsi, je crois que c'est légitime que les entreprises préfèrent parfois de faire trois ou quatre notifications au niveau national.

Didier Théophile : Encore une fois, lorsqu'il y a un cas qui pose vraiment problème, pourquoi le renvoyer à la Commission si vous avez 3 notifications simples à faire dans des pays qui ne poseront pas de difficultés ? Mais il y a quelques pays dans lesquels nous allons être un peu plus prudents.

Martine Behar-Touchais : Sur cela, est-ce qu'un réseau ne serait pas moins favorable aux entreprises ? Parce que finalement ici ce sont elles, qui vont faire leurs choix stratégiques. Dans un réseau, est-ce que ça ne serait pas plus les autorités des États membres qui décideraient quelle autorité est bien placée pour traiter le cas ?

Didier Théophile : Cela dépend de ce que prévoit la loi.

Martine Behar-Touchais : Bien sûr, c'est pour cela que j'emploie le conditionnel. Mais si on réfléchit par rapport au REC, on se rend compte que ce sont tout de même les autorités qui décident quelle est la ou les autorités qui sont bien placées. Alors qu'ici on a donné le pouvoir aux entreprises de choisir leur stratégie, sans que ce soit péjoratif. Et donc finalement, si on changeait vers un réseau, il faudrait au moins garder cette souplesse qui a été donnée aux entreprises.

Catherine Prieto : Pour faire la comparaison avec le REC, j'aimerais interroger Simon Vande Walle et Jérôme Vidal sur le fonctionnement du *EU Merger Working group*. Avez-vous des échanges purement techniques, par exemple la présentation d'études de cas, ou bien abordez-vous aussi des questions de politique juridique ?

Simon Vande Walle : La politique juridique sur les fusions (*merger policy*) est effectivement discutée. Dans le *EU Merger Working Group*, nous avons eu ainsi une réflexion sur le rôle que l'intérêt public devrait jouer dans le contrôle des concentrations.

Jérôme Vidal : Au sein du *Merger Working Group*, il y a un important travail de présentation des pratiques des États membres sur des dossiers qui ont donné lieu à un point d'intérêt particulier. À titre d'exemple, il y a plusieurs années, l'Autorité avait fait une présentation sur la notion d'empreintes réelles, s'agissant de la définition des marchés géographiques pour la distribution. Nous avons eu récemment des échanges sur les engagements : « pourquoi telle autorité préfère tel type d'engagement ? » Ce groupe de travail permet donc d'échanger, de manière régulière, puisque nous nous réunissons 2 ou 3 fois par an. À chaque fois, des thèmes précis sont abordés. De plus en plus, l'Autorité s'intéresse et tient compte de la pratique d'autres États membres (mais également d'autres autorités, comme les autorités américaines). Ainsi, les décisions prises par l'Autorité en matière de contrôle des concentrations se réfèrent de plus en plus à la pratique d'autres autorités. Par exemple, dans la décision *Axel Springer/Logic-Immo*, l'Autorité a cité la pratique de l'autorité allemande s'agissant de la délimitation d'un marché de plateforme (marché biface). On a également fait référence à la pratique de l'autorité anglaise dans la décision *Fnac/Darty*.

Catherine Prieto : Il y a également des échanges importants entre l'autorité française et le *Bundeskartellamt*. Lors d'un colloque annuel, le public peut même assister à leurs échanges sur des études de cas. Il apparaît clairement que les expériences sont partagées et enrichissent la pratique décisionnelle respective des deux autorités.

Martine Behar-Touchais : Mais il n'y a peut-être pas une nécessité de les formaliser dans un réseau. C'est ce qui semble se dégager de cette table ronde.

Didier Théophile : C'est très français de vouloir toujours formaliser les choses.

Martine Behar-Touchais : Oui. Il n'y a peut-être pas cette nécessité parce que le système semble fonctionner, même si l'on peut y apporter des petites améliorations.

Catherine Prieto : Je me souviens cependant des réactions de Bruno Lasserre fort contrarié par l'affaire *Eurotunnel* sur deux points. Le premier portait sur le fait que l'autorité britannique avait rendu sa décision de manière très décalée par rapport à l'autorité française et avait pris beaucoup plus de temps pour

l'analyse. Le deuxième portait sur le choix du contre-factuel. Beaucoup de commentaires ont porté sur la perte de crédibilité des règles de concurrence, car, en appliquant le même test, la différence du contre-factuel avait conduit à des résultats trop disparates. Peut-on dire aujourd'hui qu'une telle discordance ne pourrait plus advenir ?

Martine Behar-Touchais : Le réseau aurait-il été plus efficace s'il avait attribué l'affaire à l'autorité britannique ?

Catherine Prieto : L'attribution à une seule autorité, quelle qu'elle soit, aurait été une solution plus sûre, car il convient d'éviter ces risques de contradiction entre les autorités qui affaiblissent la crédibilité des règles de concurrence. Cependant, le mécanisme de renvoi ne permet pas une réallocation horizontale des cas comme le permet un réseau tel que le REC. À défaut d'une volonté politique d'instaurer un REC pour le contrôle des concentrations, la solution préconisée dans le rapport Zivy consistait à perfectionner la seule chose qui semble pouvoir être exploitée pour éviter une discordance : le mécanisme vertical du renvoi. Dès lors que deux autorités perçoivent un risque de contradiction majeure, elles auraient la possibilité de renvoyer l'affaire à la Commission.

Martine Behar-Touchais : Cela voudrait dire imposer à deux autorités qui traitent du même dossier, de se parler avant de rendre la décision et si elles s'aperçoivent qu'elles vont rendre une décision contradictoire, de saisir soit un Comité, soit la Commission européenne, d'un « arbitrage », d'une médiation avant de rendre leur décision.

Catherine Prieto : Il convient de poser la question aux acteurs de la Commission et de l'autorité française. Quand les équipes se rencontrent, évoquent-elles des affaires en cours ?

Simon Vande Walle : Non, dans le *EU Merger Working Group* nous ne traitons pas des affaires en cours. Nous évoquons souvent des concentrations qui ont été examinés par les autorités nationales, puisque pour les autres autorités nationales et pour la Commission, ce sont souvent des affaires inconnues. Nous abordons aussi de l'approche vis-à-vis de problèmes systématiques ou des thèmes importantes comme les remèdes ou les outils d'enquête. Mais nous n'entrons pas en matière quant aux cas concrets ni quant aux moyens de les résoudre.

Martine Behar-Touchais : C'est alors une démarche presque universitaire.

Simon Vande Walle : Ce sont des réunions intéressantes. Mais le volet coopération existe aussi au sujet d'affaires concrètes. Cette coopération se fonde sur le règlement sur les concentrations, notamment avec ses provisions sur la confidentialité et sur l'échange du formulaire CO, etc. Donc il y a les deux volets. Toutefois, les réunions du *EU Merger working group* ne traitent pas des affaires pendantes.

Catherine Prieto : Mais parlez-vous d'affaires pendantes ?

Simon Vande Walle : Non, nous discutons d'affaires déjà tranchées.

Catherine Prieto : On voit bien que les limites du mécanisme de renvoi pour neutraliser les risques de contradiction entre deux autorités nationales. D'une part, il ne permet pas une réattribution des cas sur un plan horizontal. D'autre part, le renvoi vers la Commission suppose qu'une perception du risque de contradiction apparaisse suffisamment tôt. Il faut donc que les échanges informels aient lieu au sein du comité consultatif.

Florian Bien : Permettez-moi de revenir sur cette proposition évoquée par le professeur Behar-Touchais de confier à la Commission européenne une sorte de rôle d'arbitre dans le cas où plusieurs autorités nationales s'apprêtent à rendre des décisions contradictoires en matière de contrôle des fusions. Un tel modèle irait probablement plus loin que les mécanismes prévus dans le Règlement n° 1/2003, puisqu'ici, les autorités nationales restent libres d'adopter des décisions en matière d'ententes et d'abus de position dominante, bien que la Commission dispose, au moins en théorie, de la compétence de se saisir d'une affaire qui est déjà traitée par plusieurs autorités nationales. Or, ce n'est pas le cas en pratique comme nous l'avons vu récemment en matière de plateformes de réservation hôtelière. Le *Bundeskartellamt* les avait traitées beaucoup plus sévèrement qu'une grande partie des autres autorités nationales y compris l'Autorité de la concurrence. (À ce propos, vous avez peut-être entendu parler de la décision de la Cour d'appel de Düsseldorf qui a cassé la semaine dernière cette décision du *Bundeskartellamt* et a accepté des clauses de portée assez limitée, à savoir celles interdisant aux hôteliers d'afficher sur leur propre site des prix plus attractifs.)

Au lieu d'une éventuelle formalisation de la procédure, et je suis là tout à fait d'accord avec le professeur Prieto, nous devrions encore plus miser sur des formats de discussion souples et informels entre les diverses autorités nationales, et cela même à défaut d'un REC au sens technique en matière de contrôle des fusions. Cela est en grande partie déjà mis en place, notamment à l'égard des autorités allemande et française, mais cela vaut aussi pour d'autres autorités. Je pense d'ailleurs que même nous, les universitaires, contribuons à ces échanges aussi bien

importants qu’informels ainsi qu’à leur existence, en nous rassemblant à l’occasion de colloques comme celui-ci, offrant dès lors la chance de prendre note des expériences éprouvées par les autres.

Un dernier point concernant les échanges informels entre autorités : Cela fonctionne de manière assez satisfaisante au regard des dossiers traités par la Commission. Elle en informe les autorités nationales qui ont ensuite la possibilité de donner leur avis sur un dossier, comme cela a été le cas dans les exemples d’affaires allemandes que je viens de citer. Or, et c’est là que je vois un certain problème, l’information passe souvent assez tardivement. Cela est dû à la phase très importante de pré-notification. Entre-temps, cette phase est devenue centrale dans toute procédure de contrôle au niveau européen. C’est là que des décisions clés sont prises par les autorités et notamment par la Commission européenne. Mais comme il n’y a en principe, aucun moyen officiel de tenir informées les autorités nationales pendant la phase de pré-notification par mesure de confidentialité, celles-ci ne sont souvent pas vraiment à la hauteur de la procédure. Ainsi, il arrive souvent qu’elles ne commencent à se pencher sur le dossier et doivent essayer de comprendre le cas au plus vite seulement une fois la phase 1 entamée, ce qui est très difficile et les met dans une situation peu avantageuse vis-à-vis de la Commission. (Cela est d’ailleurs aussi vrai pour les tiers qui ne sont pas non plus impliqués dès le début informel de la procédure.) L’on a peut-être besoin de réfléchir davantage sur cette phase zéro, qui est presque devenue la phase la plus importante, mais dans laquelle un échange informel entre autorités a souvent beaucoup de mal à fonctionner à l’état actuel.

Didier Théophile : Sur la phase de pré-notification, on peut, dès lors que l’opération a été annoncée et n’est plus secrète, accepter qu’un test de marché soit réalisé. Aujourd’hui, les *waivers* entre la Commission et les États-Unis existent en phase de pré-notification dès lors que l’opération est annoncée. En revanche, nous ne pouvons rien échanger avec les tiers lorsque nous discutons avec une autorité de concurrence en pré-notification alors que l’opération est encore secrète, ce qui arrive assez souvent.

Laurence Idot : Alors cela étant, est-ce que dans le cadre de la notification de l’article 19, la Commission transmet des informations, dans les cas où c’est possible, sur des pré-notifications en cours ?

Simon Vande Walle : Non, les échanges sur base de l’article 19 commencent à partir de la notification. Mais je rejoins Didier, en réalité, si c’est un cas problématique, les parties ont intérêt à parler à l’autorité nationale. Ils donnent souvent un *waiver* en pré-notification tant à la Commission qu’à l’autorité nationale pour qu’ils puissent coopérer et échanger les projets de formulaires CO,

échanger des points de vue, ou les expertises sur le marché. Cela arrive très souvent.

Laurence Idot : Mais c'est plus dans les relations avec les États-Unis, mais dans la relation...

Didier Théophile : C'est formalisé avec les USA, ça, c'est certain. Au niveau national, cela existe aussi.

Simon Vande Walle : Ça arrive aussi avec les autorités pendant l'union oui.

Martine Behar-Touchais : Je pense qu'il est l'heure de mettre fin à cette table ronde et de remercier tous les participants. Merci à tous.

II. Table ronde sur l'harmonisation des droits nationaux et du droit de l'Union

Modérateur :

Prof. David BOSCO, Aix-Marseille Université

Intervenants :

Le point de vue du praticien : Marta GINER ASINS (*Norton Rose*)

Le point de vue de l'Autorité française : Étienne CHANTREL

Le point de vue de la DG COMP : Josep Maria CARPI BADIA

Le regard allemand : Prof. Florian BIEN, Université de Würzburg

David Bosco : Nous ouvrons maintenant la deuxième table ronde prévue pour cette journée sur la question d'un réseau européen du contrôle des concentrations. Un grand merci à Catherine Prieto d'avoir organisé ces échanges, et pour cet accueil. La table ronde est intitulée de la manière suivante : l'harmonisation des droits nationaux et du droit de l'Union, dans le champ évidemment du contrôle des concentrations.

Le mot « harmonisation » a un sens : son étymologie nous apprend que l'harmonie, c'est une voix, un accord de voix, un accord de sons plus exactement. Et donc l'harmonie, c'est parler d'une seule voix. Or, ce qui peut marquer, dans une période récente, sur le plan des analyses substantielles des concentrations, c'est, non pas l'harmonie, mais une certaine cacophonie : cacophonie nationale, d'abord, puisque vous le savez, il y a peu de temps, le ministre de l'Économie a évoqué, pour la première fois, une décision rendue par l'Autorité de la concurrence et portait un autre regard sur une concentration nationale, dans l'affaire *Agripole*. Et puis aussi, d'une certaine manière, cacophonie européenne avec l'affaire *Alstom/Siemens*, où des regards, clairement différents, étaient portés sur une opération.

D'où ce manque d'harmonie vient-il ? À vrai dire, il vient d'une seule source : au fond, les concentrations touchent au tissu économique national, au tissu économique européen, avec pour résultat que le « politique » s'en mêle. La charge politique, le contenu politique des concentrations, peut menacer l'harmonisation en Europe - sauf à trouver, évidemment, une harmonisation politique, ce qui est au fond le sens de la proposition allemande et de la proposition française exprimées à la suite de l'affaire *Alstom/Siemens*.

Pour parler de l'harmonisation des droits nationaux et du droit de l'Union, il faut aller au-delà de ces affaires à contenu politique. C'est précisément le programme qui est devant nous puisque nous allons parler des phénomènes

d'harmonisation des droits nationaux et du droit de l'Union européenne en se dégageant de ce contenu politique. Ici une harmonisation est possible parmi les analyses substantielles qui sont portées sur les opérations de concentration.

L'objet de notre table ronde est d'observer comment peut se faire une harmonie, un accord sur l'analyse qu'il convient de porter sur des opérations de concentration. Un certain nombre d'éléments montrent que cette harmonisation est parfois difficile, et même quand elle existe, des divergences de vues sont possibles. Un des intervenants de ce matin disait qu'il y a les textes, mais il y a aussi la pratique et la lecture que l'on peut faire de ces textes. Nous avons parlé de l'affaire *Eurotunnel*, nous avons aussi évoqué des divergences transatlantiques où en utilisant le même test, des autorités de concurrence aboutissaient à des résultats différents. J'ai aussi en mémoire d'autres affaires, par exemple l'affaire de l'alliance P3 où l'autorité chinoise, avec des standards d'analyse à peu près comparables, avait porté un regard totalement différent de celui des autorités américaine et européenne.

Les affaires à contenu politique mises à part, et cette réserve faite autour de la pratique que l'on fait des analyses concurrentielles, le champ est encore vaste pour chercher des points d'harmonie des analyses substantielles. Et il me semble que les travaux de ce matin ont montré que c'était un objectif possible, celui de cette harmonisation, de cette convergence de vues.

Ainsi contextualisé, comment peut-on concevoir ces convergences d'analyse sur les opérations de concentration ? Avec les intervenants de ce panel, nous allons les voir sous deux rapports. D'abord nous allons évoquer quelles sont les convergences actuelles : comment *de lege lata*, peuvent se faire ces accords de voix, comment peut être trouvée l'harmonie ? Et puis dans un deuxième temps, nous essayerons de nous projeter plus loin, et voir qu'elles pourraient être les convergences futures.

Pour évoquer ces deux points, nous avons la chance d'avoir avec nous, Monsieur Carpi-Badia, chef de l'unité de coordination des fusions, à la Commission européenne. M. Étienne Chantrel, chef du service concentration de l'Autorité de la concurrence ; M. le professeur Florian Bien, Professeur à l'Université de Würzburg en Allemagne ; Me Marta Giner Asins, du cabinet Norton Rose.

Nous commençons immédiatement par ouvrir ce premier thème : comment aujourd'hui trouver des convergences entre les autorités de concurrence, autorités nationales, autorités européennes ? Comment parlent-elles entre elles ? Le sujet a été déjà un peu évoqué ce matin, mais nous allons approfondir la discussion.

Les convergences actuelles se font de plusieurs manières. Il y a d'abord un dialogue qui s'opère, nous en avons eu un premier témoignage, un dialogue qui s'opère entre les autorités nationales et l'autorité européenne de concurrence. Donnons la parole aux acteurs de ce dialogue en nous tournant vers M. Carpi-Badia : aujourd'hui, en pratique, comment ce dialogue s'instaure-t-il ?

Josep Maria Carpi Badia : Merci David. Bonjour à tous.

Tout d'abord, je voudrais bien évidemment remercier les organisateurs de cette conférence, et donc notamment Catherine Prieto et l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne (l'« IRJS »), pour leur invitation à participer à ce colloque.

Vous serez d'accord avec moi que le débat de ce matin a été particulièrement intéressant et que les sujets de la table ronde de cet après-midi le sont sans doute aussi. Le professeur Laurence Idot a déjà avancé, dans la conférence qui a ouvert le colloque, quelques-unes des idées que je vais développer dans mon intervention, ce qui facilite sans doute ma tâche (en fait, elle les a expliquées beaucoup mieux que ce dont je vais être capable).

Avant de répondre à la question que David m'a posée, vous allez me permettre deux remarques préliminaires.

La première est que je parle ici à titre personnel et donc que même si dans le programme je suis censé présenter le point de vue de la DG COMP, mes opinions ne lient nécessairement pas la Commission européenne. Je vais partager avec vous plutôt mon regard sur les sujets en cause.

La deuxième remarque liminaire c'est que je me présente devant vous aujourd'hui, en ce qui concerne plusieurs des sujets que nous allons évoquer, sans vraiment de réponses définitives. En effet, pour certains des sujets dont on parlera aujourd'hui, nous sommes (au mieux) au stade de la réflexion et de l'analyse. Ce sont des questions, par exemple, que l'on a évoquées dans le passé (comme le possible Espace Européen en matière de concentrations, la « *European Merger Area* », que l'on a mentionnée dans le Livre Blanc en 2014) ou la possibilité d'introduire des seuils juridictionnels liés à la valeur de la transaction (laquelle, avec d'autres matières, fait l'objet actuellement d'une Évaluation), mais pour lesquelles on n'a pas nécessairement, à ce stade, des propositions très concrètes ou des conclusions très fermes. Parfois j'aurai donc plus de questions que de réponses...

Maintenant, en ce qui concerne la question de David : je pense qu'il est important de constater, nous l'avons déjà évoqué ce matin, que dans les dix, quinze

dernières années il y a eu un double processus concernant les différents régimes de contrôle de concentrations : un processus de convergence, d'une part, et un processus de coopération et coordination, d'autre part. Cela est vrai à l'intérieur de l'UE et de l'Espace économique européen. C'est vrai aussi globalement, avec des initiatives comme l'ICN (l'*International Competition Network*, le réseau international de la concurrence). Aussi avec les travaux au sein de l'OCDE ou d'autres organisations internationales.

Je vais me concentrer d'abord sur l'aspect coordination et coopération. Par la suite, je traiterai aussi de la convergence, c'est-à-dire de la partie moins procédurale et portant plus sur le fond.

Ce matin, on vous a rappelé les points principaux du régime communautaire des concentrations. Le règlement de l'UE (actuellement, le Règlement 139/2004) ne crée pas un système de compétences parallèles entre les autorités nationales et la Commission européenne. C'est un système, au contraire, de compétence exclusive de la Commission (de « guichet unique ») pour des opérations de concentration (telles que définies à l'article 3 du Règlement) de dimension communautaire ou européenne (« de dimension de l'Union » au sens de l'article 1 du Règlement, sur la base des seuils de chiffre d'affaires y contenus). Pour ces opérations-là, il y a un guichet unique, ce sont des opérations qui doivent être notifiées à la Commission européenne et sont examinées par celle-ci. Pour d'autres opérations, les autorités de concurrence des États membres sont compétentes, selon leurs normes nationales respectives.

Le système du règlement prévoit toutefois une certaine flexibilité, à travers des mécanismes de renvoi (articles 4(4) et 4(5), 9 et 22), nous n'en avons parlé aussi ce matin. Ces mécanismes permettent une certaine réattribution de l'examen de certaines opérations à l'autorité la mieux placée. Je vais simplement noter que le règlement UE prévoit des mécanismes de coopération spécifiques à cet égard, par exemple dans le cas d'une (possible) demande de renvoi en vertu de l'article 9 (ces mécanismes incluent la possibilité d'échanges à tous les stades de la procédure et l'accès de l'autorité nationale au dossier de l'affaire).

De manière plus générale, le règlement associe de manière très étroite et constante les autorités nationales à l'enquête et la prise de décision dans toutes les affaires qui relèvent de la compétence de la Commission européenne. Il y a une liaison très étroite entre la Commission et les autorités nationales à cet égard. Cette liaison s'articule notamment sur la base de la transmission aux autorités nationales des documents les plus importants dans chaque affaire, en commençant par la notification, mais aussi les propositions de remèdes, ou en phase 2, la

communication des griefs. Cela, dans les meilleurs délais (cf. article 19 du règlement).

En tout état de cause, il n'y a pas simplement un échange de documents, mais un dialogue constant et fluide entre la Commission et les autorités nationales. Dans certains cas (par exemple dans le cadre des enquêtes de phase 2 ou des infractions procédurales), il y a une procédure de consultation formelle préalable. La Commission doit consulter le comité consultatif en matière de concentrations, qui est composé par les représentants des États membres et qui émet son avis sur le projet de décision de la Commission (article 19 alinéas 3 à 7 du règlement). À ces fins, aux termes de l'article 17 du règlement, l'obligation de secret professionnel s'impose tant aux fonctionnaires et agents de la Commission qu'aux agents des États membres.

Finalement, le règlement prévoit aussi des mesures conjointes d'enquête : sur demande de la Commission, les autorités des États membres peuvent procéder à des inspections (cf. articles 12 et 13 du règlement).

Ce dialogue entre la Commission et les autorités nationales (et entre ces dernières) ne concerne pas, cependant, seulement les opérations de dimension communautaire, c'est-à-dire les affaires relevant de la compétence de la Commission, ou celles qui font ou sont susceptibles de faire l'objet d'un renvoi (ascendant ou descendant). Ce dialogue est très important aussi en ce qui concerne les opérations qui sont examinées, non pas par la Commission européenne, mais par une ou plusieurs autorités nationales.

En effet, les opérations notifiées à la Commission, bien qu'elles soient généralement les transactions de plus grande envergure, ne représentent qu'une petite partie de toutes celles qui font l'objet d'un contrôle des concentrations au sein de l'UE/EEE (autour de 10%, en moyenne).

Or, parmi ces cas qui échappent la compétence de la Commission, il y a souvent des transactions transfrontalières et/ou relevant de plusieurs ressorts. Des affaires, par exemple, qui sont examinées par deux ou plus autorités nationales. Des affaires qui analysent des marchés supranationaux, ou les mêmes marchés de produit à l'intérieur de plusieurs États membres. Ou qui peuvent nécessiter des remèdes applicables dans plus d'un État membre.

Dans ces affaires aussi, il est très important qu'il y ait une coordination, une coopération entre la Commission et les autorités nationales et entre les autorités nationales elles-mêmes. Au cours des années, il y a eu plusieurs initiatives à cet

égard. Laurence Idot s'en est déjà occupée ce matin, je vais tout simplement les rappeler brièvement.

En 2001 déjà, l'ECA (*European Competition Authorities*) a établi un guide procédural qui a instauré un système d'échange d'informations entre les autorités nationales sur la base de « fiches d'information » quand une opération qui était susceptible d'être notifiée dans plusieurs États membres était notifiée auprès d'une autorité nationale (des dossiers pouvant donner lieu à une « multi-notification » en Europe, donc). Quelques années plus tard, en 2004, l'ECA a aussi adopté des « principes » (des bonnes pratiques) en ce qui concerne l'application des mécanismes de renvoi du règlement des concentrations.

C'est dans ce cadre que, en 2010, a été créé un groupe de travail *ad hoc* sur les concentrations, que l'on appelle, dans un exercice d'imagination, simplement le « *EU Merger Working Group* » (« MWG »). On a beaucoup parlé ce matin de ce groupe de travail des concentrations. Il est composé de représentants de la Commission et des autorités nationales des États membres de l'UE responsables du contrôle des concentrations, avec la participation aussi des autorités des autres États de l'EEE et de l'ESA (l'« *EFTA Surveillance Authority* »). Ce groupe se réunit périodiquement (plusieurs fois par an), sous la présidence de la Commission et avec deux autorités nationales comme « *co-chairs* » (vice-présidents).

L'objectif de ce groupe est de contribuer à l'amélioration de la cohérence, la convergence et à la coopération en matière de contrôle des concentrations entre les autorités européennes. Son mandat inclut, en particulier, l'identification de possibles améliorations dans le traitement de concentrations ayant un impact transfrontalier, dans le cadre notamment des régimes existants et sur la base de la pratique et des expériences des autorités participantes.

La création du MWG a porté des fruits concrets très vite. En novembre 2011, la Commission et les autorités nationales de concurrence se sont mises d'accord pour adopter, au sein du MWG, des Bonnes pratiques de traitement des fusions transfrontalières ne bénéficiant pas de l'examen selon le guichet unique du règlement de l'UE.

Ces Bonnes pratiques ont pour objectif de promouvoir la coopération et l'échange d'informations dans des cas de notifications multiples, et donc de renforcer la coopération qui avait été déjà instaurée en 2001. Elles recensent les étapes clés auxquelles la coopération est particulièrement utile et les informations qui peuvent être échangées (calendrier, remèdes, etc.). Et de cette façon, elles visent à accroître l'efficacité du système et réduire le risque de décisions divergentes. Les Bonnes pratiques mettent aussi l'accent sur le rôle, très important,

que les parties à la concentration peuvent jouer pour qu'une telle coopération soit vraiment réussie.

Au-delà de ces Bonnes pratiques, au cours des années, le MWG a traité des questions très différentes, dans des domaines très divers. Certaines de ces discussions ont donné lieu à la publication de rapports ou de notes de synthèse. Par exemple, en 2016, le MWG a publié un aperçu des informations demandées dans les divers formulaires de notification dans chaque État membre (avec toute une série de tableaux récapitulatifs très utiles).

Toujours en 2016, le MWG a adopté un rapport sur la prise en compte d'intérêts publics dans les divers régimes nationaux de contrôle des concentrations. Le rapport examine les différentes approches en la matière dans les droits nationaux des États membres.

Le MWG a aussi joué un rôle majeur dans la modification des *Working Arrangements* concernant le fonctionnement du comité consultatif en matière de concentrations. Le nouveau texte a été publié en novembre 2016.

Je crois que je vais m'arrêter là. Peut-être par la suite pourra-t-on discuter de manière plus pratique et détaillée des travaux du groupe.

David Bosco : Merci. Le *European Merger Network* est aussi un lieu d'analyse substantiel, par exemple l'analyse du marché pertinent dans les secteurs du numérique. Est-ce que vous avez des sujets de fond sur lesquels vous échangez des analyses ?

Josep Maria Carpi Badia : On discute régulièrement, effectivement, de sujets divers concernant l'analyse des opérations de concentrations (compétence, examen au fond, remèdes, etc.), qui sont dans l'intérêt général des autorités qui y participent. On partage les expériences respectives de la Commission et des autorités nationales, ainsi que de l'ESA.

Pour ne donner qu'un exemple, nous avons discuté dans les dernières années de la définition du marché géographique dans le contrôle de concentrations. La Commission avait demandé aux professeurs Lyons et Fletcher, de l'université d'East Anglia, de préparer un rapport économique indépendant examinant la pratique de la Commission en matière de définition du marché géographique. Les conclusions de ce groupe ont été discutées au sein du *Merger Working Group*.

David Bosco : M. Chantrel, quel est votre « retour d'expérience » sur ce dialogue que vous nouez avec la Commission, mais également avec les autres autorités nationales ?

Étienne Chantrel : Je vais, moi aussi, commencer par remercier les organisateurs de cette conférence de leur invitation. Bien évidemment, je ne m'exprime pas officiellement au nom de l'Autorité, mais en mon nom propre, même si ma présentation s'appuie sur notre expérience à l'Autorité.

Beaucoup de choses ont déjà été présentées ce matin, et Jose vient d'apporter des compléments intéressants. Nous avons aujourd'hui beaucoup de formes de dialogue et de manières de dialoguer. Comme nous venons de le dire, il y a un dialogue qu'on pourrait appeler « vertical » entre la Commission et certaines autorités nationales. Mais il existe aussi un dialogue « horizontal » au niveau des autorités nationales, notamment dans le cadre d'institutions, où la Commission peut être présente bien sûr, comme le *Merger working group*. Je voudrais signaler également un autre groupe de travail informel qui a été créé il y a deux ans, consacré au numérique. Ce groupe numérique ne s'intéresse pas seulement aux concentrations, mais les concentrations numériques sont dans son champ. Comme nous le savons bien, c'est un sujet de débat important depuis fort longtemps, mais particulièrement vivant depuis 3 ans.

Par ailleurs, au-delà de ces liens plus ou moins formalisés, que ce soient les renvois, l'accès au dossier dans certains types de procédures ou les forums où nous nous rencontrons régulièrement, on trouve aussi tous les liens de nature plus informelle. Jose a déjà signalé que, dans le cadre de l'ECA (*European Competition Authorities*), nous échangeons des fiches succinctes qui présentent les opérations concernant potentiellement plusieurs pays. Dans ce cadre, nous nous échangeons également des informations quand nous faisons un test de marché pour des entreprises présentes dans un autre pays, même s'il est rare que l'autorité nationale concernée s'en inquiète.

Tout cela nous donne un certain nombre d'informations et nous donne l'occasion d'échanges de nature beaucoup plus informels sur cette base. Ils peuvent avoir lieu à l'occasion d'une opération, par exemple quand une opération est notifiable dans plusieurs pays et qu'on s'intéresse à la manière dont elle a été traitée par nos collègues. Cela ne signifie pas que nous devons forcément retenir la solution des autres autorités, mais il est intéressant de discuter en tout cas des options qu'ils ont retenues. Au-delà de ces échanges à l'occasion d'une opération, il peut y avoir des échanges de nature plus générale. J'ai le souvenir de plusieurs cas par exemple où la CMA avait interrogé quelques autorités nationales, informellement, par un simple email, pour poser des questions sur la manière de

traiter certains types d'affaires. En l'occurrence il s'agissait de commerce de détail, afin de préparer l'instruction du dossier *Sainsbury/Asda* qui avait une ampleur majeure. Ils se sont ainsi rapprochés de quelques autorités pour poser quelques questions directement utiles pour leur analyse, par exemple : « comment traitez-vous les zones locales ? » Cet échange avait donc lieu hors du cadre d'une opération communément notifiée dans les différents pays.

Ce type d'échanges informels au niveau des autorités nationales a une dimension plus directement opérationnelle, car nous avons des opérations beaucoup plus similaires entre autorités nationales pour des raisons de taille évidente. Quand nous interrogeons les Britanniques ou les Allemands, nous avons une pratique très proche en termes de taille et d'impact des opérations. Les grandes opérations de dimension européenne sont un petit peu différentes des opérations que nous avons à analyser typiquement, ne serait-ce que pour les marchés géographiques ou pour la taille des entreprises concernées. Ces échanges informels au niveau des autorités nationales concernent vraiment des dossiers assez similaires.

Ces contacts informels sont bien sûr favorisés par le fait que nous nous rencontrons régulièrement. C'est parce que nous nous connaissons et nous rencontrons régulièrement dans les cadres dont parlait à l'instant Jose, où les échanges informels hors réunion sont nombreux, qu'il est facile ensuite de décrocher simplement son téléphone en se disant, « tiens, je vais appeler Colin et lui demander s'ils ont fait ça ».

David Bosco : Un grand merci. Vous avez évoqué à l'instant ce fameux groupe de travail sur le numérique. Pourriez-vous préciser qui fait partie de ce groupe, toutes les autorités nationales ?

Étienne Chantrel : Oui absolument, les autorités nationales et la Commission. Il s'agit d'un groupe de travail organisé au sein du REC, même s'il n'en fait pas formellement partie et n'est pas dans la liste des groupes de travail formels du REC. Je laisse Jose me corriger le cas échéant. Ce groupe a, au début, cherché un tout petit peu son champ. Il y a eu des hésitations, par exemple, sur la question de savoir si les concentrations dans le numérique sont à traiter dans le *Merger working group* ou dans le groupe numérique. Après ces premiers tâtonnements, ce groupe s'est réuni une dizaine de fois en deux ans. La première rencontre a eu lieu à Bruxelles il y a un an et demi et a été suivie par des rencontres dans différents pays, notamment une en France il y a quelques mois. Nous sommes maintenant d'accord sur le fait que nous pouvons traiter des affaires de concentration numérique dans le groupe numérique et pas seulement dans le *Merger Working group*. Pour le reste, ce groupe de travail, est concrètement très

proche des autres groupes de travail du REC, et du *Merger working group*, dans sa manière de fonctionner. Les participants font des présentations aussi bien sur un secteur précis que sur une question générale. On y trouvera donc aussi bien la présentation d'un cas qu'une présentation d'actualité, par exemple « où on est sur le seuil de valeur de transaction ? » quand nous avons la chance d'avoir la présence de collègues allemands ou autrichiens. Au final, cela donne un panel assez large de sujets qui peuvent être abordés.

David Bosco : Par ailleurs, vous avez indiqué que vous avez parfois des sujets plus larges que les concentrations, mais qui touchent à un secteur. Les Français et les Allemands ont en mémoire ce travail sur les données personnelles. Si un réseau pouvait se structurer d'une manière ou d'une autre, cela ne vous donnerait-il pas l'occasion de trouver un cadre plus structuré à vos discussions informelles ? Quelle publicité donneriez-vous à vos échanges ?

Josep Maria Carpi Badia : Dans le cadre actuel, le *Merger Working Group* constitue un instrument souple qui nous permet, à la Commission et aux autorités nationales, d'avoir des échanges intéressants et utiles. Je crois qu'il a contribué positivement (et continue à le faire) à l'amélioration de la cohérence, à la convergence et à la coopération en matière de contrôle des concentrations entre les autorités européennes.

Comme je l'ai évoqué auparavant, nous avons publié, à plusieurs reprises, des bonnes pratiques, mais aussi des rapports et des notes de synthèse élaborés au sein du groupe.

Finalement, l'existence ou pas d'un réseau (plus) formalisé est probablement liée, de façon générale, aux caractéristiques précises du cadre normatif et institutionnel en cause. Un tel réseau est davantage nécessaire, à mon avis, quand les différentes autorités appliquent les mêmes règles matérielles. Quand les règles ont été harmonisées, en somme.

David Bosco : Vous trouvez donc des vertus à ce cadre informel pour avancer à votre rythme et à celui que vous choisissez.

Josep Maria Carpi Badia : En principe, c'est un instrument qui fonctionne bien, effectivement, dans le cadre actuel. Le formaliser davantage, cela pourrait être lié à des réformes plus ambitieuses du régime communautaire.

David Bosco : M. Chantrel, voulez-vous réagir sur ce sujet ?

Étienne Chantrel : Je ne vois pas ce qu'une formalisation plus poussée apporterait, sinon la satisfaction intellectuelle d'avoir une construction supplémentaire. Qu'y gagnerions-nous en pratique ? Vous mentionnez la publicité des débats. Comme le dit Jose, certains travaux sont publics de manière volontaire. Faut-il aller plus loin ? Cela aurait des inconvénients : si on savait par avance que tout ce qu'on va écrire et dire sera public, nous n'aurions pas tout à fait le même genre de conversation. Même si ce ne sont pas des secrets d'État qui s'échangent, on a une certaine liberté de ton, y compris parfois pour apporter un bémol ou critiquer un petit peu ce qu'on fait les collègues, que nous n'aurions peut-être pas si nous savions que tous nos échanges vont être ensuite portés sur la place publique tels quels.

David Bosco : Maître Giner Asins, que pensez-vous de ces convergences qui naissent entre les autorités ?

Marta Giner Asins : Merci. Je me joins tout d'abord aux propos qui ont été exprimés précédemment pour remercier les organisateurs et également, comme l'a fait Monsieur Carpi Badia, pour m'excuser pour l'accent espagnol que vous pourrez entendre lors de mes interventions.

De mon point de vue, le contrôle des concentrations est un domaine dans lequel, de manière générale, les entreprises appellent de leurs vœux la convergence. Ce n'est pas le cas dans tous les domaines, c'est beaucoup moins le cas par exemple dans le domaine des investigations. Mais dans le cadre du contrôle des concentrations, les entreprises ont tout intérêt à ce que les autorités coopèrent et également, je pense, à ce qu'il y ait une convergence sur le fond.

Pour comprendre cela, il suffit de regarder, d'un point de vue très pratique, la situation dans laquelle se trouvent les entreprises lorsqu'elles sont face à ce qu'on appelle dans le jargon une « multi-J » c'est-à-dire une analyse multi juridictionnelle d'une concentration qui est éventuellement notifiable devant plusieurs autorités. Il faut avoir conscience que, lorsque vous êtes juriste ou avocat concurrence, il y a dans votre fonction un petit côté « cinquième roue du carrosse », et il me semble qu'il est utile pour vous de le savoir si vous décidez d'en faire votre profession. En effet, il est fréquent d'être face à un avocat, un associé *corporate* ou un client interne qui vous informe que le *closing* est dans un mois et vous demande de regarder les potentiels risques de concurrence tout en prenant le soin de préciser par exemple que selon lui il n'y a pas de problème de concurrence ou que l'opération n'est pas notifiable, car la part de marché est très petite. Il m'a même récemment été dit « *tu sais c'est un marché tout nouveau donc il n'y a même pas de concurrence donc il ne peut pas y avoir de problème de concurrence* ». Nous sommes

donc très souvent pris par le temps. L'idéal est d'être saisi en amont pour plus de fluidité, mais malheureusement c'est très souvent dans l'urgence.

Concernant la différence de régime entre les autorités nationales de concurrence, il est vrai qu'en pratique cela pose un réel problème. La différence de seuils impose une charge importante pour les entreprises notamment en raison des difficultés de collecte des informations. Il faut avoir à l'esprit que les opérationnels sont occupés à négocier ou à rédiger des rapports de *pre merger integration*. Donc lorsque vous leur demandez de vous renvoyer un chiffre d'affaires parce que, pour ce pays, il est calculé en fonction de la localisation du client et non en fonction des filiales et qu'à défaut il y a un risque d'amende c'est assez compliqué. Par ailleurs, la gestion des différents calculs de seuils peut se révéler complexe. La majorité des États membres ont des seuils exprimés en parts de marché, mais d'autres, comme la CMA, les expriment en *share of supply*, un concept assez difficile à manier en pratique.

Sur le concept même de contrôle des concentrations, il existe des divergences qui ont un impact pratique très important. J'ai eu récemment un cas dans lequel je conseillais une entreprise française dans le cadre d'une « *joint-venture* » (JV) avec une entreprise américaine pour un projet exclusivement localisé en Côte d'Ivoire. Il n'y avait pas de contrôle conjoint et la JV n'était pas « *full function* ». Pourtant, nous nous sommes interrogés pendant près de deux semaines pour savoir si nous devions notifier en Pologne compte tenu du fait que dans ce pays le concept de JV ne tient compte ni du critère de « *full functionality* » ni du contrôle conjoint. C'est donc bien à ce type de « casse-tête » auxquels vous devez faire face.

Et je n'évoquerai même pas les difficultés liées à la récente prise en considération par certains États membres du concept de prise de participation minoritaire afin de qualifier une opération de concentration qui pose également beaucoup de questions en pratique.

Il est possible d'illustrer les divergences de procédure, sans entrer dans le détail, en prenant l'exemple des reprises dans le cadre de procédures collectives. Dans ce cas, les facteurs de pression et de calendrier incompressible sont encore plus forts que dans une concentration « classique » puisque bien évidemment le Tribunal de commerce ne va pas changer la date d'audience en fonction du calendrier du contrôle des concentrations. À ce sujet, j'ai récemment travaillé sur une opération impliquant des procédures collectives dans trois États membres et dans ce cas précis il est très difficile de se coordonner. Pour les associés de procédure collective et de *restructuring* l'opération n'impliquait pas de notification en France, l'autorité étant très pragmatique dans ces cas-là. Cependant, quoique l'ensemble des actifs étaient localisés au Havre, l'opération était notifiable en

Allemagne en raison d'une exportation vers l'Allemagne. Je vous laisse imaginer les difficultés de coordination du calendrier de l'autorité allemande et du Tribunal de commerce du Havre.

De même, chaque autorité a ses habitudes, ses préférences, sa manière de gérer les dossiers. Il y a, par exemple, des autorités nationales dans lesquelles il est impossible de notifier sans avoir pré-notifié préalablement parce qu'elles n'aiment pas être enfermées dans des délais, ce que je comprends tout à fait. Et donc elles tiennent absolument à ce qu'il y ait une pré-notification. S'il est vrai que ces dialogues informels sont très positifs, lorsque vous êtes face à quatre notifications, le fait de devoir gérer ces différents calendriers peut poser un problème pratique très important.

Il y a également parfois un manque de communication entre les autorités sur un même dossier. Récemment, je représentais un tiers acquéreur dans le cadre d'un *divestment* qui avait été demandé par la Commission européenne. Une autorité très tatillonne demandait beaucoup d'informations complémentaires et tardait à délivrer l'autorisation alors que la Commission avait déjà regardé cela de très près. J'ai alors demandé à la Commission si elle communiquait avec les autres autorités. Et une fois la Commission intervenue auprès de cette autorité, j'ai senti une réelle différence et j'ai eu l'autorisation très rapidement. Je pense que c'est dans des cas comme celui-ci que les dialogues sont essentiels pour pouvoir mettre un peu d'huile dans les rouages.

Je terminerai par les divergences dans le contenu de la décision en présentant le cas fondamental des restrictions accessoires. S'il est vrai que la plupart des opérations ne posent absolument aucun problème de concurrence, sur le fond il peut quand même y avoir une clause de non-concurrence ou bien une clause de non-démarchage d'une durée de six ans. Cette durée quoiqu'allant un peu au-delà de la pratique habituelle peut être justifiée par des circonstances particulières.

Face à de telles clauses, certaines autorités vont analyser les restrictions accessoires, d'autres non. Certaines vont avoir une approche très stricte et d'autres moins. L'appréciation de ces restrictions accessoires par les autorités va avoir des implications importantes dans la vie de l'entreprise pendant les années et va marquer la manière dont les affaires seront gérées. De ce point de vue, les analyses à géométrie variable représentent un obstacle très important.

Je pense effectivement que je ne m'avance pas si je dis au nom des entreprises « oui convergence s'il vous plaît ».

David Bosco : Il faut aussi rappeler le rôle que les lignes directrices de la Commission peuvent jouer dans la diffusion des analyses. Par exemple en France, l'analyse sur les restrictions accessoires est le décalque de la doctrine de la Commission.

Nous avons vu jusque-là toutes ces occasions d'un dialogue informel. Mais il existe aussi un dialogue beaucoup plus formel avec un « invité surprise », c'est la Cour de Justice, qui peut jouer un rôle dans le cadre des questions préjudicielles qui pourraient lui être posées pour interpréter le contrôle des concentrations.

M. Carpi-Badia, quelle est votre analyse ?

Josep Maria Carpi Badia : Comme on l'a évoqué, il n'existe pas, en tant que tel, de corpus unifié de règles sur le contrôle des concentrations au niveau européen. Le règlement UE sur les concentrations instaure un système de guichet unique pour les concentrations de dimension communautaire. Pour d'autres opérations, les autorités des États membres sont compétentes, selon leurs normes nationales respectives.

Les autorités nationales jouent un rôle très important, bien évidemment, dans la mise en œuvre des règles sur le contrôle des concentrations dans l'UE. Ces autorités n'appliquent pas les dispositions du règlement UE (matérielles ou procédurales) aux affaires qu'elles examinent. Le contrôle des concentrations à l'échelon national relève exclusivement du droit interne.

Je comprends parfaitement l'appel que Marta a fait en faveur de davantage de convergence en Europe. Il existe des divergences dans les différentes approches nationales, qu'il ne faut pas minimiser.

Il est indéniable, cependant, que, au cours des années il y a eu une certaine convergence, progressive, qui porte sur plusieurs aspects. Je crois que l'on peut affirmer que le règlement de l'UE sur les concentrations a servi de modèle à bon nombre de régimes nationaux, donnant lieu à une convergence législative sur l'essentiel entre les différents régimes juridiques.

Cela est généralement illustré avec l'exemple de l'évolution du critère matériel applicable (du « test sur le fond »). Le droit de l'union est passé, en 2004, d'un critère basé sur la notion de dominance (la « création ou renforcement d'une position dominante ») à un critère fondé sur l'entrave significative à la concurrence. Plusieurs régimes nationaux ont adopté par la suite le même critère (cela a été par exemple le cas de l'Allemagne en 2013). De nos jours, ce critère prédomine très clairement dans les droits nationaux européens.

Donc il y a une certaine convergence matérielle, non contraignante, comme David l'évoquait à l'instant. Je crois qu'il faut bien le signaler.

Marta Giner Asins : Mes propos n'avaient pas pour objectif de minimiser ce qui a été fait. Un long chemin a été parcouru, mais il est vrai que je pense que nous avons tout intérêt à avancer dans le même sens.

Josep Maria Carpi Badia : Je reviens donc à cette question de la convergence progressive, pas à pas. À cet égard, il y a effectivement lieu de noter un développement récent, qui me paraît intéressant : celui des arrêts rendus par la Cour en matière de contrôle des concentrations par la voie des questions préjudicielles.

Traditionnellement, il n'y avait pas eu de renvois préjudiciels concernant le contrôle des concentrations. La jurisprudence communautaire en la matière, très importante par ailleurs, s'est développée sur la base des arrêts rendus dans le cadre du contentieux d'annulation des décisions de concentration de la Commission : soit des interdictions, soit des autorisations (conditionnelles ou non), voire quelques décisions imposant des amendes pour des violations des règles de procédure. Et dans une très moindre mesure, dans des recours en responsabilité extracontractuelle.

Ces deux dernières années, toutefois, la Cour a rendu deux jugements sur des renvois préjudiciels, l'un provenant de l'Autriche, l'autre du Danemark. Le premier a été l'arrêt de la Cour du 7 septembre 2017 dans l'affaire C 248/16 *Austria Asphalt* contre le *Bundeskartellanwalt*. Le second, l'arrêt du 31 mai 2018 dans l'affaire C 633/16, *Ernst & Young* contre le *Konkurrençerådet*.

L'arrêt *Austria Asphalt* concernait une question de délimitation de la compétence de la Commission (et par conséquent celle de l'autorité nationale, en l'espèce l'autrichienne). La question posée à la Cour était l'identification précise du test en matière de compétence applicable à certaines opérations sur des entreprises communes (*joint-ventures*) (notamment, des opérations où il y a un changement de la nature du contrôle d'une entreprise existante, qui d'exclusif devient conjoint). Cette question requérait notamment une interprétation de la relation et l'articulation entre les dispositions des articles 3(1)(b) et 3(4) du règlement. L'arrêt a apporté une clarification très bienvenue sur les critères de compétence applicables dans des scénarios concernant des *joint-ventures* (qu'elles soient nouvellement créées ou préexistantes).

Dans ce type de questions de compétence, la délimitation de la compétence ou non des autorités nationales dépend, en premier lieu, de celle de la Commission

européenne elle-même. Il n'est donc pas surprenant que des questions d'interprétation des règles communautaires soient portées, le cas échéant, devant la Cour par la voie du renvoi préjudiciel.

La situation dans *Ernst & Young* (ou KPMG, comme il est aussi connu), le deuxième arrêt que je voulais mentionner, est encore plus intéressante du point de vue de l'harmonisation par la voie des renvois préjudiciels. Cela dans la mesure où, comme le disait Catherine ce matin, le contentieux devant le juge national ne concernait pas, en l'espèce, l'interprétation des dispositions du règlement de l'UE, mais celles du droit danois. Il s'agissait notamment de savoir si un certain comportement dans le cadre d'une fusion (la résiliation d'un accord de coopération avec un tiers par l'une des entreprises parties à la concentration) violait l'interdiction de mettre en œuvre une opération de concentration avant son autorisation par le Conseil de la concurrence (l'« obligation de suspension »).

La Cour s'est considérée compétente pour trancher cette question, même si le droit de l'Union n'était pas applicable dans le litige au principal. En fait, la loi danoise sur la concurrence n'opérait pas un renvoi direct aux dispositions de droit de l'Union. La Cour a pris en compte toutefois que je cite : (paragraphe 33 de l'arrêt) « *les travaux préparatoires de la loi danoise sur la concurrence montrent que l'intention du législateur danois était d'harmoniser le droit national de la concurrence en matière de contrôle des concentrations avec celui de l'Union, étant donné que les dispositions nationales reposent, en substance, sur le règlement n° 139/2004* ». La Cour a considéré qu'il existe un intérêt certain de l'Union à ce que, pour éviter des divergences d'interprétation futures, les dispositions ou les notions reprises du droit de l'Union reçoivent une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elles sont appelées à s'appliquer (cf. para 30).

Il reste donc à voir si d'autres renvois préjudiciels, concernant des aspects divers d'application des règles de concentration dans le cadre des procédures nationales, se présenteront à nouveau à la Cour.

Un dernier mot sur l'arrêt *Ernst & Young*. Sur le fond, la Cour, comme vous le savez probablement, a conclu « *qu'une concentration n'est réalisée que par une opération qui, en tout ou en partie, en fait ou en droit, contribue au changement de contrôle de l'entreprise cible* ». C'est donc un arrêt très important dans la délimitation de la notion de « *gun jumping* » en droit de l'UE (et en droit des États membres, bien entendu).

David Bosco : Souhaitez-vous réagir, M. le Professeur Bien, sur ce problème des questions préjudicielles ?

Florian Bien : Oui, en effet, lorsque le législateur allemand a changé le critère d'interdiction en contrôle des fusions pour l'adapter au nouveau critère européen, il a également évoqué cette possibilité et l'on est majoritairement d'accord qu'en Allemagne aussi un juge national pourrait poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne pour demander un éclaircissement sur le test SIEC.

David Bosco : Évoquons à présent les « convergences de demain ». Le secteur du numérique a bien aidé au renouvellement des questions qui peuvent se poser et nous allons nous concentrer sur deux problèmes qui se posent à toutes les autorités de concurrence, une convergence peut se trouver sur ces sujets-là. La première question est de savoir si on peut dépasser la méthode des seuils. Est-il raisonnable de penser que la méthode qui consiste à définir le champ du contrôle des concentrations en raisonnant à partir des chiffres d'affaires, comme c'est le cas dans beaucoup d'États membres, peut être dépassée par une autre méthode qui consisterait à prendre en considération la valeur de la transaction ? C'est une proposition qui est sur la table et ce n'est pas qu'une proposition dans plusieurs pays puisque le législateur est intervenu. C'est le cas de l'Allemagne : M. le Professeur, quelle est votre analyse ?

Florian Bien : Merci, cher collègue, de donner la possibilité de parler de ce nouvel alinéa, le paragraphe 35 alinéa 1 bis (en allemand c'est l'alinéa « 1a »), qui a rajouté de manière subsidiaire un deuxième seuil de notification, lequel se rapporte à la valeur de la transaction. C'est évidemment l'affaire *Facebook/WhatsApp* qui a été à l'origine de cette initiative du législateur. Cette innovation législative poursuit l'idée qu'il peut parfois y avoir des concurrents potentiels importants qui ne sont pas forcément reflétés par le chiffre d'affaires de l'entreprise cible, mais qui peuvent se manifester au niveau de la valeur de la transaction. En l'espèce, Facebook avait payé 22 milliards de dollars (environ 19 milliards d'euros) pour racheter une petite entreprise ayant seulement quelques employés et qui ne générait pratiquement aucun chiffre d'affaires, car tous les services proposés par WhatsApp étaient (et le sont toujours) à titre gratuit. J'imagine que tout le monde dans la salle utilise WhatsApp au quotidien, et ce sans jamais avoir payé un centime. WhatsApp n'a même pas encore eu de gains provenant de la publicité en ligne. Bien sûr, cela est différent avec Facebook qui génère des revenus importants grâce à la vente d'emplacements de publicité. Je pense que, en général, on est d'accord sur le fait que la fusion entre Facebook et WhatsApp fait partie de celles qu'il faut sûrement contrôler en raison de l'importance du projet sur le plan concurrentiel. Il peut y avoir d'autres cas dans lesquels des entreprises déjà très dominantes sur le marché (il est permis de penser, là encore, aux entreprises GAFA, à l'instar de Facebook) guettent autour d'elles les petites start-ups pouvant un jour leur faire concurrence et mettre en péril leur *business model* et se décident à les racheter avec pour

objectif d'éliminer ou de s'approprier ainsi la concurrence future. Ainsi, certaines grandes entreprises très dominantes sur un marché peuvent voir leurs positions se conforter par cette stratégie d'acquisition et bénéficier d'un avantage concurrentiel intouchable par les concurrents. Ce problème se pose non seulement dans le domaine du numérique, mais aussi dans les secteurs pharmaceutique et technologique. C'est face à de telles situations que le législateur allemand, qui n'était, je l'ai déjà dit ce matin, pas très favorable à l'introduction d'un tel seuil au niveau européen, a voulu en avoir en Allemagne pour pouvoir examiner ces dossiers et ces projets qui pourraient un jour poser problème. C'est pourquoi on a introduit en juin 2017 dans la Loi allemande contre les restrictions à la concurrence, le GWB, à l'occasion de son 9^{ème} amendement, un nouvel alinéa dans son paragraphe 35, le 1bis (« 1a » en allemand). On trouve dans cette nouvelle disposition, 4 conditions, qui, remplies de manière cumulative, déclenchent l'obligation de notification du projet au *Bundeskartellamt*. Je pense que deux critères sont les plus controversés. Il s'agit d'abord du critère concernant la valeur de la contrepartie, laquelle doit dépasser 400 millions d'euros. Bien sûr, ce montant peut sembler arbitraire, mais on a prévu sa réévaluation au bout de 3 ans d'expérience. La mise en pratique du deuxième critère semble difficile. Ainsi, il faut que l'entreprise cible soit active dans une large mesure en Allemagne. Ce sont ces deux éléments qui peuvent poser problème dans la pratique et on ne s'étonne guère que le *Bundeskartellamt*, soucieux de gérer les affaires, a rapidement entamé une consultation avec les cabinets d'avocats, les entreprises et même avec d'autres autorités. Cela rentre dans le vif du sujet de notre colloque, car le *Bundeskartellamt* a collaboré pour la première fois avec la *Bundeswettbewerbsbehörde*, l'Autorité autrichienne, pour publier des lignes directrices communes de 35 pages. Cette approche commune des autorités germanophones a été grandement facilitée par le fait que le législateur autrichien a entièrement calqué sa disposition sur la loi allemande et a même renvoyé à la loi allemande et à sa justification officielle dans la motivation de la loi. Il va sans dire que seuls les seuils sont différents du fait de la taille de l'Autriche et de son économie ce qui fait que le législateur autrichien s'est vu obligé d'abaisser les seuils à 200 millions d'euros seulement.

On trouve dans ces 35 pages de lignes directrices germano-autrichiennes des explications qui devraient permettre aux praticiens notamment de comprendre comment il faut calculer cette mystérieuse valeur de la contrepartie. Je ne peux pas ici vous présenter tous les détails du document, mais j'aimerais bien vous signaler que les praticiens ont pensé à un très grand nombre de contreparties possibles. Le terme ne se borne pas seulement aux simples transferts d'argent, mais englobe des transferts d'actions, la reprise de dettes, des apports en nature tels que des machines ou des terrains, etc. à une entreprise commune, par exemple. Il peut aussi y avoir des biens immatériels comme des brevets, qui peuvent être cédés à une autre entité et ainsi constituer une contrepartie. Les lignes directrices

mentionnent également l'éventuelle cession de droits de vote, qui peuvent eux aussi avoir une certaine valeur commerciale. Les accords sur l'ajustement éventuel du prix d'achat lié à l'activité de l'entreprise – les clauses de *earn-out* – pouvant faire jouer un mécanisme de paiement supplémentaire après le *closing* doivent aussi être pris en compte. Il peut de même y avoir l'éventuel problème que l'entreprise achète la cible en acquérant des parts d'actions de deux vendeurs différents. Si cette démarche constitue une stratégie globale, il semble opportun de prendre en compte l'ensemble du prix payé pour le calcul de la valeur de la transaction. Si l'ensemble de toutes ces formes de contreparties se cumule pour atteindre une valeur dépassant les 400 millions d'euros, le projet risque de tomber sous le coup du contrôle des fusions. Il faut constater que cela pose de nombreuses questions pratiques relatives à la détermination de la valeur de la contrepartie.

Permettez-moi de m'attarder encore sur la deuxième question qui peut se poser, c'est-à-dire de savoir quand la condition d'une activité commerciale de l'entreprise cible « dans une large mesure sur le territoire national », à savoir en Allemagne ou en Autriche, est remplie. Les deux législateurs ainsi que le *Bundeskartellamt* et la *Bundeswettbewerbsbehörde* autrichienne pensent, bien sûr, notamment à l'endroit où se trouvent les clients et où les produits et les services en cause sont achetés. Pour prendre l'exemple de WhatsApp, ce serait nous, les utilisateurs allemands (ou autrichiens), qui serions considérés comme clients du service, et ce même à défaut d'un paiement en euros. Aussi, l'endroit où l'entité cible va mener des activités de recherche et de développement peut être pris en considération et justifier une activité dans une large mesure en Allemagne. Même si l'entreprise a commencé à préparer une mise sur le marché du produit en Allemagne, cela peut déjà suffire pour que l'hypothèse d'une activité intérieure substantielle puisse être considérée comme réalisée. Il faut penser à des cas d'espèce tels que la demande faite en vue d'une autorisation de vente d'un médicament en Allemagne ou en Autriche ou alors de la mise en place d'un réseau de distribution sur le territoire national. Toutes ces activités seraient considérées comme satisfaisant la condition d'une activité « dans une large mesure sur le territoire national ».

Bien sûr, j'ai téléphoné au *Bundeskartellamt* pour connaître les chiffres (le rapport bisannuel officiel du *Bundeskartellamt* est attendu pour le 19 juin 2019 seulement). Au téléphone, l'agent m'a déjà rassuré en me disant que les chiffres ne sont pas choquants. Sur les 1.200 notifications annuelles, il y a eu en 2018 dix notifications supplémentaires en raison du nouveau seuil, en 2017, qui ne peut compter que pour une demi-année, il y en avait 8, ce qui fait un total de 18 pour 2017 et 2018 sur 18 mois à peu près. Parmi ces 18 notifications, 7 ont été faites de manière préventive, car les entreprises et leurs conseils ne savaient pas trop si ces cas rentraient dans ce nouveau régime. Ces 7 notifications avaient été retirées après

une information informelle par le *Bundeskartellamt* leur disant qu'une notification n'était pas exigée par la loi. Pour les 11 autres dossiers, l'autorité allemande a donné l'autorisation lors de la première phase. Ainsi, il n'y a pas eu d'examen approfondi. Ces chiffres, le *Bundeskartellamt* l'espère du moins, peuvent en quelque sorte rassurer le monde économique. Bien que la mise en œuvre de ce nouveau seuil puisse poser problème en pratique et certainement avoir un effet dissuasif, il n'a pas joué, jusqu'ici, un rôle majeur et n'a surtout pas encore pu empêcher des transactions.

David Bosco : M. Chantrel, que pensez-vous de ce système ?

Étienne Chantrel : C'est un débat assez général en Europe. Fin 2016, la Commission a mené une consultation publique, centrée sur la question de savoir s'il a des évolutions nécessaires pour le contrôle des concentrations en particulier numériques, même si elle était plus large. Un volet de cette consultation portait sur l'introduction d'un seuil en valeur de transaction. Cette consultation a eu lieu avant que l'Allemagne et l'Autriche n'introduisent un tel seuil dans leurs législations respectives. Il y a eu aussi d'autres évolutions dans d'autres pays : je pourrais citer la Hongrie qui a introduit un contrôle dit « *ex post* » en décembre 2017, on en reparlera.

En France le débat a eu lieu et nous avons mené plusieurs consultations publiques. La première en 2017, se voulait volontairement très générale. Nous avons proposé sans prendre parti pris une bonne partie des possibilités qui peuvent exister.

Parmi ces options, le *statu quo*, consistant à considérer que les seuils actuels fondés sur des niveaux de CA sont suffisants. Dans cette optique, l'idée est qu'il y a assez de mécanismes en dehors du contrôle des concentrations *ex ante* pour gérer les quelques cas problématiques. Ces mécanismes peuvent être simplement des procédures fondées sur le droit des pratiques anticoncurrentielles, même si ces procédures posent évidemment un problème de temps. Ce type de procédure peut se conclure des années après que les faits se soient produits. Dans certains secteurs qui évoluent rapidement, cela peut poser problème. Un autre outil consiste en l'usage des mécanismes de renvoi. Un autre est de faire un usage plus poussé de procédures fondées sur la jurisprudence *Continental Can*. Au final, l'idée est donc de ne pas changer les seuils de notification et de considérer que des mécanismes existent permettant de régler les éventuels « trous dans la raquette ».

Si quelque chose doit changer, nous avons envisagé une série d'options. Ainsi, la consultation mentionnait l'idée de réintroduire des seuils en part de marché, comme cela a existé en France jusqu'en 2001 et existe encore en Espagne, à Chypre

et au Portugal. Une autre possibilité était la possibilité de mettre en place un seuil en valeur de la transaction, le grand sujet de débat au niveau européen en 2017 et 2018. Enfin cette consultation de 2017 introduisait une dernière possibilité que nous allons aborder plus loin : le contrôle « *ex post* ».

À l'issue de cette consultation publique, l'Autorité a tiré quelques enseignements des contributions reçues et de cette réflexion. L'Autorité a notamment décidé à ce stade de ne pas proposer au législateur français de mettre en place un seuil en valeur de transaction. Nous avons en effet considéré que cet outil était adapté à des cas très spécifiques : des opérations où il y a un faible chiffre d'affaires et une très grosse valeur de transaction. Cet outil a une rationalité sur le plan économique : si on considère que les marchés ou tout du moins les personnes qui décident d'acheter une entreprise sont rationnels, s'ils attribuent une forte valeur à une entreprise, c'est qu'il y a une raison pour cela. Or une des raisons qui peuvent justifier une telle valorisation est une meilleure position concurrentielle : l'achat leur donne, pour une raison ou pour une autre, un atout. On peut vouloir examiner si un tel atout concurrentiel ne pose pas de préjudice au fonctionnement du marché. On voit bien que l'idée d'un seuil en valeur de transaction a un fondement sur le plan du raisonnement économique. Néanmoins, l'Autorité a considéré que cet outil ne permettait pas d'analyser tous les types de cas qui posent problème. Nous avons donc envisagé quelque chose d'un peu plus large, d'un peu plus souple, que nous présenterons dans la suite de notre débat.

David Bosco : Je vous remercie. Beaucoup de prudence, mais je vois que la réforme allemande n'est pas à l'ordre du jour en France, du moins pour l'autorité de la concurrence.

Étienne Chantrel : Elle n'est pas proposée en tout cas.

David Bosco : Est-ce que du côté de la Commission européenne on s'interroge sur ce critère de la valeur de transaction pour attraper certaines transactions ?

Josep Maria Carpi Badia : En fait, l'on s'y interroge depuis 2016.

En effet, on a lancé une évaluation, avec une consultation publique en 2016. En 2018 on a organisé une consultation publique sur le numérique, sur l'impact de la digitalisation et le rôle de la politique de la concurrence.

Avant de proposer, le cas échéant, une réforme concrète, on doit toutefois considérer trois types de questions. Premièrement, est-ce qu'il y a un « *enforcement gap* » ? Si oui, quelles sont son importance et son envergure ? On

évoque toujours *Facebook/WhatsApp* quand on discute de ce type de question une opération qui par ailleurs a finalement été examinée par la Commission européenne ; ou d'autres opérations telles que *Facebook/Instagram* et *Google/Waze*, tout comme des transactions dans le secteur pharmaceutique. Mais la première étape est de savoir quelles transactions on ne capture pas à l'heure actuelle. Le deuxième élément de réflexion est, on en a aussi discuté ce matin, de savoir si les mécanismes existants, notamment les mécanismes de renvoi, nous permettent dans une certaine mesure de capturer ces opérations qui ne tombent pas initialement dans le champ d'application du règlement. On a des exemples comme *Facebook/WhatsApp* (2014), *Apple/Shazam* (2018) et *Microsoft/GitHub* (2018), des affaires pour lesquelles la Commission n'était pas compétente, mais qui nous ont été renvoyées. Troisièmement, si « *gap* » il y a, est-ce qu'on peut mettre en place un mécanisme qui opère un équilibre adéquat, qui permette de capturer ce type de transactions nous intéressant sans en capturer en même temps beaucoup d'autres qui ne méritent pas un examen au niveau de la Commission européenne ?

La décision dépend, finalement, de la réponse à ces trois questions.

David Bosco : Maître Giner, quelle est votre analyse de cette méthode à base de valeur de transaction ?

Marta Giner Asins : Sans surprise, je vais avoir un point de vue différent même si je pense effectivement que les interrogations sont celles que vous avez énoncées. Bien évidemment si je représentais WhatsApp j'aurais eu une position différente, mais globalement je pense que le fait d'introduire un nouveau seuil va effectivement augmenter la complexité. D'ailleurs, lors de votre introduction vous avez indiqué qu'en matière de concentration il y a toujours un élément politique. Mais en dehors de cet élément politique, il y a une convergence technique et je pense que c'est justement à travers cette convergence technique qu'il est possible de dépasser le politique. Cela va donc au-delà de la simple volonté de ne pas rendre la chose trop compliquée, je pense qu'en matière de concurrence, il est vraiment nécessaire de revenir au droit, il s'agit là d'un élément fondamental de la consolidation de la construction européenne. Les entreprises ont d'ailleurs un rôle fondamental à jouer dans cette convergence en pratiquant ce droit et en le rendant solide.

Le droit de la concurrence offre aujourd'hui des outils pouvant être utilisés pour pallier l'usage abusif d'une position dominante. Par exemple, s'il y a urgence, il est possible de prononcer des mesures conservatoires. L'Autorité de la concurrence dispose également d'un pouvoir d'injonction. Enfin, l'article L. 430-9

du Code de commerce offre également des solutions. Même si cet article n'a pas été utilisé jusqu'à maintenant c'est peut-être la réponse.

Il existe donc des solutions avant de tout changer. Je me méfie d'ailleurs beaucoup des changements législatifs causés par une circonstance particulière ou une évolution particulière du marché.

David Bosco : La transition est trouvée puisque l'article L. 430-9 pourrait permettre de corriger certaines situations. C'est la question d'un contrôle *ex post*. Il n'est pas nouveau ni isolé : dans certains pays, on pratique le contrôle *ex post* depuis fort longtemps, pas seulement en Europe. Aux États-Unis par exemple, on pratique un contrôle *ex post* et un contrôle *ex ante*. Ils cohabitent. En France, nous avons noté avec une certaine curiosité, surprise et beaucoup d'intérêt les propos de l'Autorité de la concurrence, qui ont ouvert la voie sur la possibilité d'un contrôle *ex post*. Nous avons bien noté les propos rassurants de l'Autorité de la concurrence : ce contrôle n'existerait que dans certains cas bien définis. Qu'en est-il, M. Chantrel ?

Étienne Chantrel : J'ai mentionné les deux consultations publiques menées par l'Autorité. La deuxième, en 2018, réduit un peu le champ des possibles. Elle repose sur la décision que si l'Autorité propose quelque chose, ce sera d'introduire un contrôle *ex post*. Je souhaite néanmoins préciser un peu les termes utilisés.

Le terme *ex post* est peut-être un peu trompeur, même si c'est celui qui s'est imposé dans la pratique. Quand on entend « contrôle *ex post* », on se dit qu'il s'agit de contrôler une opération qui a déjà eu lieu, et donc de défaire une opération, éventuellement longtemps après sa réalisation. Parmi les pays où cette possibilité existe, on compte des pays très développés puisque, comme vous le mentionnez, c'est aux États-Unis que le cœur historique du contrôle des concentrations repose sur un contrôle *ex post*. Il y avait un contrôle des concentrations *ex post* depuis la fin du XIX^e siècle et le *Clayton Act*, bien avant que ne soit introduit un contrôle *ex ante* avec le *HSR Act* des années 1970. De fait, aux États-Unis, on trouve des exemples d'opérations qui ont été défaites longtemps après leur réalisation. Je crois que leur record est 29 ans après, ce qui est très long ! De tels cas peuvent proprement être appelés *ex post*.

Le système que nous discutons à l'Autorité est plus proprement une sorte de pouvoir d'évocation en dessous des seuils. L'idée est qu'une concentration peut poser problème même si elle est en dessous des seuils actuels du contrôle, fondés sur des critères en niveau de CA. L'idée fondamentale n'est donc pas de défaire une opération après sa réalisation. Il y a tout de même un petit élément proprement *ex post*, car il faut bien déterminer, en l'absence de notification obligatoire et

d'interdiction de réaliser l'opération tant qu'elle n'a pas été autorisée, jusqu'à quand on a le droit de l'évoquer. On pourrait dire « jusqu'à sa réalisation », mais cela donnerait une possibilité d'échapper à ce nouveau contrôle assez aisé : il suffit d'accélérer un peu la réalisation et le pouvoir d'évocation disparaît. C'est pourquoi, dans ce système, nous proposerions de donner un petit peu de marge au contrôle en disant qu'on peut évoquer l'opération jusqu'à un petit peu après qu'elle a été réalisée.

Ce système, où il y a une possibilité d'évoquer une opération jusqu'à un petit peu après sa réalisation en plus d'une notification obligatoire *ex ante*, existe sous dans un certain nombre de pays européens : Irlande, Lituanie, Lettonie, Hongrie, Norvège, Suède. Je mets de côté le Royaume-Uni, car tout leur système est basé sur un principe d'évocation, sans notification obligatoire *ex ante*. Nos réflexions se sont beaucoup inspirées de la Suède, d'abord parce que le système hongrois n'existait pas encore lorsqu'on a commencé à y réfléchir.

Un tel système a un avantage majeur, dans le cadre du débat posé par Jose : il assure que l'on ne contrôle pas un grand nombre d'opérations sans enjeux pour seulement quelques opérations problématiques. Sur ce plan c'est le système idéal, car par construction seules les opérations posant des problèmes sont examinées. Mais évidemment, atteindre l'idéal sur ce plan se fait au détriment d'autres dimensions. En l'occurrence, l'inconvénient est qu'on perd un peu sur le plan de la sécurité juridique des entreprises. Si un tel système est mis en place en effet, il n'y a plus de garantie qu'une opération sous les seuils en CA ne sera pas examinée par l'Autorité, et ce jusqu'à un peu après la réalisation. Il y a donc un débat entre les bénéfices et coûts d'une telle réforme : est-ce que ce risque de contrôle, cette épée de Damoclès, impose un coût trop grand pour les entreprises par rapport au problème qu'on tente de résoudre ou pas ?

Il nous a semblé tout bien considéré qu'en tout cas la question était intéressante. Rappelons que dans certains pays, comme les États-Unis ou le Japon, le contrôle peut s'exercer des années après la réalisation de l'opération. Cela ne semble pas avoir trop nui à l'économie américaine en termes de sécurité juridique : il est manifestement possible de s'accommoder de ce type de contrôle tout en restant une économie dynamique ! Par ailleurs, cela fonctionne en Suède. L'autorité suédoise évoque en moyenne quelques opérations par an, ce qui est l'étiage que nous avons en tête si l'on doit aller dans cette direction en France.

Suite à ces deux consultations, l'Autorité a annoncé fin 2018 qu'elle trouvait cet outil suffisamment intéressant pour le proposer au gouvernement français, qui réfléchit à l'idée. Le Premier ministre a mentionné cette réforme comme une possibilité digne d'intérêt lors de son discours en mars 2019 à l'occasion des dix ans

de l'Autorité de la concurrence. Par ailleurs, plusieurs rapports publics ont repris cette proposition. Pour l'instant le gouvernement a repris la proposition pour le niveau européen. Cela a été mentionné par le ministre de l'économie Bruno Lemaire lors de la réunion du G7 Concurrence, pas pour la France, mais pour le niveau européen. Pour la France, le gouvernement français ne s'est pas encore prononcé.

David Bosco : Donc pour résumer, nous sommes en dessous des seuils, il ne s'agit pas de faire un contrôle *ex post* au-delà des seuils et on attrape le poisson qu'on a envie d'attraper est-ce qu'il y aurait un critère ?

Étienne Chantrel : Si on prend le cas suédois, le critère est « des préoccupations substantielles de concurrence », qui sont ensuite précisées par des lignes directrices. Ce critère est assez large, et la pratique est venue le préciser puisque le système existe depuis 2002.

David Bosco : Qu'en penseraient, selon vous, les entreprises, Me Giner Assins ?

Marta Giner Assins : Ma position est contraire à cette proposition. Premièrement, je pense qu'il y a un réel problème d'égalité de traitement devant la loi. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que la position dominante n'est pas interdite en tant que telle et de ce point de vue le régime du contrôle des concentrations est un régime dérogatoire. C'est un régime exceptionnel et en tant que tel il doit être interprété de manière stricte. Lorsque l'on donne le pouvoir de contrôler la position dominante il faut que ce soit fait de manière extrêmement précise et avec une sécurité juridique parfaite parce que cela va au-delà de ce que les règles de concurrence avaient prévu à l'origine.

De même, vous imaginez la quantité de mécanismes qu'il faudrait mettre en place pour monitorer tout cela au quotidien ? Le contrôle des concentrations est un système déjà assez lourd pour les entreprises, la mise en place d'un contrôle *ex post* remettrait en cause tous les mécanismes du M&A basés sur les deux phases de *signing* et de *closing*. Puisqu'en effet, la condition de concurrence serait systématiquement remplie après le *closing*. Par définition, cela altérerait le mécanisme en application duquel un contrat est formé lorsque les conditions suspensives sont remplies.

Cette proposition amène donc des interrogations tant dans sa gestion que d'un point de vue purement juridique. J'espère qu'il y aura des recours devant le Conseil d'État, mais quoi qu'il en soit je pense que cela va à l'encontre de la clarté de la loi et des principes constitutionnels.

David Bosco : Parle-t-on de cela à la Commission européenne ?

Josep Maria Carpi Badia : Marta et Etienne ont exposé les deux positions opposées. Ils ont très bien expliqué les deux visions et leurs avantages et inconvénients. Je comprends bien sûr l'intérêt de l'Autorité de s'assurer qu'il n'y a pas d'opérations qui échappent à sa compétence, mais qui peuvent avoir des conséquences négatives sur la concurrence. Marta a néanmoins soulevé des questions importantes à prendre en considération.

David Bosco : M. Bien, a-t-on une règle similaire en Allemagne ?

Florian Bien : Permettez-moi de vous exposer mon appréciation des propositions de l'Autorité de la concurrence dans le miroir de l'évolution historique du contrôle des concentrations en Allemagne. En effet et comme cela a été justement rappelé par Catherine, au moment de l'entrée en vigueur de la Loi allemande contre les restrictions à la concurrence, le GWB, le 1^{er} janvier 1958, la pression du syndicat industriel BDI (*Bundesverband der Deutschen Industrie e. V.*) était si forte qu'on n'a pas pu instaurer un contrôle des fusions. L'on se limitait alors à demander aux entreprises d'informer le *Bundeskartellamt* des projets de concentrations. Il s'agissait là d'un mécanisme qui était censé permettre au *Bundeskartellamt* de mieux connaître le marché. Ce n'est qu'en 1973 que le législateur allemand a trouvé le courage d'introduire le contrôle des fusions, qui a, contrairement à la situation en France, dès le début été confié au *Bundeskartellamt*. À ce moment-là, on était confronté à un système mixte, à savoir une distinction entre des concentrations qui étaient à notifier et à être examinées avant leur réalisation et d'autres où il y n'avait qu'un contrôle *ex post*. On a finalement abandonné ce système mixte en 1998 en faveur d'un contrôle systématique *ex ante* suite aux grandes difficultés liées à la dissociation des entités une fois fusionnées. C'est dans ce contexte que je pense que les critiques exprimées par le monde des affaires français trouveraient un écho en Allemagne. Je suis assez certain qu'on aurait peu de sympathie pour une approche qui permettrait au *Bundeskartellamt* de se pencher rétroactivement sur des dossiers concernant des concentrations déjà réalisées. Cela dit, l'on pourrait peut-être remédier à de telles craintes bien compréhensibles des entreprises et dessiner des mécanismes souples permettant aux entreprises de se mettre à l'abri. Je pense notamment à l'introduction de la possibilité ouverte aux entreprises de notifier de manière volontaire un projet de concentration. L'autorité en charge de la concurrence serait ainsi obligée de donner une réponse définitive. Un tel mécanisme semble bien marcher au Royaume-Uni, où il concerne même la totalité des opérations. D'ailleurs, le *Bundeskartellamt* traite plus de 1200 affaires par an et l'on peut bien se demander s'il ne serait pas possible d'alléger la charge des entreprises et aussi de l'autorité en faisant un tri un peu plus raisonnable. La possibilité d'un contrôle *ex post* (avec la

possibilité d'une notification volontaire) permettrait peut-être de réduire un peu le nombre des notifications obligatoires.

David Bosco : Quoi qu'il en soit, la convergence ne peut que succéder au dialogue et le dialogue, vous le voyez, est tout à fait vif sur ce sujet-là. Je vous propose même de l'étendre maintenant à la salle pour, peut-être, avoir des questions.

Catherine Prieto : J'aimerais connaître la raison qui a amené la France à s'intéresser à la question du contrôle *ex post* en suivant le modèle de la Suède.

Étienne Chantrel : Dans le cas suédois, cet outil est utilisé de manière exceptionnelle : peut-être 5 cas en dix ans, même si le rythme est un plutôt aujourd'hui d'un cas par an en moyenne.

Les « préoccupations substantielles » auxquelles on pourrait penser pourraient être soit des positions extrêmement importantes sur des marchés de niche, ce qui est arrivé dans certains cas, soit des opérations structurantes en dessous des seuils en CA telles que le rachat de jeunes pousses.

Le critère de la position sur des marchés très locaux peut se rapprocher du seuil spécifique pour le commerce de détail qui existe en France. Une des manières de justifier ce seuil est en effet la suivante : les concentrations de commerce de détail, parce qu'elles concernent des marchés par essence locaux, peuvent entraîner des positions extrêmement importantes au niveau local même avec des niveaux de CA relativement faibles. C'est un peu la même justification que pour le système que nous proposons.

Nous entendons bien sûr les questions que cela peut poser sur la sécurité juridique et sur les procédures actuelles du M&A. Pour autant, je ne crois pas que la scène du M&A soit moins dynamique aux États-Unis qu'en Europe alors qu'ils ont un pouvoir d'évocation *ex post* depuis 120 ans. Ils ont su s'y adapter tout en ayant un dynamisme du M&A. Ce n'est pas insurmontable.

Florian Bien : Après avoir exprimé ma compréhension de l'attitude critique des entreprises et avoir formulé mes propres réserves concernant un contrôle *ex post* et cela au nom de la sécurité juridique, je me sens également amené à conforter un peu la position de l'Autorité de la concurrence. On constate un certain décalage entre, d'un côté, un très grand nombre de projets notifiés par an, et de l'autre, un très faible taux d'interdictions. Pour vous donner les chiffres de l'année 2018 : sur un total de 1.400 notifications environ, le *Bundeskartellamt* n'est entré en deuxième phase que dans 12 cas. Les entreprises ont abandonné de manière

spontanée leurs projets dans 4 cas. Le *Bundeskartellamt* n'a accordé l'autorisation que sous certaines conditions dans un seul cas. Néanmoins, le Président du *Bundeskartellamt* Andreas Mundt exprime parfois son regret qu'un certain nombre de concentrations passent en dessous des seuils et ne puissent être contrôlées. Ainsi, l'opérateur de bus Flixbus a peu à peu racheté tous ses concurrents et a ainsi acquis un monopole sur le marché des bus de longue distance. D'un point de vue concurrentiel, cela peut sembler regrettable. Or, les seuils de notification n'ont pas été atteints impliquant que toutes ces opérations ont échappé au contrôle exercé par le *Bundeskartellamt*. L'on pourrait alors avoir un intérêt à une certaine souplesse comme elle existe apparemment en Suède. En l'état actuel, on n'a pas encore trouvé le bon équilibre.

Étienne Chantrel : Pour donner un exemple : il y a deux mois, une concentration dans un marché du transport a fait passer le nombre d'acteurs sur ce marché de 3 à 2 acteurs nationaux, avec quelques acteurs locaux. Cette opération n'a pas été analysée par l'Autorité puisque les seuils de CA n'étaient pas atteints, mais on peut se demander si elle est anodine pour autant. L'étape suivante serait de passer à un seul acteur comme c'est le cas en Allemagne, et ce sera toujours sous les seuils.

Marta Giner Assins : Peut-être que la question serait de baisser les seuils. Néanmoins, je le répète encore une fois, la position dominante n'est pas interdite en tant que telle. Encore faut-il qu'elle soit utilisée à mauvais escient et même dans ce cas, il existe toute une batterie de mesures qui permettent de résoudre cela.

Florian Bien : Juste une remarque, c'est sûr que les abus sont interdits, mais nous sommes tous conscients que lorsqu'on a 3 acteurs les prix ne sont pas les mêmes que quand on a 1 seul acteur. En Allemagne, les prix de transport en autocar ont considérablement augmenté après cette réduction du nombre d'acteurs. Il ne faut pas un abus exploitatif pour qu'on puisse interdire ou ne pas souhaiter une concentration.

Étienne Chantrel : Pour caricaturer un peu, je dirais qu'un raisonnement d'économiste serait, que peu importe qu'il y ait un abus ou pas. On s'intéresse au surplus dans l'économie et au fonctionnement de l'économie, notamment à son dynamisme. On s'intéresse au fait de savoir si le marché fonctionne correctement.

David Bosco : Est-ce qu'on peut imaginer qu'en dessous des seuils on pourrait permettre aux entreprises de notifier : ce ne serait pas une notification au sens du contrôle des concentrations, mais une occasion d'obtenir garantie de sécurité juridique ?

Étienne Chantrel : Nous n'avons pas forcément envie de proposer une notification volontaire, pour éviter une multiplication des demandes. On peut néanmoins noter que les demandes de renseignements spontanées existent pour d'autres aspects du contrôle des concentrations, avec notamment les demandes de contrôlabilité, qui existent tant devant les autorités nationales de concurrence que devant la Commission. Ces demandes de contrôlabilité consistent à interroger une autorité sur le point de savoir si une opération est contrôlable ou pas. En pratique, en France la réponse est rapide.

David Bosco : Si la France organise ce contrôle *ex post*, ne sera-t-elle pas isolée ? Peut-on essayer d'élargir la discussion et savoir comment de manière harmonisée on peut attraper ces opérations qui posent problème ?

Étienne Chantrel : L'Allemagne et l'Autriche ont choisi de mettre en place un seuil en valeur de transaction. Par ailleurs, l'Allemagne réfléchit à une nouvelle réforme à l'occasion du « dixième amendement » à leur loi sur la concurrence, nécessaire de toute façon pour transposer la directive ECN+. La réflexion est très préliminaire et on ne sait pas quelle solution sera retenue. La Hongrie a choisi de mettre en place un contrôle *ex post*.

La France n'en est pas là. L'Autorité a juste proposé au gouvernement cette réforme, et le gouvernement n'a pas donné sa réponse.

C'est vrai qu'on peut aussi demander si on peut le mettre en place au niveau européen. Si on en croit le discours du ministre, ce sera une proposition faite par la France pour le mandat de la future Commission.

David Bosco : Je vais le dire de manière un peu plus directe : est-ce que la Commission européenne ne devrait pas avoir un rôle d'initiative pour que, dans tous les pays européens, on adopte la même approche ? Que faire des opérations qui sont en dessous des seuils et qui posent problème ?

Josep Maria Carpi Badia : Vous permettrez que je ne me prononce pas.

Je note, en tous cas, que, il y a quelques années, plusieurs initiatives ont soulevé la question de savoir si, à terme, il serait convenable d'aller au-delà d'une convergence « non contraignante » en matière de contrôle des concentrations en Europe, et donc de mettre en œuvre un système où tant la Commission que les autorités nationales appliquent le droit matériel de contrôle des concentrations de l'UE, au moins pour des opérations transfrontalières (un système, donc, similaire au cadre en vigueur pour la mise en œuvre des règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles des articles 101 et 102 du traité). C'est une question qui a été

posée, en effet, à plusieurs reprises, par exemple en 2010 dans le rapport *Monti*, ou en 2013 dans un rapport de l'Autorité de la concurrence en France (le « rapport Zivy »), ou encore en 2014 dans le Livre Blanc de la Commission européenne. Ces idées, pour l'instant, n'ont pas eu de suite.

Un dernier commentaire, peut-être. On examine quelquefois différentes réformes possibles de façon individuelle. Mais il y a toujours la possibilité d'opérer un certain « *trade-off* » entre différentes réformes, Florian l'a bien expliqué. Par exemple, la possibilité d'élargir la compétence de l'autorité en cause pourrait être accompagnée d'une simplification du régime pour les opérations moins susceptibles de poser des problèmes de concurrence : il y aurait là un *trade-off* entre les intérêts et objectifs des entreprises et l'intérêt de l'autorité.

En fin de compte, toutes les autorités essaient de faire trois choses en même temps : nous assurer que notre compétence capture suffisamment les opérations qui pourraient poser des problèmes de concurrence ; essayer de simplifier autant que possible le traitement des types d'opérations qui ne posent pas de problèmes ; et, inversement, pour les opérations problématiques, faire en sorte qu'on ait les moyens de les traiter de façon approfondie et de remédier efficacement les problèmes de concurrence identifiés.

Florian Bien : C'est peut-être le régime du contrôle des investissements étrangers qui pourrait éventuellement servir de source d'inspiration. Là aussi, la loi allemande permet aux entreprises de procéder à une notification volontaire auprès du ministère de l'économie compétent en la matière. Les entreprises peuvent ainsi s'assurer d'avance qu'elles n'ont rien à craindre une fois l'investissement réalisé.

Marta Giner Assins : Ce sujet doit être traité avec une réforme qui concilie différents intérêts. Quel est le rôle d'une autorité de la concurrence ? Est-ce que c'est de réguler l'économie à l'extrême ? Il ne faut pas oublier qu'il y a quand même la liberté d'entreprendre dans la constitution. Cela me heurte fondamentalement de laisser entre les mains d'une autorité la décision des effets anticoncurrentiels.

Il est toujours fait référence à *Continental Can*, mais le sujet a été dépassé depuis 1973, les choses ont beaucoup évolué. La question posée dans *Continental Can* était de savoir dans quelle mesure une concentration peut constituer un abus. Mais la Cour de justice elle-même s'était rendu compte que pour qualifier l'abus il fallait étirer les concepts de manière non naturelle, c'est d'ailleurs qui a amené à l'adoption d'un règlement de contrôle des concentrations. Il faut donc se limiter au strict cadre posé par le Règlement et ne pas retomber dans cette zone grise. Il est nécessaire d'établir des règles précises pour les entreprises.

Étienne Chantrel : Pour le délai, nous n'avons pas encore de position. Notons néanmoins que ce délai est de deux ans en Suède, et qu'il n'y a aucun délai aux États-Unis, où le contrôle peut toujours s'exercer, même des décennies après la réalisation. Je pense personnellement qu'un an serait un délai raisonnable.

Florian Bien : Bien entendu, il serait concevable d'atténuer les effets d'un système de contrôle *ex post* en prévoyant la possibilité d'une sorte de notification volontaire comme c'est le cas au Royaume-Uni ou pour le contrôle des investissements étrangers. Cela dit, je pense que sur ce point, les entreprises ne font pas suffisamment confiance à la Commission. Elles n'ont pas toutes apprécié la transition vers un système d'auto-évaluation et de contrôle *ex post* mis en place par le Règlement n° 1/2003 en matière antitrust. Le législateur européen a beau prévoir à l'article 10 du même règlement la possibilité pour la Commission de donner un avis favorable à un comportement dont l'évaluation de sa légalité n'est pas facile, et cela dans la forme d'une décision formelle. Hélas, jusqu'à aujourd'hui, cet article n'a jamais été mis en œuvre. C'est pourquoi je comprendrais une certaine réserve des acteurs économiques vis-à-vis d'une solution qui serait basée sur la bonne volonté des autorités en charge du contrôle des concentrations de donner une évaluation définitive des projets que leur soumettraient les entreprises. Ainsi, je plaiderais plutôt pour un système dans lequel les entreprises notificantes disposeraient d'un droit d'exiger une telle évaluation définitive et cela dans un délai semblable à ceux déjà en vigueur.

Question dans la salle : Et si un contrôle *ex post* permettait une efficacité économique ?

Étienne Chantrel : C'est le système britannique. Il n'y a pas de contrôle obligatoire *ex ante*. Cela a une certaine beauté intellectuelle : là où les Allemands font 1 200 contrôles par an et nous 235 décisions d'autorisation l'an dernier, les Britanniques ne regardent que quelques dizaines d'opérations, par construction essentiellement des opérations à enjeu.

Marta Giner Assins : La charge pour les entreprises est très importante même lorsqu'il n'y a pas de remèdes. J'ai eu le cas très récemment avec un client qui n'a pas notifié au UK et qui était autour des 25 % de « *share of supply* » et nous avons donc reçu des questionnaires. Je trouve cela extrêmement choquant de devoir investir autant d'énergie pour répondre à un questionnaire pour au final être informé que l'opération ne pose pas de problème.

Par conséquent, s'il y a un contrôle *ex post* cela doit forcément se résoudre par une notification volontaire. Mais, cela pose la question des ressources tant pour

l'autorité que pour les entreprises puisqu'au-delà de la réflexion intellectuelle les notifications volontaires ont un coût.

David Bosco : « Il y a la réflexion intellectuelle, mais il y a aussi le coût pour les entreprises. » Ce sera le mot de la fin, merci à tous.

Rapport de synthèse Un réseau informel efficace

Catherine PRIETO

*Professeur à l'École de droit de la Sorbonne
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

A l'issue de ce colloque, il semble que son intitulé « *Vers un réseau européen des concentrations* » est dépassé. L'absence de point d'interrogation laissait déjà penser que le chemin était bien balisé. Or, il apparaît qu'il ne s'agit plus d'aller « vers » un réseau européen des concentrations », car nous y sommes parvenus. Certes, il faut nuancer le propos. C'est la raison pour laquelle Laurence Idot a pris soin, dès le rapport introductif, de présenter le contraste entre l'absence d'un réseau formel et l'existence d'un réseau informel. Cependant, la surprise vient du fait que ce réseau formel apporte une telle satisfaction que l'enjeu de le rendre formel semble avoir disparu.

Dans l'approche formelle, il est possible de relever le terme « réseau » dans deux textes. Tout d'abord, le considérant 14 du règlement 139/2004 l'utilise pour formuler ce qui ressemble à un vœu. Il déclare : « *les autorités compétentes des États membres devraient former ensemble un réseau d'autorités publiques utilisant leurs compétences respectives en étroite coopération à l'aide de mécanismes efficaces d'échange d'informations et de consultation, en vue de garantir qu'une affaire est traitée par l'autorité la plus appropriée, à la lumière du principe de subsidiarité et de manière à garantir que des notifications multiples d'une concentration donnée sont évitées dans toute la mesure du possible* ». Les renvois sont ensuite mentionnés dans ce même considérant comme un outil devant être exploité de manière efficace. En second lieu, la communication de 2005 sur le renvoi des affaires comprend des développements sous l'intitulé « le réseau des autorités de concurrence », ce qui semble dépasser le stade du simple vœu, mais limite la notion de réseau au fonctionnement des renvois. Il est vrai aussi qu'une perception de réseau est nourrie non seulement par le principe de liaison verticale entre la Commission et les autorités nationales pour la fourniture d'informations, mais aussi et surtout par l'existence du comité consultatif des autorités nationales obligatoirement consulté en phase 2 et donc nécessairement informé dès la notification.

C'est avec l'*European Competition Authorities* (ECA) que nous entrons de plain-pied dans un réseau informel. En lien avec l'Espace Économique Européen qui unit l'Union européenne avec trois États de l'Association Européenne de Libre Échange (AELE), ce réseau a été créé en 2001 de manière « spontanée » entre, d'une part, la Commission et les autorités nationales de concurrence des 28 États

membres, et, d'autre part, la Norvège et l'Islande. Dès sa création, il a établi un guide de procédure pour organiser les échanges d'informations sur la base de fiches d'informations quand une opération notifiée dans un pays est susceptible de l'être également dans d'autres. En 2004, l'ECA a adopté des principes de bonnes pratiques pour les mécanismes de renvoi. Puis, en 2010, un groupe de travail ad hoc, nommé « *EU Merger Working Group* » (MGW), a été constitué avec les membres de l'AELE et l'Autorité de surveillance EFTA.

Ce groupe MGW joue un rôle crucial. Josep-Maria Carpi-Badia insiste sur l'ampleur de sa vocation : contribuer à une plus grande coopération, une convergence et même une cohérence dans le traitement des concentrations par toutes les autorités européennes de concurrence. Le groupe est activement en quête d'améliorations et repose sur un échange d'expertise. Josep-Maria Carpi-Badia indique qu'il se réunit plusieurs fois par an sous la présidence de la Commission et de deux autorités nationales en co-présidence. Jérôme Vidal décrit ses réunions, très appréciées par les participants, comme l'occasion pour chaque autorité de concurrence présenter sous forme d'études de cas son expérience récente. Il ne cache pas qu'elle y trouve une source d'inspiration. Il fait référence à l'affaire *AxelPringer/LogicImmo*, qui a bénéficié de la pratique décisionnelle du *Bundeskartellamt* en matière de marché biface, et à l'affaire *Fnac/Darty* qui a trouvé un appui dans la pratique britannique. Simon Vande Walle précise que la politique de concurrence en matière de concentrations est même discutée comme ce fut le cas à propos de la prise en compte des intérêts publics dans la pratique décisionnelle. Josep-Maria Carpi-Badia souligne tous les fruits produits par ce groupe : des Bonnes pratiques de traitement des fusions transfrontalières adoptées en 2011, des rapports, des notes de synthèse. Selon ce dernier, l'objectif est clairement de réduire le risque de décisions divergentes. Le groupe a aussi joué un rôle majeur dans une modification en 2016 des *Working arrangements* sur le fonctionnement du comité consultatif en matière de concentrations.

Ainsi, de manière singulière, l'association avec les pays de l'AELE a servi, par la constitution de l'ECA, à mettre en œuvre de manière intense la recommandation d'une coopération étroite dans le considérant 14 du règlement n° 139/2004. Le *working arrangement* a non seulement étoffé les informations, les étapes des échanges, mais a officialisé la fonction de conseiller rapporteur qui exerce un rôle important dans le bon fonctionnement du comité consultatif. Laurence Idot relève que ce texte n'a pas été publié au journal officiel de l'Union, mais seulement sur le site de la DG Comp, ce qui le fait entrer dans la catégorie de *soft law* de second rang, de plus faible portée juridique vis-à-vis des tiers. Mais, en interne, il renforce l'existence du réseau informel.

Deux axes d'étude lors de cette journée de débats ont permis d'approfondir des pistes de perfectionnement : le fonctionnement des renvois et la marge de progression en matière d'harmonisation.

L'efficacité du système des renvois est apparu clairement lors de la première table ronde présidée par Martine Béhar-Touchais. Il était intéressant de percevoir leur mise en œuvre concrète à travers les statistiques présentées par Simon Vande Walle et Jérôme Vidal. Dès l'origine, la règle de délimitation des compétences selon le franchissement des seuils en chiffres d'affaires a été édulcorée avec des renvois. Le graphique du nombre de demandes acceptées de renvois met en lumière une forte augmentation à partir de 200. Ceci coïncide avec l'introduction dans le règlement n°139/2004 de la possibilité offerte aux entreprises de demander un renvoi. Le second graphique confirme que le renvoi est plus sollicité par les entreprises que par les États membres et que celles-ci sollicitent davantage le renvoi ascendant selon l'article 4 paragraphe 5 que le renvoi descendant selon l'article 4 paragraphe 4. Simon Vande Walle en conclut que le mécanisme de renvois est avant tout un service rendu aux entreprises. Dans cette veine, Jérôme Vidal fait savoir que l'Autorité française ne s'oppose jamais à une demande de renvoi ascendant, tant le principe du guichet unique lui paraît important pour simplifier la vie des entreprises. Il indique que les rapports annuels de l'Autorité française ne mentionnent que les rapports descendants puisque seuls ceux-ci font l'objet d'une décision. On peut en dénombrer 20 sur le fondement de l'article 4 paragraphe 4 depuis 2009. Les renvois descendants à la demande de l'Autorité sur le fondement de l'article 9 sont très rares : quatre en dix ans. Quant aux renvois ascendants sur le fondement de l'article 22, Jérôme Vidal ne mentionne qu'une seule illustration d'une demande initiée par l'Autorité française : l'affaire très sensible du rachat des chantiers navals de l'Atlantique par le groupe italien Fincantieri. Le plus souvent, l'Autorité française intervient en soutien d'une demande sollicitée par une autre autorité nationale.

L'attachement des entreprises au guichet unique cède parfois le pas devant une certaine stratégie de la part des entreprises. Elle les fait se retourner vers plusieurs autorités nationales plutôt que vers la Commission. Jérôme Vidal révèle que de nombreuses opérations transfrontalières sont multinotifiées sans que les entreprises aient demandé un renvoi. Il est vrai que l'article 4 paragraphe 5 n'est pas obligatoire. Ainsi, l'Autorité française a rendu treize décisions en 2018 concomitamment à d'autres autorités nationales. Didier Théophile éclaire ce point de stratégie. De manière générale, les entreprises cherchent plutôt à diminuer le nombre de notifications, ce qui explique le plus grand nombre de demandes de renvois ascendants. Cependant, elles peuvent aussi avoir intérêt à ne pas avoir à notifier à la Commission. En termes de durée de procédure, il apparaît que trois notifications devant des autorités nationales peuvent entraîner un examen moins

long que devant la Commission. On comprend que les cabinets d'avocat ont su développer un savoir-faire dans la gestion des notifications multiples avec des logiciels adaptés à la plurinotification à l'échelle internationale. Le traitement à l'échelle européenne n'apparaît donc pas si compliqué. En outre, il peut être plus opportun pour des entreprises de s'attacher à un examen national plutôt qu'à un examen par la Commission dans la mesure où l'expertise nationale sur un marché donné peut-être plus grande que celle de la Commission. Tel a été le cas pour des affaires de grande distribution bien maîtrisées par l'Autorité française. Outre la plurinotification, cela explique les demandes de renvois descendants sur le fondement de l'article 4 paragraphe 4. Florian Bien conforte également l'intérêt que peuvent avoir des entreprises à un examen par le *Bundeskartellamt* en termes de délimitation de marché pertinent, d'absence de décision en phase 1 neutralisant tout recours émanant de tiers et, enfin, l'existence d'une phase 3 par une décision ultime du ministre de l'économie.

A l'inverse, une stratégie peut exploiter les renvois au profit de la Commission. Dans les hypothèses de non-franchissement de seuils, les renvois ascendants sont exploités pour faire valoir l'expertise de la Commission. Cette stratégie concerne autant les entreprises que les autorités nationales. Ainsi, Facebook et WhatsApp ont demandé un renvoi sur la base de l'article 4 paragraphe 5. Quant aux autorités nationales, elles ont habilement exploité leurs différences de contrôlabilité des concentrations pour « attraper » une opération comme celle de l'acquisition de Shazam par Apple et la confier à la Commission. On ne peut que se féliciter de la malléabilité offerte par les renvois utilisés, en définitive, à une autre fin que celle pour laquelle ils ont été créés.

Il n'en demeure pas moins qu'un rêve français continue laisse son empreinte dans les esprits. C'est la raison pour laquelle Martine Béhar-Touchais a tenu revenir sur les perspectives d'avenir du Livre blanc de 2014 « Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE ». Jérôme Vidal a insisté sur les pistes intéressantes qu'avait soulevé, en préalable, le rapport français « Pour un contrôle plus simple, cohérent et stratégique en Europe ». On y relevait notamment la proposition de désigner dans les opérations transfrontalières l'autorité la mieux placée pour qu'elle applique non pas son droit national, mais le règlement n° 139/2004. L'inspiration du REC est flagrante. De même était très intéressante la proposition d'opérer un renvoi ascendant possible dès la notification à deux États membres seulement, et non plus à partir de trois États membres. On comprend que c'était là un moyen de résoudre des vues divergentes et de neutraliser un risque de décisions contradictoires. Dans la consultation publique du Livre blanc, la proposition avait été mise en avant à cet effet.

En tout état de cause, Jérôme Vidal et Simon Vande Walle soulignent qu'un réseau formel ne prendrait tout son sens que s'il s'appuyait sur un droit substantiel unique pour les fusions transfrontières. Ceci permet d'opérer la transition avec l'harmonisation, second axe de réflexions.

Lors de la deuxième table-ronde présidée par David Bosco, un bilan encourageant a pu être dégagé sur le plan de l'harmonisation, mais avec des marges de progression encore importantes. Josep-Maria Carpi-Badia a rappelé avec insistance l'enjeu d'une harmonisation ambitieuse. La perspective d'un réseau formel est liée à l'existence de mêmes règles matérielles appliquées par toutes les autorités nationales. David Bosco saisit que le réseau informel est le moyen d'avancer à un bon rythme sur le chemin d'une harmonisation complète.

La convergence est une demande pressante des entreprises, de même que la coopération entre les autorités. Marta Giner Asins donne une longue énumération de sujets dans lesquels ce besoin a été vivement ressenti dans sa pratique d'avocat : la notion même de concentration, comme par exemple les joint-ventures ou encore les prises de participation minoritaire ; les différences de seuils dans leur nature et dans leurs niveaux ; les différences d'usage dans l'opportunité d'une pré-notification ; le traitement des restrictions accessoires pour ce qui concerne les clauses de non-concurrence et les clauses de non-démarchage. L'analyse bien connue sous l'expression « multi J » ou « multi-juridictionnelle » en est l'expression et représente une charge lourde et risquée pour les conseils et les entreprises.

Josep-Maria Carpi-Badia plaide en faveur d'une convergence progressive qui fait ses preuves. Il rappelle combien la Commission a pu et peut encore jouer un rôle significatif à cet égard. Il suffit d'évoquer l'influence exercée par le règlement n° 139/2004 dans son nouveau critère d'application matérielle élargi au-delà de la notion de dominance. Alors que l'hostilité à ce changement était marquée, il a inspiré finalement des modifications dans de nombreux systèmes nationaux. Josep-Maria Carpi-Badia se félicite aussi du rôle nouvellement joué par la Cour de justice au service de cette harmonisation. Les arrêts *Austria-Asphalt* et *Ernst & Young* sont tout autant exemplaires que prometteurs. Enfin, il revient sur le rôle majeur du MGW au profit de la cohérence et de la convergence des systèmes nationaux.

L'harmonisation dépend essentiellement de la nature et de l'intensité du dialogue. Il était certes vertical à l'origine, mais il tend à être de plus en plus horizontal selon Etienne Chantrel. Plusieurs groupes travaillent en parallèle. Le MGW de l'ECA est évidemment une figure de proue. Mais il cite également un groupe informel sur le numérique. Or, celui était une émanation du REC, même

s'il n'apparaît pas dans la liste des groupes de travail formels. La question s'est alors posée de savoir si les questionnements relatifs à l'application du contrôle des concentrations dans le secteur du numérique devait être traité dans le cadre du REC ou dans celui du MWG. Finalement, il est apparu nécessaire de maintenir la réflexion dans les deux à la fois ! L'illustration est très révélatrice de l'artifice à maintenir des réseaux parallèles et cloisonnés alors que la politique de concurrence est dans un « tout » fait d'instruments distincts mais articulés. Il est clair aussi que la multiplication des rencontres informelles encourage les contacts informels entre les Autorités. Etienne Chantrel mentionne les demandes spontanées entre elles, comme l'a fait par exemple la CMA sur le traitement des zones locales. Il mentionne aussi les contacts très informels entre les agents eux-mêmes, mis en confiance par des relations interpersonnelles.

S'agissant des relations horizontales entre les autorités nationales, Florian Bien met en avant la coopération ayant existé entre l'autorité allemande et l'autorité autrichienne. Il est vrai que les deux pays ont partagé la même préoccupation face au GAFA, notamment à propos de l'acquisition de WhatsApp par Facebook. Lors de la 9^{ème} réforme du GWB, sa grande loi de la concurrence, le législateur allemand a introduit de manière subsidiaire un deuxième seuil de notification en termes de valeur de la transaction. Le législateur autrichien s'en est directement inspiré. Ceci a incité les autorités nationales de ces deux pays à élaborer ensemble des lignes directrices destinées à éclairer les conditions cumulatives pour la prise en compte de seuil subsidiaire.

Les questions de David Bosco ont ensuite mis à jour la voie divergente dans laquelle s'engage la France sur le type de réponse adéquate face au défi du numérique. Etienne Chantrel a rappelé les nombreuses consultations publiques qui ont montré les résistances des praticiens à l'introduction d'un seuil en valeur de transaction et à l'introduction d'un contrôle *ex post*. A cet égard Marta Giner Asins confirme pleinement ces résistances et suggère de mieux exploiter les mesures conservatoires, voire l'article L. 430-9 du Code de commerce. Néanmoins, le contrôle *ex post* semble retenir la plus grande attention de l'Autorité de la concurrence. Etienne Chantrel explicite les préoccupations de concurrence qui le justifieraient : des positions très importantes sur des marchés de niche ; l'acquisition de jeunes pousses. Quant à la sécurité juridique des fusions-acquisitions, il en appelle à l'expérience des États-Unis du contrôle *ex post* où le dynamisme des M&A n'a jamais faibli. De plus, le contrôle *ex post* n'est pas le terme idoine selon lui, car il ne s'agirait pas de remettre en cause des opérations réalisées depuis un certain temps. Il s'agirait plus exactement d'un pouvoir d'évocation en-dessous des seuils avant que l'opération ne soit pleinement réalisée. David Bosco suggère un système de notifications volontaires, mais il lui est rétorqué le risque de saturation tant est grand le besoin de sécurité juridique des entreprises.

En ce sens, Florian Bien apporte un éclairage plutôt favorable à l'orientation de l'Autorité de la concurrence. Certes, il rappelle l'attachement traditionnel en Allemagne en faveur de la sécurité juridique des entreprises. Il souligne également l'état de surcharge sur *Bundeskartellamt* : plus de 1 400 notifications en 2018 et 12 cas portés en phase 2. Malgré ce risque d'asphyxie de ses services, le Président Andreas Mundt regrette qu'un certain nombre d'opérations en-dessous des seuils passent à travers les mailles du filet. Les effets d'une concentration dans le domaine des transports ont beaucoup agité les esprits au regard d'une hausse des prix spectaculaire.

Josep-Maria Carpi-Badia constate que toutes les autorités tentent d'agir sur trois plans à la fois : s'assurer d'appréhender les opérations qui posent véritablement des problèmes concurrentiels ; simplifier le traitement des opérations qui, à l'évidence, ne posent pas de problèmes ; traiter de manière approfondie les opérations les plus problématiques en choisissant les bons remèdes. A cet effet, il faut trouver des compromis entre les intérêts des entreprises et les intérêts des autorités publiques. L'harmonisation ne se fera que sur la base de cette méthode des compromis.

* * *

En conclusion de cette journée de débats, il est permis de souligner combien est étonnante la démonstration fournie par la politique européenne de concurrence. Encore mal comprise par l'opinion publique et même par une certaine partie de la classe politique en France comme dans les autres États membres, elle suscite une forte adhésion par les autorités nationales de concurrence, conscientes de son potentiel de régulation économique. Le Réseau Européen de Concurrence (REC), institué a par le règlement n° 1/2003 pour la mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE, a considérablement changé les états d'esprit et a cassé les cloisonnements administratifs. Les bienfaits des échanges de vue, de la coopération ont été expérimentés. Ce n'est plus une attitude de repli national, mais au contraire un élan permanent pour approfondir la coopération, gage d'efficacité pour chacun des acteurs. Le REC a assurément diffusé un besoin de parallélisme dans le domaine des concentrations. C'est la raison pour laquelle il n'est pas opportun de stigmatiser les confusions terminologiques qui apparaissent, ici ou là, dans les rapports annuels ou sur les sites internet des institutions. Ces confusions sur l'emploi de l'expression « Réseau Européen de Concurrence » sont en définitive un signe prometteur. Le réseau est vécu en tant que tel. Dans l'avenir, il adviendra de manière naturelle si ce n'est une « fusion-absorption » du réseau informel des concentrations dans le réseau formel du REC, du moins un parallélisme plus complet dans deux réseaux *ad hoc*, avec des moyens similaires et surtout des mêmes textes substantiels à appliquer.

L'énigme du lien de droit¹

Emmanuel JEULAND*

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Directeur de l'IRJS

Summary: *The concept of legal relationship is used to define many other legal concepts such as obligation, parentage or procedure. But it is not itself defined, or when it is defined, a synonym such as bond or link is used, so that the enigma remains unanswered. Admittedly, it is possible to answer that the legal bond is a pre-legal concept in the same way as interest or will and, as such, it is not necessary to define it. But is it so obvious that human beings who are in principle free, autonomous and singular can cling to each other, in the same way, as a saying goes, that "one binds oxen by the horns"? Is it not, on the contrary, by creating a distance between oneself and the other, by recognizing each other as different, that real bonds can be created? The legal relationship then no longer appears as a simple encounter between similar individuals, but also as a symbolic gap created between different people.*

Keywords: *Legal relationship, vinculus iuris, procedural relationship, legal situation, instance, binding force, parentage, filiation, nationality, contractual relationship, institution, norm.*

Résumé : La notion de lien de droit est employée pour définir de nombreuses autres notions juridiques telles que l'obligation, la filiation ou l'instance. Mais elle n'est pas elle-même définie ou bien lorsqu'elle l'est, un synonyme tel que rapport ou union est utilisé, si bien que l'énigme reste entière. Certes, il est possible de répondre que le lien de droit est une notion pré juridique au même titre que l'intérêt ou la volonté et, qu'à ce titre, il n'est pas nécessaire de la définir. Mais est-il si évident que les êtres humains qui sont en principe libres, autonomes et singuliers puissent s'accrocher entre eux, de la même manière, comme le dit un adage, que « l'on lie les bœufs par les cornes » ? N'est-ce pas au contraire en créant une distance entre soi et l'autre, en se reconnaissant mutuellement comme différent que l'on peut créer de véritables liens ? Le lien de droit n'apparaît plus alors comme un simple accrochage entre des individus semblables, mais également comme un écart créé entre des personnes différentes.

¹ L'auteur tient à remercier ceux qui l'ont aidé, par le dialogue, à approfondir ses hypothèses sans que cela n'engage en rien leur responsabilité : MM les professeurs Lagarde et Roumy ainsi que Christine Février et Françoise Inizan-Jeuland. Il s'agit d'une republication d'un article de recherche fondamentale en application de la loi n° 2016-1321. L'article a été publié par les Éditions Dalloz (RTD civ 2003, p. 455).

* @ : Emmanuel.Jeuland@univ-parisi.fr /

ORCID : 0000-0001-5999-8942 / IdHAL : emmanuel-jeuland

Mots-clés : Lien juridique, *vinculus iuris*, lien d'instance, lien de filiation, lien de nationalité, lien contractuel, altérité, situation juridique, instance, norme, rapport juridique, force obligatoire.

Pour citer cet article : Emmanuel JEULAND, « L'énigme du lien de droit », *Revue juridique de la Sorbonne*, n° 1, juin 2020, p. 144-170.

1. La notion de lien de droit est employée pour définir de nombreuses autres notions juridiques telles que l'obligation¹, la filiation² ou l'instance³. Mais elle n'est pas elle-même définie ou bien lorsqu'elle l'est, un synonyme tel que rapport ou union est utilisé, si bien que l'énigme reste entière⁴. Elle n'a pas donné lieu, semble-t-il, à des recherches particulières⁵ et elle ne fait pas partie des index des ouvrages

¹ Par ex. : A. BENABENT, *Les obligations*, 8^e éd. 2001, Montchrestien, « l'obligation ainsi entendue est donc un lien de droit entre deux personnes », p. 2 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *les Obligations*, 22^e éd. 2000, PUF, coll. Themis, « dans sa notion la plus dépouillée, l'obligation apparaît comme un lien de droit », p. 25 ; PH. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil, les Obligations*, 9^e éd. 1999, Cujas « l'obligation est le lien de droit unissant le créancier au débiteur » ; F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les Obligations*, 7^e éd. 1999, Précis Dalloz « l'obligation est un lien de droit, non pas entre une personne et une chose comme le droit de propriété, mais entre deux personnes... », p. 1 ; nous n'avons pas dérogé à la règle in *Droit des obligations*, 2^e éd, Montchrestien, Focus, 2001, p. 129. Mais la référence au lien de droit est parfois supprimée V. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, Sirey, t. 1, *Les sources*, 1988, « l'obligation peut être définie comme une institution juridique en vertu de laquelle une personne, appelée débiteur, est tenue envers une autre », p. 1. On retrouve cette solution dans les droits étrangers : en Italie par ex. : F. GALGANO, *Diritto privato*, 10^e éd. CEDAM, Milan, p. 187 : « nella sua più elementare struttura l'obbligazione si presenta come un rapporto o un vincolo (obligatio, alla lettera, significa legame, vincolo) che lega un soggetto ad un altro soggetto » ; en *Common law* par exemple *Osborn's concise law dictionary*, 7^e éd. Londres, Sweet and Maxwell, 1983 : « obligation: a duty: the bond of legal necessity which binds together two or more determinate individuals » (l'obligation est néanmoins peu définie dans les manuels).

² Par ex. : A. BENABENT, *Droit civil, La famille*, 10^e éd. Litec, 2001, « l'état de l'enfant consiste dans le lien de filiation qui le relie à ses parents », p. 344 ; G. CORNU, *Droit civil, La famille*, 6^e éd. Montchrestien, 1998, « la filiation est le lien qui unit un enfant à son père ou à sa mère » (p. 285) et plus loin « pour qu'elle soit filiation, filiation juridique, lien de droit, il faut que la filiation, légitime ou naturelle, soit établie » (p. 287) ; PH. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil, La famille*, 9^e éd. 1999, Cujas, la filiation « constitue le lien de droit existant entre un père et une mère et son enfant », n° 450. Une recherche historique a néanmoins été menée récemment concernant la notion de filiation : A. LEFEBVRE-TEILLARD, F. DEMOULIN, F. ROUMY, « De la théologie au droit, naissance médiévale du concept de filiation », in RICHARD H. HELMHOLTZ et al. (dir.), *Grundlagen des Rechts, Festschrift für Peter Lando zum 65 Geburtstag*, Paderborn, 2000, p. 421 à 438 et F. ROUMY, « le lien parental : aspects historiques » in D. FENOUILLET et P. DE VAREILLES-SOMMIERES (dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001, p. 39 à 53. Il apparaît que le lien de filiation s'est forgé à partir de la relation, au sein de la trinité, entre Dieu le Père et Jésus le fils.

³ Par ex. : L. CADIEU, *Droit judiciaire privé*, 3^e éd. 2000, n° 1028 : « le lien juridique d'instance doit donc être présenté comme un rapport juridique de nature légale » ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 25^e éd. 1999, Dalloz, « l'instance n'est pas seulement une suite d'actes de procédure allant de la demande jusqu'au jugement ; c'est aussi, dans une approche plus théorique, une situation juridique bien particulière qui naît entre les plaideurs et concerne le juge, situation que l'on a coutume d'appeler « lien d'instance » ou encore « lien juridique d'instance » », n° 474.

⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 8^e éd. 2000 : le lien est « un rapport juridique unissant deux ou plusieurs personnes en vertu d'un acte ou d'un fait juridique ».

⁵ V. cependant J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 10^e éd. 2001, LGDJ, p. 324 et s. « l'obligation entre la force et la grâce » ; V. aussi P. LEGENDRE, *L'empire de la vérité*, Fayard, 1983, p. 73 et s. Le terme de *vinculum juris* a par ailleurs donné lieu à un certain approfondissement mais a globalement servi à définir l'obligation au cours des siècles sans qu'il y ait de véritable discussion. V. J. GAUDEMET, « Naissance d'une notion juridique, les débuts

de référence¹. Certes, il est possible de répondre que le lien de droit est une notion préjuridique au même titre que l'intérêt² ou la volonté³ et, qu'à ce titre, il n'est pas nécessaire de la définir. Mais cette affirmation n'est pas certaine dans la mesure où l'expression comporte le complément « de droit »⁴. Cela étant, pour limiter le champ d'étude, le lien de droit ne sera abordé ici ni sous l'angle de la sanction⁵, ni sous l'angle du rapport entre les liens de fait et les liens de droit⁶. Il est aussi possible d'expliquer cette absence de recherche par l'évidence de la notion de lien de droit au sens de l'étymologie du terme évident : « ce qui se voit »⁷. À l'aide des liens de droit, on s'accroche en quelque sorte les uns aux autres. Mais est-il si évident que les êtres humains qui sont en principe libres, autonomes et singuliers puissent s'accrocher entre eux, de la même manière, comme le dit un adage⁸, que « l'on lie les bœufs par les cornes » ? N'est-ce pas au contraire en créant une distance entre soi et l'autre, en se reconnaissant mutuellement comme différent que l'on peut créer de véritables liens ? Le lien de droit n'apparaît plus alors comme un simple accrochage entre des individus semblables, mais également comme un écart créé entre des personnes différentes.

En somme, la notion de lien de droit n'est pas si évidente qu'il y paraît et il importe de la cerner car la définition de nombreuses autres notions en dépend. Ayant dégagé une notion de lien de droit, il se révélera nécessaire de la confronter aux notions voisines. Il sera alors possible d'en tirer quelques conséquences juridiques.

de l'« obligation » dans le droit de la Rome antique », in *L'obligation*, Arch. phil. dr. 2000, p. 19. À noter également que le terme de lien a été employé dans plusieurs thèses, on parle de lien contractuel (M.-E. PANCRAZI-TIAN, La protection judiciaire du lien contractuel) ou de rapport d'obligation (notre thèse : *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, LGDJ, 1999, préf. L. CADIET) mais le lien de droit n'est pas défini dans ces travaux (M. Putman a d'ailleurs remarqué que notre thèse ne portait pas que sur les rapports d'obligation mais aussi sur les rapports de droit processuel, il faudrait donc débaptiser cette recherche pour la nommer : essai sur la substitution de personne dans un lien de droit, *RTD civ.* 1997.1039, in « Revue des thèses »). Le rapport de droit a enfin donné lieu à des recherches en Allemagne et en Italie (V. *infra* n° 26).

¹ En particulier les ouvrages cités aux notes 1 et 2. Apparaît seulement l'expression lien du sang dans l'index de l'ouvrage de G. CORNU sur le droit de la famille, préc. Le terme de lien de droit ou de rapport de droit n'est pas non plus dans l'index de l'ouvrage de M. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 3^e éd. 1999, ouvrage que nous utilisons par ailleurs abondamment dans le reste de cette étude.

² F. OST, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Bruxelles, 1990, qui écrit : « il reste que la dogmatique juridique n'aime pas reconnaître sa dépendance de principe à l'égard de cette normativité préjuridique qu'elle ne maîtrise pas », p. 15.

³ R. DEMOGUE, in *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, rééd. 2001, *La mémoire du droit*, p. 286 et s. et aussi dans notre ouvrage *Droit des obligations*, op. cit. p. 20.

⁴ À noter que dans le *Vocabulaire Juridique* (préc.), il existe une entrée « lien » tout court mais le complément « de droit » est sous-entendu puisqu'il s'agit d'un dictionnaire juridique.

⁵ PH. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986. Chron.197 et s.

⁶ V. cependant note 61.

⁷ B. PETIT, « L'évidence », *RTD civ.* 1986.485 et s. ; F. TERRE, *Introduction générale du droit*, 5^e éd. 2000, n° 511, l'idée générale est que l'évidence ne génère pas « à elle seule une dispense de preuve ».

⁸ H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^e éd. 1999, Litec, n° 298.

A.- LA RECHERCHE D'UNE DÉFINITION DU LIEN DE DROIT

2. La recherche d'une définition du lien de droit soulève une difficulté d'ordre méthodologique. Le lien de droit est en effet une notion générique en ce sens qu'elle sert à définir d'autres notions juridiques. Il n'existe aucune autre notion juridique permettant de la définir. Pour approfondir cette notion, il convient donc de s'aventurer dans le champ d'autres disciplines telles que la sociologie, la philosophie ou la psychanalyse. Cette démarche comporte un important risque d'erreur ; il est aussi possible d'objecter que nous utilisons des penseurs hors de leur contexte. Il ne s'agit cependant pas d'appliquer leur pensée en risquant de la trahir, mais plutôt de s'inspirer de leurs idées pour tenter de cerner la notion de lien de droit. M. Villey écrit : « la science du droit n'est pas une science qui soit entièrement autonome, pleinement autarcique ; elle dépend, quant à ses principes, d'une autre discipline qu'on appelait autrefois « architectonique ». Voilà ce dont il faudra convaincre les juristes : toute science du droit est suspendue à un système général de philosophie »¹. Cette formule peut être étendue, nous semble-t-il, à d'autres disciplines que la philosophie².

3. Il est assez probable que le terme de lien de droit n'est pas approfondi car il a un sens obvie : un lien de droit est un accrochage juridique entre une entité et une autre. Il peut s'agir de l'union juridique de deux choses telle que le lien de connexité, le lien suffisant, le lien de causalité ou le lien de l'accessoire au principal³. Il peut aussi s'agir du lien juridique entre deux personnes, on rencontre alors le lien d'obligation, le lien contractuel, le lien d'alliance, de filiation, d'instance et de nationalité⁴, etc. Une catégorie intermédiaire existe : il s'agit du rapport entre une personne et une chose, c'est le droit réel. Le lien rapproche, unit des entités séparées. Cette conception a une origine très ancienne et ne semble pas pouvoir prêter à discussion. Pourtant, il n'est pas si « évident » que l'on puisse accrocher deux personnes comme l'on attache des choses, car une personne est en principe un être singulier, libre et autonome. L'attachement aurait alors lieu d'une manière plus complexe et paradoxale : il y a lien entre deux personnes lorsqu'elles se reconnaissent autres, autrement dit c'est l'écart qu'elles creusent entre elles qui

¹ *Philosophie du droit*, rééd. 2001, n° 7.

² Sur les rapports entre sociologie et droit, V. J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, Quadriges, 1994, spéc. p. 14 et s. ; sur les rapports entre psychanalyse et droit V. notamment S. FREUD, *Du malaise dans la culture* (1929), PUF, Quadriges, 1995, notamment p. 38 ; P. LEGENDRE, V. récemment : *De la société comme texte*, Fayard, 2001, spéc. p. 203 et s. V. la position critique de D. DE BECHILLON, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? », *RTD civ.* 2002.47 et s.

³ Définition du *Vocabulaire juridique*, préc.

⁴ P. LAGARDE, *La nationalité française*, 3^e éd. Dalloz, 1997, la nationalité est « un lien juridique entre un État et un individu », p. 7. P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, 7^e éd. 2001, Montchrestien, n° 838 : « la définition de la nationalité ainsi proposée met l'accent sur ce que l'on appelle la dimension verticale de la nationalité, c'est-à-dire le lien entre l'État et chaque national. Il ne faut cependant pas méconnaître la dimension horizontale, c'est-à-dire le lien qui unit entre eux les nationaux d'un même État, dont ils forment la population ».

constitue le lien. À vrai dire cette approche ne convainc pas tout à fait, car il semble qu'il existe toujours une part d'accrochage. Il faut donc tenter une synthèse entre une lecture traditionnelle et une lecture en termes d'écart.

1.- *Le lien comme attachement incorporel*

4. En droit, à chaque fois que l'on emploie le terme de lien, on cherche à unir des entités différentes comme on accroche des choses. Le lien est une agrafe ou une corde¹. Ce sens concret est à l'origine de la notion d'obligation. En droit romain archaïque, le débiteur qui ne payait pas pouvait être enchaîné jusqu'à ce qu'il parvienne à payer sa dette ; une transaction, le *nexum*, pouvait d'ailleurs prévoir cette règle². Puis, ce sens concret est devenu abstrait : le débiteur a été considéré comme lié par une corde invisible³. Or, ce sens ancien aurait laissé une trace en droit romain classique et serait arrivé ainsi jusqu'à nous⁴. L'obligation est parfois encore aujourd'hui définie comme un *vinculum juris*, c'est-à-dire un lien de droit. La référence au latin établit sans doute l'origine de ce lien⁵. Les Institutes de Justinien définissaient l'obligation comme « un lien de droit (*vinculum juris*) par la rigueur duquel nous sommes astreints à exécuter une prestation conformément au droit de notre cité »⁶. On peut se demander si cette expression, dont l'origine est obscure⁷, et dont le succès a pourtant été constant, n'a pas servi à masquer l'absence d'approfondissement du lien de droit. Jean Gaudemet écrit ainsi : « que cette expression romaine ait eu sa place dans les manuels modernes de droit romain n'a pas de quoi surprendre. Il est plus remarquable de la retrouver dans des manuels de droit civil contemporain, comme si, *expression d'une évidence*, elle fournissait la définition la plus parfaite de l'obligation »⁸. On retrouve l'idée que le *vinculum juris*, le lien de droit, est une évidence.

¹ C'est d'ailleurs son origine étymologique *ligamen*, lien, ruban, cordon.

² R.-M. RAMPENBERG, « L'obligation romaine : perspective sur une évolution », *Arch. phil. dr.* 2000, p. 54.

³ J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, 1992, n° 9 et 19 qui écrit que tous les auteurs « sont d'accord sur l'essentiel, l'obligation est un lien de droit. C'est sa première caractéristique, c'est également la plus ancienne » ; R. ZIMMERMANN, *The law of obligations, Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press, 1996, « the idea came to prevail that the debtor could be legally bound even if his body was not physically put into chains » but « the concept of an obligation (...) seems to have retained the connotation of some sort of invisible rope around the neck », p. 5.

⁴ R. ZIMMERMANN, *ibid.*

⁵ F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.* « lien de droit (*vinculum juris*) par lequel une ou plusieurs personnes (...) sont tenues d'une prestation », n° 2.

⁶ J. GAUDEMET, *op. cit.* p. 29 ; R.-M. RAMPENBERG, *op. cit.* p. 67.

⁷ J. GAUDEMET, *ibid.* : « on retiendra qu'il ne paraît pas possible de proposer avec certitude un nom pour désigner l'auteur de cette expression fameuse. Il faut y voir une création doctrinale, peut-être critiquable, et en tout cas d'époque tardive (3^e ou 4^e siècle) ».

⁸ *Op. cit.* p. 32 (nous soulignons).

5. Des auteurs ont cependant au fil de l'histoire tenté d'approfondir ce *vinculum juris*¹. Placentin affirme que ce lien est à l'image d'un lien corporel². On ne peut s'empêcher de penser au cordon ombilical. C'est donc le lien de droit comme accrochage qu'il retient. Jean Gaudemet indique qu'un auteur a tenté d'aller plus loin. Il s'agit de Jacques de Révigny qui a affirmé que l'obligation n'était pas un lien de droit mais la résultante du lien : c'est parce qu'une personne est attachée par un lien qu'elle est obligée³. Mais, par cette affirmation, il ne « sortait » pas véritablement du lien de droit comme accrochage. Il s'appuyait d'ailleurs sur une formule de la Glose dite de Turin des Institutes de Justinien qui est à l'origine d'une maxime de Loysel selon laquelle « on lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles⁴ ».

6. Mais peut-on accrocher des personnes comme on lie des animaux ou des choses, par des chaînes ou des cordes⁵ ? Cette conception ne rend compte ni de l'autonomie humaine, même s'il existe toujours des liens concrets de dépendance affective ou économique - ni de l'égalité entre cocontractants. Le risque de cette conception du lien comme accrochage est par ailleurs de dévier vers un lien d'appropriation, comme il en existe en matière de droit réel ou vers un lien fusionnel ou de dépendance⁶. Ainsi, le mariage peut être conçu comme la fusion de deux êtres en un seul. De même, le lien de filiation peut être vu comme le rapprochement de deux personnes identiques. Aristote écrivait ainsi que le fils « est quelque chose du père »⁷, mais il en tirait la conséquence que leur lien ne pouvait pas être considéré comme juridique car il n'y a de droit qu'entre des « autres »⁸. En somme, aligner le lien de droit entre des personnes sur le lien entre des choses ne paraît pas pouvoir rendre compte de la spécificité du lien de droit

¹ V. J. GAUDEMET, *op. cit.* p. 30, l'auteur cite en premier lieu la glose de Turin des Institutes de Justinien qui se contente d'une évidence ce qui montre à nouveau la difficulté qu'il peut y avoir à approfondir le lien de droit : « *Iuris vinculum, id est ius quia ius vinculum est* », autrement dit « c'est du droit parce que c'est un lien de droit ». Mais il s'agit d'une glose très ancienne (Haut Moyen Âge) qui reste très littérale (l'auteur remercie M. Le professeur F. Roumy pour ses observations sur cette glose).

² *Ibid.*

³ *Op. cit.* p. 31.

⁴ Préc.

⁵ Un éthologue, M. CYRULNIK n'hésite pas à traiter conjointement de l'attachement chez les animaux et chez les humains, V. *Sous le signe du lien, une histoire naturelle de l'attachement*, Hachette, 1989 ; on peut noter par ailleurs que l'adage de Loysel peut être compris comme étant une opposition entre l'homme et l'animal : l'homme ne peut être lié comme un animal mais a besoin de paroles pour construire une relation. Si les liens entre les hommes pouvaient être comparés à l'accrochage entre des choses, il serait possible de tenter d'appliquer la théorie mathématique des nœuds aux liens de droit (pour une présentation V. A SOSSINSKY, *Nœuds, Genèse d'une théorie mathématique*, Seuil, 1999). C'était semble-t-il, le projet de J. LACAN à propos du lien intérieur à chaque homme qui est composé de trois « boucles », le réel, l'imaginaire et le symbolique (V. *Le séminaire RSI*, 1974-1975, inédit). Il s'agit alors d'un nœud borroméen en ce sens que si une boucle est coupée tout le nœud est défait. Il est à noter que la délégation imparfaite est sans doute également un nœud borroméen puisque lorsqu'une obligation est exécutée toutes les parties sont libérées.

⁶ M. GAUDEMET (*op. cit.* p. 32) cite Savigny qui considérait que l'obligation, le lien de droit par excellence, consiste dans la domination sur une personne étrangère « comme la propriété permet de dominer une chose ».

⁷ Cité par M. VILLEY, *op. cit.* n° 46.

⁸ *Ibid.*

entre des personnes juridiques et peut conduire en revanche à des dérives. Il convient plutôt de tenter de dissocier le lien impliquant des choses - qui n'est rien d'autre qu'un accrochage - du lien entre des personnes qui implique la reconnaissance d'une altérité.

2.- Le lien comme reconnaissance d'une altérité

7. Pour commencer, on peut noter que dans le lien de filiation, il n'est pas du tout certain que le parent et l'enfant soient identiques ou à égalité. Nous serions tentés de dire : au contraire. C'est peut-être alors une question de conviction¹, mais il nous apparaît que l'enfant pour devenir autonome doit se différencier de ses parents², ne pas se contenter de répéter ses parents. M. Legendre a théorisé en matière juridique cette différenciation qui est au cœur du lien de filiation. Il écrit ainsi que « le discours juridique des filiations » est « le discours instituant la séparation »³ et indique sur quel terrain se situe le lien de filiation : « sur le terrain des montages destinés à fabriquer l'homme, à lui infliger perte et séparation quant au fantasme, à l'instituer dans une place de droit comme *sujet différencié* »⁴. De même, dans le couple, on peut préférer l'union de deux personnes qui se reconnaissent différentes plutôt que la fusion entre des doubles⁵. Le sociologue S. Trigano écrit dans un contexte différent - celui de l'alliance entre Dieu et les hommes -, mais sa formule peut, semble-t-il, s'appliquer à toute relation⁶ : « Cette différenciation qui donne à un autre être toute sa liberté a pour finalité l'alliance qui est reconnaissance de l'autre dans sa différence, dans un rapport d'égalité face au monde, à la liberté et à la volonté »⁷. Le lien entre les choses peut être un lien

¹ On pourrait opposer que, puisqu'il s'agit d'une conviction, elle ne doit pas avoir plus de place dans la définition du lien de droit qu'une autre conviction, mais, s'il est vrai que les notions juridiques sont construites, elles ne sont pas construites de n'importe quelle manière et sont le résultat de choix éthiques, philosophiques, économiques, etc.

² M. A. OUAÏNIN, *Les dix commandements*, Seuil, 1999 : « dire aux parents d'offrir une place à leurs enfants dans la structure généalogique, une place différente de la leur : offrir à l'enfant sa différence, qui lui permettra d'échapper à la répétition mortifère de l'histoire parentale », p. 126.

³ *Op. cit.* p. 304 ; V. du même auteur, « Revisiter les fondations du droit civil », *RTD civ.* 1989.639, « le droit (...) se propose comme expérience d'un savoir sur la différenciation ».

⁴ *Op. cit.* p. 294.

⁵ Il ne faudrait pas traduire comme on le fait d'habitude le verset 24 du chapitre 2 de la Genèse par l'homme et la femme « deviennent une seule chair » (traduction œcuménique de *la Bible*, éd. du Cerf, 3^e éd. 1998) ou « ils sont une seule chair » (A. CHOURAQUI, Desclée de Brouwer, 1989) ce qui induit une fusion entre l'homme et la femme mais plutôt selon Gilles BERNHEIM : « il s'unit à sa femme en vue d'être une seule chair » (sous-entendu en vue de faire un enfant) in *Un rabbin dans la cité*, Calmann-Lévy, 1997, p. 180. G. Bernheim explicite sa traduction : « la relation de l'homme à la femme est donc de produire une chair, un enfant, qui explicite la rencontre des deux altérités, qui est l'unification concrète de la dynamique des oppositions ».

⁶ *Le monothéisme est un humanisme*, Odile Jacob, 2000. V. les pages suivantes où l'auteur montre que l'alliance entre Dieu et les hommes « préfigure en quelque sorte l'amour humain », p. 129.

⁷ *Op. cit.* p. 128. ; on ne peut pas s'empêcher en lisant cette formule de penser au plafond de la Chapelle Sixtine peint par Michel-Ange et à sa figure centrale appelée la création d'Adam qui représente Dieu et Adam se tendant la main, or les doigts ne se rejoignent pas, il y a un espace, un écart V. E. GOMBRICH, *Histoire de l'art*, Flammarion, n° 232 et planche 196. On peut aussi penser à BRUNO ZEVI, qui dans son livre *Apprendre à voir l'architecture*, considère que l'architecture est avant d'être des murs et donc du plein, l'espace qui se trouve entre ces murs (trad. fr. Ed. de Minuit, 1959, spéc. chap. 1).

entre des choses voisines, connexes, voire presque identiques, on lie ainsi une gerbe de blé. Mais, le lien entre des personnes ne peut conduire à une fusion, car chaque personne est singulière et d'une certaine façon étrangère aux autres¹. Le lien entre des personnes, qu'il soit juridique ou non, implique donc la prise en compte des différences.

8. Il y aurait lien entre deux personnes dès lors qu'il existe une reconnaissance² des différences. Paradoxalement, c'est la différence, autrement dit l'écart ou la séparation entre deux personnes, qui fait le lien. Dès que deux êtres se rencontrent, qu'ils reconnaissent leur différence - autrement dit qu'ils ne se laissent pas indifférents - naît un lien ; un lien qui peut être un lien de fait tel que le lien d'amitié mais qui peut aussi prendre la forme d'un lien de droit tel qu'un lien contractuel. Le droit ne met-il pas d'ailleurs son sceau pour entériner un lien qu'il est difficile de créer et de maintenir tant il est exigeant de continuer à reconnaître la différence chez l'autre³ ? Cette séparation qui fait lien peut se traduire par une belle expression de M. Ouaknin « la relation sans relation », autrement dit le lien sans accrochage entre deux entités étrangères l'une à l'autre⁴. Emmanuel Lévinas écrit en ce sens : « la relation avec l'autre qui est autrui est une relation transcendante, ce qui veut dire qu'il y a une distance infinie et, en un sens, infranchissable entre moi et l'autre, lequel appartient à l'autre rive, n'a pas avec moi de patrie commune »⁵. Pour prolonger cette image, on pourrait dire que le lien entre les deux rives du fleuve, donc entre deux personnes, n'est pas le pont mais le fleuve lui-même, c'est-à-dire l'écart qui sépare les deux personnes. Jusqu'à présent nous avons tenu pour équivalents les termes de différence et d'altérité, mais le terme de différence est sans doute plus atténué et galvaudé que celui d'altérité. Le terme d'altérité paraît donc préférable⁶, même s'il est lui aussi peut-être en voie d'être galvaudé.

¹ Comp. Aristote qui considérait qu'il n'y avait de droit qu'entre des individus suffisamment autres et que pour cette raison il n'y en avait pas à l'intérieur de la famille, cité par M. VILLEY, préc.

² Le terme de reconnaissance a un sens juridique préexistant à des liens de droit en matière de droit de la famille (reconnaissance de paternité qui préexiste au lien de filiation) et en droit international public où il est question de reconnaissance d'un État qui préexiste à des traités et donc à des liens inter-étatiques (le terme de reconnaissance de dette mériterait réflexion).

³ Cette idée que le lien est de droit lorsqu'il implique l'intervention d'un tiers ayant un pouvoir de sanction, autrement dit l'idée qu'il y a peut-être du lien de droit lorsque le lien est triangulaire mériterait d'être approfondie. J. CARBONNIER écrit en un sens voisin : « se rappeler que l'obligation tend souvent aujourd'hui à devenir un rapport de droit triangulaire : le créancier, le débiteur et l'État (maître de la monnaie, des prix, des forces majeures) » (*Les obligations*, préc. p. 30). P. LEGENDRE avance que l'État opère la séparation entre les deux particuliers qui s'unissent par un lien de droit un peu comme le père peut couper le cordon ombilical entre l'enfant et sa mère (*L'empire de la vérité*, Fayard, 1983, p. 92).

⁴ *Le livre brûlé*, Seuil, 1994, p. 387, « par l'espace vide - retrait du divin - l'homme se retrouve totalement séparé du divin ; séparation qui n'est pas solitude de l'un ou de l'autre, mais rapport énigmatique dans une relation sans relation », l'auteur applique cette idée au rapport entre les hommes dans les lignes suivantes.

⁵ *Totalité et infini*, p. 74, 1971 et *Biblio essais*, 2001 V. aussi J.-L. MARION, *L'idole et la distance*, 1977, *Biblio essais*, 1991 « di-stance : ne me devient un prochain que celui qui sort à jamais de moi, et de mes doubles », p. 248 ; V. aussi A. ABECASSIS, « Droit et religion dans la société hébraïque », *Arch. phil. dr.* 1993, spéc. p. 27.

⁶ V. pour un usage du terme d'altérité en droit des obligations L. AYNES, « Sur l'obligation de loyauté », *Arch. phil. dr.* 2000. Pour une critique de la différence V. D. SIBONY, *Entre-deux*, Seuil, 1991, l'auteur conteste

9. Cette approche du lien de droit se vérifie en matière juridique : ainsi l'obligation est un lien de droit entre deux personnes qui se reconnaissent autres, ce qui se traduit par des appellations différentes - le débiteur s'oppose au créancier - et par des fonctions différentes l'un doit payer, c'est le *solvens*, l'autre reçoit le paiement c'est l'*accipiens*. L'argent peut d'ailleurs être conçu comme un instrument permettant de maintenir l'écart entre les parties dans le contrat¹. De même en matière contractuelle, il existe autant de binômes que de contrats : acheteur/vendeur, bailleur/preneur ; mandant/mandataire ; prêteur/emprunteur, etc. Dans tout contrat, les parties ont des fonctions différentes. Peut-on dire pour autant qu'elles se reconnaissent autres ? On peut affirmer que chaque contractant ne voit dans l'autre qu'une fonction différente. Mais, tout contrat engage la personne tout entière et pas seulement des agents économiques, car il comporte une part de confiance². Il s'agit donc bien dans un contrat de reconnaître l'autre, ce qui implique de lui faire confiance³. Mais, cette lecture paradoxale du lien de droit est sans doute excessive. Il faut préciser tout d'abord que la distance ne doit pas aller jusqu'à la division, autrement dit le conflit, sinon le lien se rompt⁴. Elle ne doit pas non plus prendre la forme d'une fuite. Par ailleurs, entre deux sujets, la reconnaissance des différences se mêle sans doute à l'existence de ressemblances. Le besoin se fait donc sentir d'une synthèse entre l'approche du lien comme accrochage et l'approche du lien comme écart.

3.- Une tentative de synthèse : le lien comme accrochage et distance

10. Une synthèse paraît vouée à l'échec car en toute logique on ne peut mêler des éléments contradictoires : le lien est soit un accrochage soit une distance, il ne peut être les deux à la fois. Il est cependant possible de prolonger une image employée précédemment. Le lien peut être à la fois une distance entre les deux

notamment ce que l'on a appelé les droits à la différence et montre qu'entre deux personnes il n'y a pas que de la différence, mais plutôt un entre-deux, un espace, ce qu'il appelle une coupure-lien, p. 11.

¹ P. LEGENDRE, *Les enfants du texte*, Fayard, 1992, « l'argent recrée l'espace de mise à distance », p. 299 ; E. VALDMAN, *Les juifs et l'argent*, Biblieurope, 1999, spéc. p. 45 : « cet argent n'est-il pas le signe d'une impossible fusion, qui se disant comme telle, dissipe à tout jamais les malentendus et les illusions ». L'auteur prend comme exemple le contrat de psychanalyse : s'il n'y avait pas de paiement d'une somme d'argent le patient ne pourrait prendre ses distances à l'égard de son thérapeute.

² V. sur la loyauté dans le contrat, L. AYNES, *ibid.*

³ On peut noter que la confiance fait partie selon certains auteurs du contrat en droit anglais on parle alors de *reliance*. V. H. MUIR-WATT, « Reliance et définition du contrat », in *Mélanges Jeantin*, 1999, p. 57-69, mais la place du concept de *reliance* est discutée en droit anglais : V. P. MITCHELL et J. PHILLIPS, « The contractual nexus : is reliance essential ? », *Oxford Journal of legal studies*, vol. 22, n° 1, 2002, p. 115 pour ces auteurs « *reliance is not an essential ingredient in contractual formation* ». Il est à noter que l'origine étymologique de *reliance* est la même que celle de l'obligation, il s'agit du lien *ligare* (*Concise dictionary of english etymology*, Oxford University Press, 1996).

⁴ A. ABECASSIS, *La pensée juive*, t. 3, Biblio essais, 1996, p. 214 « exister séparé, loin d'être une faute, est la condition même de l'existence. Il faut veiller cependant à empêcher que la séparation ne devienne division, opposition ou guerre. Il faut aussi veiller à ne pas lui substituer la confusion ».

rives d'un fleuve et le pont qui traverse ce fleuve¹. Un rapprochement est possible avec le lien humain primordial : le bébé n'est pas lié à sa mère par le seul cordon ombilical, tout son environnement, le placenta, le met en communication avec sa mère. Certes, une fois sorti du ventre, il n'est plus lié que par le cordon mais précisément, c'est aussi le moment où le cordon doit être coupé². Il est donc possible d'admettre que le lien comporte à la fois du vide et du plein, de l'accrochage et de la distance.

11. Le problème qui surgit alors est de savoir dans quelle proportion l'accrochage et la distance coexistent dans le lien de droit. Dans le lien entre l'embryon et sa mère, il y a un accrochage lorsqu'il est nécessaire que des aliments soient transmis. Il n'est pas certain en revanche qu'il soit possible d'exprimer exactement ce qui, dans un lien de droit, relève de l'accrochage et ce qui relève de l'écart. Il y a sans doute une part d'indicible et l'on ne peut approcher de cette proportion que par des manifestations d'attachement ou de distance. Ainsi, c'est essentiellement la pérennité du lien et la difficulté d'obtenir la rupture du lien qui marquent l'attachement. Quant à la distance, elle peut se traduire de différentes manières. Elle peut se traduire dans le vocabulaire : ainsi, dans la Bible, le terme hébreu employé pour sceller l'alliance entre Dieu et les hommes est le verbe trancher³. On tranche un contrat⁴. De même en droit grec archaïque, lors de la conclusion d'un contrat, un morceau de bois était rompu pour symboliser la conclusion d'un contrat, c'est d'ailleurs l'origine étymologique du mot symbole⁵. Chaque partie conservait sa moitié du morceau de bois notamment pour des raisons de preuve. Chacune de ces moitiés était nécessairement différente de l'autre mais leur réunion, comme deux pièces d'un puzzle, reconstituait le morceau de bois. Cette technique a été remplacée par le contrat écrit qui symbolise et fait la preuve de l'union et de la différence des parties.

12. D'une manière plus abstraite, il est possible d'affirmer que le lien de droit unit des personnes qui se reconnaissent différentes tout en ayant des points

¹ V. une œuvre de GERARD GAROUSTE, un peintre contemporain, intitulée « L'Alliance » qui représente notamment une rivière et un pont. C'est aussi le sens du court article de G. SIMMEL, « Pont et portée », in *La tragédie de la culture* (1909), Rivage Poche, p. 1615.

² Après quoi l'enfant alterne les phases d'accrochage et de distance avec sa mère si celle-ci allaite ; à propos du lien maternel citons cette belle phrase de J. Kristeva (in *Le génie féminin*, t. 1, HANNAH ARENDT, Fayard, 1999, p. 83) : « cette épreuve (l'accouchement) attache la mère à son enfant par un lien exceptionnel qui n'a pas d'équivalent dans l'existence humaine : car il s'agit non pas d'un désir pour un objet (ou un sujet), mais d'un amour pour l'autre. L'amour maternel est peut-être l'aurore du lien à l'autre, que l'amoureux et le mystique découvrent plus tard ».

³ Transcrit Kârat par exemple « ce jour-là adonâi tranche avec Abrâm un pacte » Gn 15, 18 trad. A. CHOURAQUI, Desclée de Brouwer, 1989 cela n'empêche pas le contrat (à vrai dire les termes de pacte ou d'alliance sont employés plutôt que celui de contrat) d'être un lien V. ainsi « je vous introduirai dans le lien de l'alliance » Ez 20, 37, TOB traduction oecuménique de la Bible, 8^e éd. 1998, éd. du Cerf.

⁴ À ce vocabulaire fait écho la formule de P. LEGENDRE : « le lien est ce qui doit être tranché », *L'empire de la vérité*, p. 89.

⁵ P. LEGENDRE, *L'inestimable objet de la transmission*, Fayard, 1985, p. 28.

d'accrochage, de ressemblance et de dépendance. C'est à cette conclusion que parvient J. Puget, une psychanalyste : « Ma définition du lien est celle d'une distance entre deux ou plusieurs sujets (moi) d'une part et celle de certains mécanismes d'articulation et de relation constante entre les deux objets-subjectivés, d'où une dépendance nécessaire d'autre part »¹. On peut ajouter, pour fonder cette compréhension du lien, qu'à côté des philosophies de l'altérité² il existe des pensées de l'identique et de l'imitation. Ainsi, Tarde ou R. Girard fondent leur théorie de la société sur l'identité entre les hommes et leur faculté d'imitation³. Dans la lignée de ces penseurs, des chercheurs ont tenté de repenser l'argent en montrant qu'il ne s'agissait pas seulement d'un fait économique mais d'un fait social total qui permet de lier les hommes⁴. Marx a d'ailleurs parlé de l'argent comme du « lien de tous les liens »⁵.

13. Une définition du lien de droit peut être élaborée : il s'agit d'une distance de reconnaissance entre deux personnes comprenant un accrochage qui se maintient dans le temps. Ces éléments d'accrochages doivent être observés dans chaque lien de droit particulier. On peut prendre pour exemple le mariage : le lien conjugal comporte des éléments de différenciation, tels que l'identité, et il constitue en même temps un attachement légal dont la durée est en principe illimitée ; une procédure relativement longue et complexe est nécessaire pour défaire ce lien, il s'agit de la procédure de divorce. Ce double aspect de distance et d'attachement est, en un sens, symbolisé par les anneaux que les époux passent à leur doigt : chaque époux est en effet attaché par un anneau différent - au moins par la taille - quoique le plus souvent ressemblant à l'autre anneau. Ayant défini le lien de droit, il convient de montrer comment il se distingue d'autres notions juridiques ainsi que des liens de fait.

B.- LE LIEN DE DROIT ET LES NOTIONS VOISINES

14. Tant que la notion de lien de droit n'est vue que comme un accrochage et ne paraît pas avoir de profondeur, il n'y a pas de raison de lui réserver une place particulière en théorie générale du droit. Il ne s'agit alors que d'une notion

¹ J. PUGET, « Relation d'objet-lien : du même ou du différent », p. 45, in *Journal de psychanalyse des enfants*, n° 23, Les liens, Bayard, 1998 ; autre phrase forte : « quand le patient est un couple, une famille ou un groupe, il sera important d'analyser autant le vide qui sépare, c'est-à-dire la *séparativité* inévitable, que la dépendance d'une partie inconnaissable de chacun. Il s'agira de tenir compte de ce qui peut faire perdre l'espace de rencontre et non pas de ce qui le recouvre », p. 44.

² E. LEVINAS en particulier : V. *Totalité et infini*, préc. et *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence* (1974), Biblio essais, et *Entre nous : Essai sur le penser-à-l'autre* (1991), Biblio essai.

³ R. GIRARD, récemment : *Celui par qui le scandale arrive*, Desclée de Brouwer, 2001 ; G. TARDE, *Les lois de l'imitation*, 1890, rééd. 2001, Les empêcheurs de penser en rond.

⁴ M. AGLIETTA et A. ORLEAN, *La monnaie entre violence et confiance*, Odile Jacob, 2002.

⁵ *Manuscripts de 1844*, Ed sociales, p. 121 cité par DRAGON, « Giordano Bruno et la théorie des liens », *Les études philosophiques*, n° 4, 1994, p. 467.

résiduelle formalisant des liens sociaux¹. Mais si l'on admet qu'elle est complexe, qu'elle rend compte à la fois d'une distance et d'un attachement, alors il importe, nous semble-t-il, de reconsidérer sa place vis-à-vis des notions voisines que sont la situation juridique, l'institution, la norme et le rapport de droit.

1.- *Le lien de droit et la situation juridique*

15. Roubier définit la situation juridique de la manière suivante : « on entend sous ce nom un complexe de droits et de devoirs, de prérogatives et de charges qui se crée autour d'un fait ou d'un état ou d'un acte lequel engendre des effets juridiques »². Il ne fait pas de doute que le lien de filiation, le lien d'instance ou le lien conjugal répondent à cette définition. Roubier lui-même classe le lien de filiation parmi les situations juridiques : « le rapport de filiation est établi sur la base d'un état de fait, que le législateur ne fait en général que reconnaître et dont il définit les conséquences »³. Mais répondent à la définition de la situation juridique des complexes de droit et de devoirs qui ne sont pas des liens de droit, tels que l'incapacité ou l'organisation des pouvoirs publics⁴. À l'inverse, l'obligation, qui est traditionnellement qualifiée de lien de droit, n'est pas un complexe de droits et de devoirs, c'est un devoir d'une personne vis-à-vis d'une autre d'exécuter une prestation. Le terme de situation juridique sans doute trop vague ne permet pas en somme de rendre compte des liens de droit et plus généralement n'a pas rencontré un véritable succès en théorie générale du droit⁵.

16. L. Duguit⁶ s'appuie également sur la notion de situation juridique mais cette fois pour nier l'existence des liens de droit. L'auteur considère que le droit subjectif n'existe pas. Selon lui il n'existe que le droit objectif, autrement dit des règles de droit, et des situations juridiques dans le cadre desquelles les règles de droit sont appliquées. Il part de la doctrine fondée sur l'autonomie de la volonté pour laquelle « toute situation juridique est un rapport entre deux sujets de droit dont l'un est le sujet actif et l'autre le sujet passif »⁷. Il apprécie cette solution

¹ En ce sens à propos de la propriété M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD civ.* 1997.585. Mais la notion de lien social, très employée, est peu définie et conserve, elle aussi, un caractère énigmatique, pour une définition V. *Dictionnaire de sociologie*, Le Robert, Seuil, 1999 : « les liens sociaux sont des formes de relations qui lient l'individu à des groupes sociaux et à la société, qui lui permettent de se socialiser, de s'intégrer à la société et d'en tirer les éléments de son identité ». On peut se demander, mais ce serait le sujet d'une autre étude, si les véritables liens sociaux ne sont pas des liens de droit dans la mesure où la précarité des relations humaines ne peut être dépassée que par les liens symboliques durables que constituent précisément les liens de droit.

² *Droits subjectifs et situation juridique*, Dalloz, 1963, p. 138.

³ *Op. cit.* p. 10.

⁴ *Ibid.*

⁵ V. J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, par J. GHESTIN et G. GOUBEAUX avec la collaboration de M. FABRE-MAGNAN, 4^e éd. 1994, LGDJ, n° 194.

⁶ Notamment in *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd. 1927 et in *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 1920, rééd. 1999, Ed. La mémoire du droit.

⁷ *Les transformations générales...*, préc. p. 57 et 103.

classique de la manière suivante : « s'il est un dogme dans la doctrine traditionnelle civiliste, c'est bien celui-là. Déjà les jurisconsultes romains parlaient de *vinculum juris* et les auteurs récents dominés par la doctrine individualiste (...) Je reconnais aisément que souvent, le plus souvent même, dans le fait, la situation nous apparaît sous la forme d'une relation entre deux personnes (...) Mais dans nos sociétés à tendance socialiste, cela n'est point nécessaire. Parfois des situations existent, qui doivent être garanties par la loi, bien qu'il n'y ait point de rapport entre deux sujets (...) en résumé, une situation juridique n'est pas un rapport entre deux sujets... Il n'y a point à rechercher les deux termes d'un rapport qui n'existe pas, mais simplement s'il y a eu un acte de volonté déterminé par un but conforme au droit objectif »¹. Il n'existe donc qu'une apparence de lien de droit, mais au fond il s'agit toujours de situation juridique reconnue par le droit objectif.

La doctrine de Duguit constitue un système, on ne peut donc simplement critiquer sa position concernant le lien de droit, il faut critiquer le raisonnement tout entier, ce qui nécessiterait une étude entière. Il suffit, nous semble-t-il, de remarquer que, malgré les attaques de Duguit, le droit subjectif reste une notion centrale de la théorie générale du droit, le développement des droits de l'homme a au contraire renforcé cette notion et le dogme de l'autonomie de la volonté a été largement réévalué². Pas plus que l'on ne peut se passer des droits subjectifs³, il ne paraît possible de se passer de la notion de lien de droit qui lui est attachée. Dès lors qu'un droit, c'est-à-dire une créance, reconnaît à un sujet actif un pouvoir à l'égard d'un sujet passif, il existe un lien de droit.

17. Mais la théorie de la situation juridique n'est pas monolithique ; chez Duguit et Roubier, il existe une distinction entre les situations juridiques subjectives, proches chez Roubier des droits subjectifs, dans lesquels le sujet actif a davantage de prérogatives que de charges, et les situations juridiques objectives dans lesquelles les charges dépassent les prérogatives. Roubier classait parmi ces situations objectives la responsabilité et la filiation. Il ajoutait que la notion de situation objective était proche de la traditionnelle notion de statut et parlait de situation institutionnelle. Pour déterminer la place du lien de droit, il convient donc de la confronter à une notion plus précise que la situation, la notion d'institution.

¹ *Op. cit.* p. 106.

² Pour une courte présentation de cette question V. notre ouvrage, *Droit des obligations*, préc. p. 17 et s.

³ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, préc. p. 193 et s.

2.- Le lien de droit et l'institution

18. La notion d'institution a rencontré un plus grand succès que la notion de situation juridique, mais reste elle-même assez floue¹. Elle a pu être définie par une formule ressemblant à la définition de la situation juridique comme un ensemble de règles de droit organisées autour d'une idée centrale, formant un tout systématiquement ordonné et permanent². Elle a surtout été développée par Hauriou qui a distingué les institutions personnes et les institutions chose ou mécanisme. Santi Romano a retenu l'existence des institutions organismes. Pour cet auteur, une institution est un corps social qui peut mais n'a pas nécessairement la personnalité juridique³, et qui constitue un ordre juridique. Il ne retient pas la notion d'institution au sens figuré qui est celle que l'on emploie lorsque l'on parle de l'institution de la donation ou de la vente, c'est-à-dire un ensemble de règles regroupées en vue d'une même fin.

19. Pour distinguer le lien de droit et l'institution, il paraît nécessaire d'effectuer une double distinction entre le lien de droit et l'institution-organisme et entre le lien de droit et l'institution au sens figuré que M. Bergel nomme l'institution-mécanisme. La première distinction est clairement effectuée par Santi Romano : « l'institution est unité ; le rapport, juridique ou non juridique, postule la pluralité ». L'auteur explicite son affirmation : « l'existence de personnes reliées entre elles par de simples rapports ne suffit pas pour faire naître une institution mais (...) il y faut un lien plus étroit et plus organique : il est nécessaire que se forme une superstructure sociale »⁴. Il ajoute encore : « un rapport peut se muer en institution mais à la condition que, sous l'action de forces intérieures ou extérieures, ses termes mêmes se trouvent modifiés et demeurent aménagés dans une disposition organique, en qualité de membres de ce qui est en soi une entité »⁵. La distinction est claire et convaincante. Le contrat de société ne donnerait pas naissance à un lien de droit mais à une véritable institution-organisme la société civile ou commerciale. Santi Romano ajoute cependant que l'institution est durable alors que le lien est « un contact plus ou moins transitoire de plusieurs entités »⁶. Sans doute les institutions-organismes peuvent nous survivre et ont en quelque sorte une vocation à l'immortalité. Les institutions sont donc statistiquement, peut-être, plus durables que les liens de droit mais les institutions peuvent se dissoudre et certains liens de droit ont une durée de vie qui peut être importante, on pense au lien de filiation, au lien conjugal, voire à certains liens contractuels

¹ J.-L. BERGEL, *op. cit.* n° 164 ; V. récemment G. FARJAT qui considère que certains centres d'intérêt sont des illustrations de la théorie de l'institution développée par Hauriou, « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêt », *RTD civ.* 2002.242.

² J.-L. BERGEL, *op. cit.* n° 164.

³ *L'ordre juridique* (1946), Dalloz, 1975, p. 25.

⁴ *Op. cit.* p. 49.

⁵ *Op. cit.* p. 51.

⁶ *Ibid.*

(notamment en matière de distribution). Le critère de la durée doit donc être écarté. Il nous semble au contraire que la durée est une caractéristique du lien de droit. Tous les liens de droit cités jusqu'à présent se maintiennent dans le temps et s'opposent en cela aux rapports de fait qui restent précaires.

20. Il reste à tenter de distinguer l'institution-mécanisme, ensemble organisé de règles créées par le droit objectif et le lien de droit. Les deux notions sont voisines, au point que des auteurs ont pu qualifier l'obligation² et le lien d'instance d'institution³. Mais elles s'opposent aussi parfois, dans la mesure où il est traditionnel de distinguer l'institution et le contrat. Ce dernier ne serait pas durable⁴ et la survie du contrat dépend de la volonté de ceux qui l'ont créé, et non du droit objectif comme c'est le cas pour l'institution. La notion d'institution a d'ailleurs été développée pour lutter contre l'hégémonie au XIX^e siècle de la notion de contrat que l'on employait pour expliquer des notions aussi diverses que la situation des fonctionnaires ou le règlement intérieur d'une entreprise⁵. Ainsi, l'on a pu se demander si le mariage était un contrat ou une institution⁶ et un auteur a pu affirmer récemment que le pacs pouvait être qualifié d'institution⁷. On pourrait peut-être avancer que tous les liens de droit peuvent être vus comme des institutions-mécanismes à l'exception du lien contractuel. La difficulté est qu'il est bien d'autres mécanismes que les liens qui peuvent être qualifiés d'institution. M. Bergel cite la monnaie, le crédit, les sanctions, les voies de recours, l'action en justice, etc.⁸. Le terme d'institution paraît dès lors vague et général. En particulier, il est une bien faible qualification du lien d'instance si l'action en justice, les voies de recours et le jugement peuvent être eux aussi qualifiés d'institution. Tous les grands mécanismes du droit judiciaire apparaissent comme étant des institutions et le lien d'instance ne paraît pas avoir de spécificité. La notion d'institution ne permet pas ainsi de préciser le régime du lien d'instance, ce qui est pourtant l'enjeu d'une qualification. En définitive, la notion d'institution apparaît soit nettement distincte du lien de droit - c'est le cas de l'institution-organisme -, soit trop large c'est le cas de l'institution-mécanisme qui s'oppose, par ailleurs, au lien contractuel. Il convient dorénavant de confronter le lien de droit et la norme.

3.- Le lien de droit et la norme

21. La distinction entre le lien de droit et la norme juridique conduit à s'interroger sur le rapport entre le lien de droit et l'acte juridique. Les normes sont

¹ J.-L. BERGEL, *op. cit.* p. 189.

² MARTY et RAYNAUD, *préc.* V. note 1.

³ J.-L. BERGEL, *op. cit.* n° 179.

⁴ V. *supra*.

⁵ J.-L. BERGEL, *op. cit.* p. 180 et 184.

⁶ *Ibid.*

⁷ D. FENOUILLET, in *La contractualisation du droit de la famille*, *préc.* p. av.

⁸ *Op. cit.* p. 190.

en effet issues des actes. H. Kelsen affirme plus précisément que la norme est la signification d'un acte juridique : « le mot norme exprime l'idée que quelque chose doit être ou se produire, en particulier qu'un homme doit se conduire d'une certaine façon. Telle est la signification que possèdent certains actes humains qui, selon l'intention de leurs auteurs, visent à provoquer une conduite d'autrui »¹. Il existe ainsi des actes dont la signification est une permission, une interdiction ou une obligation pris au sens de devoir². Comment situer le lien de droit par rapport à la norme ? Kelsen fournit, nous semble-t-il, deux réponses complémentaires.

22. Selon une première réponse, le lien de droit que Kelsen nomme le rapport de droit est créé par la norme : le rapport de droit « doit son existence même, sa naissance même, à des normes juridiques, qui seules le créent »³. L'auteur ajoute en ce sens une formule qui renvoie à la discussion du paragraphe précédent : « le mariage en tant que rapport de droit est une institution juridique, autrement dit : un complexe d'obligations juridiques et de droits subjectifs au sens spécifiquement technique, c'est-à-dire un complexe de normes juridiques »⁴. Autrement dit, l'acte solennel du mariage crée un lien conjugal qui est un ensemble de droits et d'obligations. De même, le contrat peut créer un lien contractuel qui comporte des obligations. Mais cette analyse ne rend pas compte de l'obligation elle-même qui est un lien de droit sans être - et pour cause - un complexe de droits et d'obligations.

23. La seconde réponse de Kelsen est d'affirmer que ce rapport de droit n'est pas un lien entre des personnes mais un rapport entre des normes : « une connaissance qui prend pour objet le droit - c'est-à-dire des normes juridiques - n'a pas non plus affaire à des rapports entre des individus, mais uniquement à des rapports entre normes juridiques - créées sans doute ou appliquées par des individus -, ou entre des faits ou situations définis par des normes juridiques, et dont la conduite humaine ne représente qu'un cas particulier, spécialement important sans doute »⁵. Sans entrer dans une critique du normativisme⁶ et en particulier de la mystérieuse norme fondamentale, on peut noter que l'obligation qui n'est pas un rapport de norme puisqu'elle ne comporte qu'une norme est pourtant considérée comme étant un lien entre deux personnes. On peut relever par ailleurs que Kelsen reconnaît lui-même l'existence de rapport entre personnes. Ainsi, il affirme « la propriété ne peut donc, elle aussi, consister qu'en un rapport d'individu à individus »⁷. Il n'est pas non plus certain que les termes de lien et de

¹ *Théorie pure du droit*, réed. Bruylant, LGDJ, 1999, p. 13.

² V. aussi *Théorie générale des normes* (1979), Léviathan, PUF, 1996, la fonction des normes peut être le commandement, la permission, l'habilitation et l'abrogation (p. 125).

³ *Théorie pure du droit*, préc. p. 167.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ Notamment G. TMSIT, *Les noms de la loi*, 1991, PUF, Les voies du droit, spéc. p. 27 et s.

⁷ *Op. cit.* p. 137 ceci dit la propriété n'est sans doute pas un lien de droit V. *infra* n° 26.

rapport soient synonymes. Mais avant de traiter cette question, il faut examiner une dernière difficulté : est-ce la norme qui crée le lien ou le lien qui crée la norme ?

24. On peut tout d'abord envisager la question à propos du lien de filiation. Dans ce cadre, les parents peuvent donner des ordres à leur enfant. On obtient alors la séquence de notions suivantes : un acte juridique (par ex. une loi) comporte une signification en termes de permission, obligation ou interdiction, ce qui constitue une norme. Celle-ci crée le lien de droit (par ex. le lien de filiation). Ce lien peut comporter des droits et des obligations, autrement dit des sous-liens portant sur une question particulière (par ex. l'obligation de subvenir aux besoins de l'enfant qui lie les parents). Il peut aussi comporter la possibilité de donner des ordres, ce qui constitue une norme qui crée une obligation (l'enfant doit obéir). Il existe donc, semble-t-il, des normes au sein des liens de droit. Or, on peut se demander si une telle norme ne renforce pas la distance entre les parties liées, autrement dit si, parmi ce qui produit la distance dans un lien de droit, il n'y aurait pas la possibilité d'édicter des normes. Dans le cadre du lien de filiation, une norme (une interdiction, une permission, etc.) vise à fixer une limite à l'enfant et lui permet petit à petit de se structurer et donc de construire son identité. Or, cette identité lui permet de se différencier de ses parents. Serait peut-être ainsi interprétée une formule difficile de P. Legendre : « le lien peut être défini : la métaphore de la limite »¹. Le lien ou corde est une métaphore de ce qui unit l'enfant à ses parents et ceux-ci, dans le cadre de ce lien, lui assignent des limites qui le conduisent à se différencier de ses parents. Est-il possible d'étendre cette analyse à tous les liens ?

25. Il importe en particulier d'étudier l'articulation entre la norme et le lien en matière contractuelle. P. Ancel considère que le contrat crée une norme juridique et pas seulement des obligations². Dès lors, le caractère obligatoire du contrat signifie simplement que « la norme née du contrat » s'impose aux parties. Le contrat crée par ailleurs des obligations qui doivent être exécutées. Cette approche permet d'expliquer que les effets du contrat ne se limitent pas à créer des obligations. L'analyse emporte la conviction. Mais elle ne laisse que peu de place au lien contractuel dont l'existence est pourtant signalée. M. Ancel écrit : « dire que les parties sont « obligées » par le contrat (il vaudrait mieux dire qu'elles sont engagées, *tenu*es par le contrat) ne signifie pas nécessairement, et pas seulement, qu'elles sont tenues (débitrices) d'obligations. Et même lorsqu'elles en sont tenues, le lien contractuel n'est pas complètement absorbé par leur rapport d'obligation »³ (c'est nous qui soulignons). Il semble - cette solution nous paraît implicite - que, pour l'auteur, lien contractuel et norme aient la même signification. Le contrat crée

¹ *L'empire de la vérité*, préc. p. 85.

² « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999.771 et s.

³ *Op. cit.* p. 774.

une norme ou un lien par lequel les parties sont tenues. Or, si nous souscrivons à l'idée que le lien contractuel dépasse les rapports d'obligations, nous émettons des réserves quant à l'assimilation de la norme et du lien. Il paraît en effet contestable de confondre la signification du contrat en termes de comportement des parties et la liaison entre les parties. L'auteur le reconnaît d'ailleurs d'une certaine manière lorsqu'il écrit : « le contrat (...) peut être considéré comme un acte normatif en ce qu'il signifie ce qui doit être dans leurs relations »¹. Or, pour indiquer ce que doivent faire les parties dans une relation, il faut déjà qu'il y ait une relation. Non seulement il faut distinguer, nous semble-t-il, le lien contractuel et les normes contractuelles, mais il faut sans doute aussi admettre que le lien est antérieur aux normes. Cette approche est contestable tant que l'on ne voit dans le lien qu'un accrochage : on pense alors que les parties sont liées car elles doivent respecter des normes. Mais, si l'on analyse le lien en termes de reconnaissance des différences, il apparaît nécessaire de considérer le lien - l'écart entre les parties - comme antérieur aux normes contractuelles et comme permettant les normes contractuelles. L'ordre serait donc le suivant : l'accord de volonté réalise une reconnaissance d'altérité, ce qui permet de fixer des normes contractuelles et en particulier de créer des obligations. Ne pourrait-on aller plus loin et considérer que le caractère obligatoire du contrat - le fait que les parties soient tenues - est une conséquence de l'existence d'un lien contractuel et non des normes. Les normes contractuelles sont en effet multiples et, si elles sont chacune obligatoires, il n'est pas certain que l'effet obligatoire du contrat puisse être le résultat de l'addition du caractère obligatoire de chaque norme. Il faut souligner que les normes contractuelles nous paraissent multiples quoique M. Ancel passe dans son texte du pluriel au singulier, des normes contractuelles à la norme contractuelle². En revanche, le caractère obligatoire du contrat conserve son unité si l'on considère qu'il est une conséquence du lien juridique comme écart. Pour le dire simplement : reconnaître une partie comme différente et comme complémentaire, c'est se lier à elle et pouvoir se fixer des règles ; autrement dit, dans l'espace constitué entre deux personnes, une parole comprenant des règles peut être dite³. Nous essaierons de montrer plus loin que cette analyse entraîne des effets juridiques.

En définitive, il nous paraît possible d'affirmer que le lien et la norme sont distincts et que le lien en tant que distance de reconnaissance précède et rend

¹ *Op. cit.* p. 776.

² Quelques exemples pour le terme de norme contractuelle, *op. cit.* n° 5, n° 17, n° 57 ; quelques exemples pour le terme de normes du contrat au pluriel, n° 8, n° 9, n° 11 ; autant il est convaincant d'affirmer qu'un contrat fait naître des normes (KELSEN emploie essentiellement le pluriel, *op. cit.* p. 256 et s.), autant considérer le contrat comme une norme au singulier nous paraît discutable, cela conduit pourtant l'auteur à envisager la cession de contrat comme la modification du « contenu de la norme contractuelle » (*op. cit.* n° 57), sur la cession de contrat V. *infra* n° 35.

³ Le langage constitue d'ailleurs une séparation entre le symbole, le signifiant et le réel, le signifié, il est donc lui-même séparation. On peut ainsi comprendre la formule de P. LEGENDRE « quel que soit l'angle, subjectif ou social, sous lequel on l'envisage, la relation langagière suppose-t-elle un hiatus, un écart », in *De la société comme texte*, préc. p. 20.

possible la norme. Il existe sans doute plus largement une dialectique entre le lien et la norme, car, une fois un lien créé, des normes peuvent être prescrites et de nouveaux liens, les obligations, peuvent être créés. La notion de lien de droit nous paraît donc avoir sa place à côté des notions de norme, d'acte juridique et d'institution-organisme. Mais il reste une comparaison difficile que nous avons jusqu'à présent laissée dans l'ombre : la comparaison entre le rapport de droit et le lien de droit. Il convient de rappeler que si nous montrons que les deux notions sont distinctes, nous évitons du même coup la qualification du lien de droit en un rapport de normes, que Kelsen réserve au rapport de droit.

4.- Le lien de droit et le rapport de droit

26. La notion de rapport de droit a donné lieu à de nombreuses recherches par les pandectistes allemands, puis par des auteurs italiens. Si l'on considère que le lien de droit se confond avec le rapport de droit, alors le lien de droit n'a pas de spécificité et l'on peut se reporter aux études concernant le rapport de droit.

Or, cette assimilation peut être trouvée dans les écrits de Savigny : « chaque rapport de droit nous apparaît comme une relation de personne à personne déterminée par une règle de droit »¹. L'auteur développe sa pensée : « tout rapport de droit se compose de deux éléments : 1°) une matière donnée, c'est-à-dire la relation elle-même ; 2°) l'idée de droit qui règle cette relation. Le premier peut être considéré comme l'élément matériel du rapport de droit, comme un simple fait ; le second, comme l'élément plastique, celui qui anoblit le fait et lui impose la forme du droit »². Savigny peut alors poser une définition : « on peut définir le rapport de droit : le domaine de la volonté libre »³. Mais, dès lors, il donne une grande extension à la notion de rapport de droit qui comprend aussi bien le droit de propriété que l'obligation et les rapports de famille. Ultérieurement, des auteurs allemands et italiens développeront la notion de rapport de droit et l'appliqueront en particulier à l'instance en forgeant le concept de rapport de droit processuel⁴.

Tous les liens de droit sont donc, selon Savigny, des rapports de droit, mais le terme de rapport de droit est plus large que celui de lien, puisqu'il comprend le droit des biens. Il est vrai que de nombreux auteurs considèrent que la propriété

¹ *Traité de droit romain*, t. 1, trad. fr. 1855, p. 323 ; sur cet auteur V. E. PUTMAN, « Réflexions sur une vision historique du droit le « traité de droit romain actuel » de Savigny », in *Le droit dans le souvenir, Liber amicorum B. Savelli*, PUAM, 1998, p. 83.

² *Ibid.*, soit dit en passant on retrouve ainsi sous une autre forme la relation entre le lien unissant deux personnes et la norme.

³ *Ibid.* Savigny a peut-être été influencé par J.-G. FICHTE, *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science*, PUF, 1998 (1795-1796).

⁴ C. DO COUTO E SILVA, « Contribution à une histoire des concepts dans le droit civil et la procédure civile (l'actualité de la pensée d'Otto Karlova et d'Oskar Bulow) », in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1985.

est une relation sociale, en ce sens qu'elle indique à ceux qui ne sont pas propriétaires qu'ils ne peuvent avoir de droit sur la chose¹. Mais il paraît exclu de considérer qu'il existe un lien au sens de reconnaissance des différences entre le propriétaire et les tiers. Il n'existe pas non plus un tel lien entre la personne et la chose. Au contraire, le rapport du propriétaire à la chose est un rapport d'appropriation qui exclut l'écart et la reconnaissance qui existe entre personnes. C'est sans doute la solution aujourd'hui, mais il ne faut pas ignorer que les liens entre les hommes et les choses peuvent être vus comme des liens de droit lorsque « l'âme » du propriétaire se maintient dans l'objet. M. Mauss écrit ainsi : « il est net qu'en droit maori, le lien de droit, lien par les choses, est un lien d'âmes, car la chose elle-même a une âme, est de l'âme »². Cela étant, dans cette hypothèse, il s'agit d'un lien entre personnes qui passe par les objets.

27. Il est possible d'approfondir la distinction entre le rapport de droit et le lien de droit en s'appuyant sur l'étymologie des termes. Le terme de rapport est polysémique : il a le sens de profit, compte rendu, quotient, relation, annulation d'une décision, reconstitution d'un ensemble de biens en droit. Il a été créé au XIII^e siècle en français à partir du verbe latin *portare* qui veut dire porter. Rapporter veut donc dire porter de nouveau vers. Il s'agit de rapprocher deux choses ou deux personnes. Les termes de relation et de rapport ont une origine voisine, puisque le terme de relation a été construit à partir de *relatio* lui-même issu de *tollo* qui voulait aussi dire porter³. Il s'agit toujours de rapprocher deux éléments. L'italien emploie le terme de *rapporto giuridico* et l'allemand le terme de *rechtverhältnis*⁴. En allemand comme en français, on distingue le rapport et le lien (en allemand *Bindung* est employé pour le lien conjugal par exemple). On peut donc considérer que le lien et le rapport sont deux termes distincts, que le lien est plus fort alors que le rapport ne fait que rapprocher des éléments. Le rapport a aussi un sens plus objectif et plus descriptif, ce qui explique qu'il peut s'appliquer à la relation entre une personne et une chose. Le terme de rapport juridique a d'ailleurs été employé pour échapper à l'approche subjective du contrat⁵. Le terme de lien de droit a en revanche un contenu plus complexe, subjectif et humain, puisqu'il renvoie à un écart de reconnaissance.

¹ V. par ex. J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, par J. GHESTIN et G. GOUBEUX avec la collaboration de M. FABRE-MAGNAN, 4^e éd. 1994, LGDJ, n° 199.

² In *Sociologie et anthropologie*, PUF, 1968 ; *Essai sur le don* (1923-1924), p. 160.

³ A. ERNOUT et A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Klincksieck, 4^e éd. 2001.

⁴ Le terme de rapport de droit ne paraît pas répandu en *common law* et les différents sens du terme de rapport doivent être traduits par autant de termes (*ratio*, *connection*, *relationship*, etc.).

⁵ C. COUTO E SILVA, préc. p. 251 et ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico* (Turin, 1951), réed. 1999, G. GIAPPICHELLI, Turin, avec une préface de NATALINO IRTI, n° 3.

28. Les termes de rapport d'obligation¹ ou de rapport contractuel² sont également employés et montrent que, dans un contrat, il existe un ensemble composé de droits et d'obligations. Mais le terme de lien contractuel nous paraît, par sa profondeur (si on le considère comme un écart), rendre mieux compte de ce phénomène. En définitive le terme de lien de droit est spécifique et autonome. Il reste à vérifier qu'il est opératoire. C'est à cette fin que l'on peut tenter de tirer quelques conséquences de la notion de lien de droit.

C.- LES CONSÉQUENCES DE LA NOTION DE LIEN DE DROIT

29. Il est possible de tirer quelques conséquences de la notion de lien de droit en matière contractuelle et en matière processuelle. Mais il ne peut être question de reprendre toutes les discussions juridiques dans le cadre de cette étude. Il s'agit de dégager des pistes de mise en œuvre du lien de droit et montrer que la notion est opératoire.

1.- Quelques conséquences en matière contractuelle

30. Le contrat, contrairement à l'obligation, est rarement défini comme un lien de droit. M. Ghestin notamment n'y fait, semble-t-il, aucune allusion dans ses recherches sur la notion de contrat³. Pourtant, l'expression de lien contractuel est fréquemment employée sans que cela suscite de discussion⁴. Le débat concernant la cession de contrat a ainsi conduit plusieurs auteurs à analyser le contrat comme un lien de droit⁵. Il semble qu'il puisse s'agir d'une définition complémentaire du contrat. Mais une difficulté surgit alors : si l'on considère que le contrat et l'obligation créée par le contrat sont des liens de droit, alors un lien de droit engendre un lien de droit, ce qui peut surprendre. Deux liens entre deux mêmes personnes ayant le même objet ne constituent en réalité qu'un seul lien. Le contrat ne serait donc pas un lien mais resterait un accord qui crée un ou des liens, c'est-à-dire des obligations. Pourtant, il est possible de maintenir que contrat et obligation sont des liens de droit. Deux arguments sont de nature à appuyer cette assertion. Il existe des hypothèses dans lesquelles on rencontre tout d'abord un

¹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *Les obligations*, 3. *Le rapport d'obligation*, Armand Colin, 1999 ; V. aussi notre thèse, *op. cit.* n° 5, il est également répandu en droit allemand, F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997, p. 299 et s.

² L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations à trois personnes*, Economica, 1984, n° 3.

³ Dernièrement : « la notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables », in *La relativité du contrat*, Travaux de l'Association H. Capitant, LGDJ, 2000, p. 223 mais l'auteur considère ailleurs (J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, in *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3^e éd. LGDJ, 2001, n° 1046) que le contrat est un lien et un bien : « il serait irréaliste de soutenir que le contrat ne constitue qu'un lien entre plusieurs personnes, alors qu'il représente aussi une valeur patrimoniale en soi ».

⁴ Par ex. : M.-E. PANCRAZI-TIAN, préc. ; A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, PUAM, 1992.

⁵ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR, E. SAVAUX, *Les obligations*, 3. *Le rapport d'obligation*, A. Colin, 1999, n° 400 et 401 ; V. notre étude « La cession de contrat », *Rép. civ. Dalloz*, 2001, n° 18.

lien de droit qui est source d'obligation, c'est le cas en particulier de la filiation. Un lien de filiation entraîne des obligations de part et d'autre¹. Il n'y a donc pas d'impossibilité à ce qu'un lien de droit crée d'autres liens de droit. Un deuxième argument peut être tiré d'un lien non juridique, le lien d'amitié². Lorsque deux personnes sont amies, on dit qu'elles sont liées, voire très liées. Or dans le cadre de leur amitié, il peut exister des obligations morales telles que celle de rendre une invitation. Un individu lié à un ami de manière générale peut ainsi avoir une obligation particulière d'inviter.

31. Mais, il ne faut pas confondre acte juridique et lien de droit. Kelsen a montré en effet que l'acte comportait des normes qui créent un lien de droit³ ou, selon nous, des normes qui sont rendues possible par le lien de droit. L'acte n'est donc pas en tant que déclaration de volonté un lien, mais il donne lieu à un lien dès lors qu'il s'établit dans la durée. Ainsi les contrats à exécution instantanée ne donnent pas lieu à un lien de droit. Mais, à l'inverse, il est difficile d'affirmer qu'un contrat qui se maintient dans la durée n'est qu'un accord de volonté, il est en effet vécu comme un lien de droit.

32. Or, il n'est pas sans conséquence de considérer le contrat comme un lien de droit. Cela permet d'expliquer des problèmes qui ne s'expliquent pas par la notion d'obligation, tels que la suspension ou la résolution du contrat. Ce sont des événements qui touchent le lien contractuel tout entier et non pas seulement les liens d'obligation créés par le contrat. M. P. Ancel pour expliquer ce problème distingue la force obligatoire du contrat de son contenu obligationnel⁴. Mais il n'est pas, selon nous, nécessaire de forger une telle distinction, il suffit de reconnaître que le contrat est un lien de droit qui, à ce titre, a des effets indépendants de la création des obligations. On peut le vérifier à propos de trois questions étudiées par M. Ancel.

33. Concernant les promesses de contrat, l'auteur montre qu'il est difficile de dégager une obligation du promettant : il n'a pas simplement une obligation de « ne pas passer d'actes contraires à la promesse » et il ne peut « s'obliger à consentir » au contrat définitif, il a déjà consenti. Il peut en conclure que le « promettant n'est pas dans la situation d'un débiteur, mais qu'il est, plus fondamentalement, *tenu* par le contrat »⁵. La promesse est donc bien un lien de droit, c'est-à-dire un écart creusé entre le promettant et le bénéficiaire par lequel le promettant prend en considération le bénéficiaire comme possible futur contractant dans le contrat définitif. C'est aussi un « accrochage », dans la mesure

¹ *Vocabulaire Cornu*, préc.

² Sur le lien d'amitié V. notamment M. VILLEY, *op. cit.* n° 45.

³ V. *supra* n° 22.

⁴ « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999.771 et s.

⁵ *Op. cit.* p. 785.

où la promesse est maintenue pendant une certaine durée. Il ne paraît pas nécessaire, dans cet exemple - mais peut-être ne s'agit-il que d'une différence de langage - de considérer le contrat comme une norme ayant un effet obligatoire.

34. On comprend de la même manière que le contrat-cadre puisse avoir un effet sans pour autant comporter d'obligation. Le contrat-cadre comme tout contrat est un lien de droit, c'est même un bel exemple de lien de droit dans lequel les parties se contentent de s'identifier, de se mettre en relation, de creuser en quelque sorte l'écart entre elles, sans encore s'imposer d'obligations concrètes. Il peut en effet exister des contrats-cadres sans obligation de contracter¹. On peut certes y voir le cadre d'obligations éventuelles². Mais cette construction est-elle nécessaire et conforme à l'intention des parties³? Les parties concluent un véritable contrat⁴. Autrement dit, un accord de volonté a lieu dont l'effet juridique n'est pas de créer des obligations mais un lien contractuel, à ce titre obligatoire⁵. Il est vrai que l'analyse du contrat en termes de norme développée par P. Ancel aboutit au même résultat⁶. Mais, plusieurs remarques formulées par des spécialistes de la matière incitent à penser que la véritable intention des parties est de créer un lien contractuel - comportant il est vrai des normes - dans le cadre duquel des contrats d'application pourront prendre place. Ainsi M. Gatsi note : « Cet accord apparaît nécessaire pour formaliser sur le plan juridique la relation économique envisagée »⁷. Il nous semble que la création d'un lien de droit est indispensable car il n'existe pas sinon de relation économique, en quelque sorte le droit crée le lien car tout rapport de fait se révèle trop précaire⁸. De même, M. Ferrier met en avant la création de « relations » : « on l'a qualifié de « contrat-cadre » de fourniture fixant les stipulations des « contrats d'application » par lesquels se réalisent, ponctuellement mais pendant toute la durée *des relations*, les achats-ventes entre les parties au contrat-cadre »⁹. Enfin, MM. Pollaud-Dulian et Ronzano notent : « On peut remarquer que la reconnaissance de la structure juridique contrat-cadre/contrats d'application *pour consolider des relations d'affaires durables* a aussi, indirectement pour effet de conforter la jurisprudence qui refuse de faire produire des effets juridiques contraignants lorsque les parties sont en relations d'affaires habituelles, mais n'ont pas souhaité se lier »¹⁰.

¹ J. GATSI, *Le contrat-cadre*, LGDJ, 1996, p. 17 et s.

² *Op. cit.* n° 204 et s.

³ V. sur ce point P. ANCEL, *op. cit.* n° 23 et 24.

⁴ J. GHESTIN, « La notion de contrat-cadre et les enjeux théoriques et pratiques qui s'y attachent », *Cah. dr. entr.* 1997-3/4, p. 9.

⁵ En ce sens, F. POLLAUD-DULIAN et A. RONZANO, « Le contrat-cadre, par-delà les paradoxes », *RTD com.* 1996.179 et s. spéc. n° 24.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Op. cit.* n° 159.

⁸ V. note n° 61.

⁹ *Droit de la distribution*, 2^e éd. Litec, 2000, n° 452.

¹⁰ *Op. cit.* n° 48 et aussi : « le contrat-cadre assigne un périmètre bien délimité des relations », *op. cit.* n° 19.

35. L'intérêt enfin de qualifier le contrat de lien de droit est de tenter d'expliquer la cession de contrat sans passer par une analyse du contrat en termes de norme comme le fait M. Ancel¹. Si le contrat n'était qu'un accord de volonté on ne pourrait expliquer une telle cession car si l'un des cédants est modifié, l'accord de volonté doit être renouvelé². Si l'on considère qu'il s'agit d'un lien au sens d'un simple accrochage entre deux personnes, il est également difficile de concevoir la cession de contrat car si l'on détache une personne il n'y a plus de lien. Mais si l'on considère qu'il s'agit d'un lien de droit au sens d'un espace de reconnaissance entre personnes différentes, il peut, selon nous, survivre à la modification d'un des contractants. L'écart entre les parties doit rester le même, autrement dit le nouvel arrivant doit pouvoir remplir des fonctions identiques à celui qu'il remplace et inspirer la même confiance. Un nouvel accord paraît nécessaire afin qu'il y ait une reconnaissance par le cocontractant maintenu du nouveau cocontractant sans que pour autant il s'agisse d'un nouveau contrat. On parle alors de convention. Il est vrai qu'un arrêt a qualifié une cession de contrat en une délégation³. Mais il ne nous paraît pas certain qu'une cession du contrat était en jeu dans les faits puisque le litige portait, nous semble-t-il, plutôt sur une obligation et quand bien même il s'agit du sens de la décision, elle nous paraît contestable car elle signifie que le premier contrat ne sera pas transmis avec toutes ses clauses et ses accessoires⁴. L'analyse ne permet pas, par ailleurs, de dégager un régime général des cessions de contrat qui engloberait les cessions de contrats légales (ex. cession de bail) et les cessions de contrat conventionnelles. Elle conduit à assimiler le lien contractuel à l'obligation puisque l'on applique un mécanisme du droit des obligations, la délégation, au contrat. Or, si les deux notions sont bien des liens de droit, il s'agit de liens de droit différents : le lien contractuel est un complexe de normes et en particulier de droits et de devoirs, alors que l'obligation vise seulement à l'exécution d'une prestation. Or, la délégation a été conçue pour permettre à un débiteur de demander à un tiers de devenir débiteur de l'obligation et d'exécuter la prestation, elle n'a pas été conçue pour s'appliquer au lien plus complexe que constitue le lien contractuel.

Certains auteurs emploient, par ailleurs, le terme de substitution de personne pour décrire la cession de contrat⁵. Mais il nous semble qu'il importe de distinguer les hypothèses de substitution de personne qui impliquent le maintien du

¹ *Op. cit.* p. 809, à nouveau il ne s'agit peut-être que d'une différence de vocabulaire ; mais il nous semble que M. Ancel doit employer le terme de norme contractuelle au singulier pour établir qu'une modification de cette norme est possible, alors que par ailleurs il admet que le contrat comporte plusieurs normes, or dire que la cession de contrat réalise la modification de plusieurs normes conduit, nous semble-t-il, à une véritable pulvérisation de la cession de contrat.

² Position de MM J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, in *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3^e éd. LGDJ, 2001, n° 1053.

³ Civ. 3^e, 12 déc. 2001, *D.* 2002.J.984, M. BILLIAU et C. JAMIN.

⁴ En ce sens C. LARROUMET, « La descente aux enfers de la cession de contrat », *D.* 23 mai 2002. Point de vue. 1555.

⁵ M. BILLIAU et C. JAMIN, article préc. ; D. MARTIN, « Du changement de contractant », *D.* 2001. Chron.3144.

substituant et qui ne sont donc pas translatives, des hypothèses de cession dans lesquelles un tiers succède au cédant. Autrement dit, on ne peut totalement remplacer une personne car une personne est une entité singulière, mais on peut envisager soit une substitution provisoire avec maintien à l'état dormant du substituant, soit une succession de personne, le cessionnaire étant alors l'ayant cause du cédant¹. Dans le premier cas, l'accord de l'insubstitué (le cocontractant qui n'est ni substituant ni substitué) n'est pas toujours nécessaire car l'écart originel est maintenu et un contractant supplémentaire intervient. Dans le second cas, il s'agit bien d'une succession et le cédant s'écarte avec l'accord de son cocontractant². Ainsi, la substitution du bénéficiaire d'une promesse unilatérale serait, selon nous, une hypothèse de substitution de personne et non de cession de contrat³.

À noter que la figure de la substitution de personne telle que nous la concevons n'est pas limitée au lien contractuel. Elle peut se rencontrer en droit des successions⁴ et également dans le lien de filiation adoptive ; une adoption simple est en effet possible après une adoption plénière lorsqu'il existe des motifs graves (art. 360 c. civ.). Le doyen Carbonnier écrit à ce propos : « *quid* du nouvel a. 360 ? Substitution d'adoptant ? »⁵. Or le lien de filiation n'est pas une obligation car il n'y a pas de débiteur et de créancier⁶. L'un des avantages de construire la notion de lien de droit est ainsi de pouvoir étudier conjointement des mécanismes comparables qui ne sont pas limités aux obligations.

En somme, la notion de lien de droit paraît expliquer plusieurs solutions du droit des contrats. Il convient de vérifier le caractère opératoire du lien de droit en matière processuelle.

2.- Quelques conséquences en matière processuelle

36. Considérer le lien de droit comme reconnaissance d'une altérité conduit également à renouveler quelque peu la notion de lien d'instance. On considère traditionnellement qu'il existe plusieurs analyses possibles du lien d'instance. Selon une première analyse, par la demande, la saisine et les défenses, les parties donnent leur consentement à un contrat judiciaire qui prévoit leurs droits et

¹ V. L. AYNES, th. préc., C. LARROUMET, article préc. et C. LACHIEZE, « L'autonomie de la cession conventionnelle de contrat », *D.* 2000.Chron.184.

² V. notre article : « Proposition de distinction entre la substitution de personne et la cession de contrat », *D.* 1998.Chron.356.

³ V. Civ. 3^e, 13 juill. 1999, *D.* 2000. J.195, et notre commentaire ; un auteur emploie l'expression de cession de position contractuelle pour qualifier la substitution de bénéficiaire d'une promesse unilatérale : I. NAJJAR, « Clause de substitution et « position contractuelle » », *D.* 2000.Chron.635.

⁴ V. notre thèse, préc. p. 28 et s.

⁵ *Droit civil, La famille*, 20^e éd. PUF, p. 361, 1999.

⁶ En ce sens P. ANCEL, *op. cit.* p. 776.

obligations pendant la procédure : le juge a une obligation de résoudre le litige, les parties s'engagent à coopérer et elles paient indirectement le juge de ses services en s'acquittant de leurs impôts. Cette analyse était retenue au XIX^e siècle lorsque l'on essayait de tout expliquer par la notion de contrat. Mais l'idée de contrat est difficile à maintenir, car ni les parties ni le juge ne fixent leurs droits et obligations - c'est la loi qui les impose -, et l'on ne voit pas bien comment le juge donnerait son consentement à ce contrat. Ce ne sont pas les parties qui l'obligent à se lier, c'est en tant que magistrat et fonctionnaire que le juge a l'obligation de juger. S'il ne juge pas, il commet d'ailleurs un déni de justice¹. Selon une seconde analyse, par la demande initiale et la saisine, il y a une adhésion à un mode étatique de résolution des litiges. Le lien juridique d'instance apparaît donc comme un lien de droit d'origine légale qui unit les parties et le juge et comporte des droits et des obligations définis par la loi. Les auteurs considèrent ainsi généralement que le lien d'instance est un lien légal². Jacques Héron écrivait en ce sens : « Aujourd'hui la doctrine unanime considère que le lien juridique d'instance revêt un caractère légal³.

37. Mais ayant approfondi ce qu'est un lien de droit, on explique mieux, semble-t-il, ce qu'est le lien d'instance. Le lien d'instance ne suppose pas d'accord entre les parties comme le suppose un contrat. Il suppose seulement la reconnaissance de la qualité procédurale de l'autre. Or, c'est bien ce que fait le lien d'instance en attribuant une position à chacun : juge, défenseur, intervenant. Chacun se voit ainsi différencié⁴ de l'autre dans l'instance. Le sociologue Niklas Luhmann a en ce sens montré que la procédure opérait une différenciation, une séparation, tout d'abord entre la société et le tribunal, puis en attribuant des rôles à chacun qui soient séparés de la vie qu'ils mènent en dehors du tribunal. Le juge doit être impartial et les parties doivent se présenter en quelque sorte comme des inconnus qui ne pourront prouver leur bonne foi que dans le cadre du procès, mais non en faisant référence par exemple à leur notabilité. L'auteur écrit : « la nécessité pour les parties de démontrer leur habileté tactique s'accroît avec la différenciation des procédures. Elles ne peuvent, comme c'est le cas dans les sociétés simples, se présenter comme étant connues personnellement et gagner déjà en cela en confiance : elles doivent plutôt la mériter dans la procédure elle-même en tant qu'inconnu ». Derrière le terme d'inconnu, on peut entendre le terme d'étranger ou d'altérité.

¹ Mais il est contestable que le juge soit lié à l'instance, V. en ce sens G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, PUF, 1996, p. 433 qui prennent argument du fait que le lien d'instance peut se dénouer sans l'intervention du juge par désistement notamment.

² V. *supra* note 3.

³ *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 1991, n° 97. Il est intéressant de constater que l'adjectif « unanime » a disparu de la 2^e édition établie par T. LE BARS, 2002, n° 121.

⁴ *La légitimation par la procédure*, trad. fr. Cerf, 2001, spéc. p. 59.

On peut considérer que la violence et le conflit viennent de l'indifférenciation en particulier de la volonté¹ de s'approprier une même chose. La paix sociale consiste à recréer un écart, une différence entre deux personnes en indiquant à chacune sa place². Le but du procès vise à « repositionner » les parties. On peut dire que le positionnement des personnes dans le procès préfigure le repositionnement à la fin du procès. À noter aussi que l'on peut expliquer le désistement d'instance sans passer par la qualification contractuelle de l'instance³, mais en se fondant simplement sur la notion de lien de droit : une partie décide de ne pas conserver sa position procédurale et interrompt le déroulement de l'instance. Il nous paraît possible dès lors de donner sa pleine place au lien d'instance et de considérer que l'instance n'est rien d'autre que le lien entre les parties. Glasson et Tissier notent en ce sens : « l'instance est un rapport juridique entre le demandeur et le défendeur »⁴. M. Cadiet confirme : « Période qui va ordinairement de la saisine du juge au jugement, l'instance se présente comme la phase judiciaire du procès au cours de laquelle les parties au litige accomplissent un certain nombre d'actes de procédure. (...) Envisagée dans son essence, l'instance est le rapport de droit processuel ou procédural dont l'objet est le litige relatif à un rapport de droit substantiel ou fondamental, opposant deux ou plusieurs plaideurs »⁵. Nous souscrivons à ces analyses en notant toutefois que la notion de lien de droit nous paraît préférable au terme de rapport juridique, en ce qu'elle permet de rendre compte de la distance ou autrement dit de l'espace du procès dans lequel le litige va pouvoir se dénouer. Ce lien de droit comporte des obligations d'origine légale⁶, un peu comme le lien de filiation. On peut enfin se demander si le lien d'instance ne serait pas un des tous premiers liens de droit qui aient existé. Il est en effet souvent admis que le jugement a précédé la loi⁷, or le lien d'instance précède le jugement⁸. Il réalise la séparation des parties et du juge entre eux et à l'égard du reste de la communauté, le lien d'instance serait ainsi un lien primordial.

38. Peut-on dire en conclusion que l'énigme du lien de droit a été au moins partiellement résolue ? En partant d'un paradoxe - l'emploi fréquent de la notion dans les définitions et l'absence de recherche sur le sujet -, nous sommes parvenus

¹ D. SALAS, *Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme*, PUF, Les voies du droit, 1994, l'auteur écrit notamment : « figure d'autorité, le juge n'est rien d'autre qu'une autorité de réassignation des places quand la violence abolit les différences quand la confusion l'emporte sur la parole », p. 151.

² *Ibid.*

³ G. CORNU et J. FOYER, *op. cit.* p. 434.

⁴ *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, 3^e éd. Sirey, 1926, t. 2, p. 373, n° 453.

⁵ *Op. cit.* n° 1026.

⁶ M.-P. VINH-DALMAIS, *La notion d'instance*, th. Paris II, 2000, n° 998.

⁷ B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999, n° 47.

⁸ Le jugement est une juste distance, V. P. RICŒUR, *Le juste*, 1995, p. 192 : « C'est cette juste distance entre les partenaires affrontés, trop près dans le conflit et trop éloignés l'un de l'autre dans l'ignorance, la haine ou le mépris, qui résume assez bien, je crois, les deux aspects de l'acte de juger ».

à un autre paradoxe, une véritable contradiction : le lien de droit entre personnes juridiques est à la fois un écart et un accrochage. Mais n'est-ce pas le principe du contradictoire qui, dans un procès et peut-être dans la recherche, permet de lever un coin du voile ?

L'approche relationnelle du droit : avant les ailes, les racines ?

Jérémie VAN MEERBEECK

Professeur invité à l'Université Saint-Louis (Bruxelles)

Conseiller à la Cour d'appel de Bruxelles

« We are all relationalists now »
(R.E. Scott).

Abstract: *This article aims to show that the concept of relation is intrinsically linked to the birth of Western law, particularly in Aristotle's theory of justice. This relational conception has however been progressively challenged by the individual's legal paradigm, which reached its peak in the 17th and 18th centuries. Yet, since then, this paradigm has revealed its flaws and has had to abandon its former unchallenged monopoly.*

Key words: *Aristotle – Relation – Individual – Legal paradigm*

Résumé : La présente contribution tend à montrer que le concept de relation est intrinsèquement lié à la naissance du droit occidental, particulièrement dans la théorie de la justice d'Aristote. Cette conception relationnelle a, cependant, été progressivement remise en cause par le paradigme juridique de l'individu, qui atteint son apogée aux 17^{ème} et 18^{ème} siècles. Depuis, ce paradigme a toutefois révélé ses failles et a dû abandonner son monopole autrefois incontesté.

Mots clés : Aristote – Relation – Individu – Paradigme juridique

Pour citer cet article : Jérémie VAN MEERBEECK, « L'approche relationnelle du droit : avant les ailes, les racines ? », *Revue juridique de la Sorbonne*, n° 1, juin 2020, p. 172-188.

Emmanuel Jeuland écrivait récemment¹ qu'une étude d'histoire du droit serait nécessaire pour étayer l'affirmation de Jean Carbonnier selon lequel les « juristes classiques n'avaient pas tort de faire du rapport de droit une de leurs notions primordiales »². Un tel objectif exigerait assurément une recherche d'importance et dépasse l'ambition des lignes qui suivent. Nous nous proposons, plus modestement, d'en poser les premiers jalons³.

¹ E. JEULAND, *Théorie relationniste du droit. De la French Theory à une pensée européenne des rapports de droit*, Paris, L.G.D.J., 2016, p. 393.

² J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 341.

³ Le présent texte constitue une version remaniée et abrégée d'un article qui sera publié dans un ouvrage intitulé : *Le droit en transition - Les clés juridiques d'une prospérité sans croissance*.

À cette fin, il nous paraît indispensable de montrer comment, alors que l'approche relationnelle¹ du droit est indissociable de l'émergence du droit occidental, le développement progressif du paradigme juridique de l'individu a eu pour effet de l'éclipser du discours juridique (I). Nous terminerons ce trop bref parcours des idées juridiques en évoquant les circonstances qui ont permis de remettre en cause le monopole de ce paradigme individuel, parmi lesquelles l'apparition de nouvelles approches relationnelles du droit (II).

I. DE LA RELATION À L'INDIVIDU

Le temps et, surtout, l'espace nous manque pour consacrer à cette mise en contexte les développements qu'elle mérite. Il s'agit donc ici tout au plus de retracer les grandes lignes de l'histoire de la pensée juridique sous le prisme du passage de l'approche relationnelle du droit (A) au paradigme juridique de l'individu (B).

A. De l'approche relationnelle classique²...

Le droit occidental trouve, incontestablement, sa source la plus ancienne dans l'antiquité, grecque et romaine. Il est extrêmement difficile de nous remettre dans ce contexte où prévalait une conception du monde radicalement différente de la nôtre. Dans les premières sociétés gréco-romaines, le fondement social n'était pas l'individu mais la famille, soumise à l'autorité unique du *paterfamilias*. À l'origine, la conception grecque ne distinguait pas clairement nature (*phusis*) et culture (*nomos*), cosmos et ordre social, ces notions étant situées sur une sorte de continuum social, chaque être ayant un but (*telos*), dont la poursuite permettait l'accomplissement de sa nature et contribuait à l'harmonie préordonnée des choses. Seuls les êtres humains (dotés du *logos*) pouvaient saisir cet ordre naturel³.

Rapidement, cependant, les sophistes ont souligné la nécessité de distinguer entre nature et convention et conclu soit à l'identification de la justice à la loi naturelle du plus fort, soit à la réduction du droit à de pures conventions. Cette approche sceptique va susciter la réaction, notamment, d'Aristote, qui s'évertuera à défendre une conception téléologique de la justice étroitement liée à la vie dans la cité⁴.

¹ Nous entendons le terme « relationnel », à ce stade, de la façon la plus large et neutre possible comme renvoyant à ce qui concerne la notion de relation.

² Le terme « classique » est entendu par opposition à « moderne ».

³ L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual. The Origins of Western Liberalism*, Penguin Books, 2014, pp. 18-42.

⁴ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, P.U.F., 2003, pp. 62-64.

L'homme étant un animal politique, doté du *logos*, sa cause finale (ce que vers quoi tout être tend, ce qu'il est en puissance et est appelé à devenir en acte) est d'être un citoyen vertueux, épris de justice¹, car c'est le propre de l'homme d'avoir le « sentiment du bien et du mal, du juste et de l'injuste, et des autres notions morales, et c'est la communauté de ces sentiments qui engendrent famille et cité »².

Partant de la notion d'homme injuste, Aristote distingue celui qui ne respecte pas la loi, d'une part, et celui qui rompt l'« égalité » à son profit et prend plus que son dû, d'autre part³. À partir de là, il distingue deux types de justice : la première, vertu complète, consiste à respecter la loi et la seconde, vertu particulière, à respecter l'égalité. De la justice universelle, Aristote écrit qu'elle est « une vertu complète, non pas cependant au sens absolu, mais dans nos rapports avec autrui » de sorte qu'on la considère « comme la plus parfaite des vertus » et que « ni l'étoile du soir, ni l'étoile du matin ne sont ainsi admirables ». Elle est « une vertu complète au plus haut point », parce que « l'homme en possession de cette vertu est capable d'en user aussi à l'égard des autres et non seulement pour lui-même » et que « seule de toutes les vertus », elle « est considérée comme étant un bien étranger parce qu'elle a rapport à autrui : elle accomplit ce qui est avantageux à un autre, soit à un chef, soit à un membre de la communauté »⁴.

Quant à la justice particulière, elle comprend la justice distributive, qui consiste à donner à chacun ce qui lui revient selon ses mérites, et la justice commutative, qui vise à rétablir l'équilibre premier, en redressant le déséquilibre résultant par exemple de la mauvaise exécution d'un contrat ou du tort causé à quelqu'un en matière extracontractuelle. Alors que la seconde suit une formule arithmétique (on remet dans le *pristin* état), la justice distributive se conçoit selon une proportion géométrique. Le juste ainsi compris est, écrit Aristote, « une sorte de proportion », étant « une égalité de rapports et supposant quatre termes au moins »⁵. Ainsi, quelqu'un qui serait deux fois plus méritant qu'un autre ne pourrait se voir accorder que deux fois plus, sous peine de violer la règle de proportionnalité.

¹ L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual*, op. cit., pp. 35-45. Pour les Grecs, ne pas être patriote, ne pas être un citoyen actif, c'était être un « idiot » (étymologie : celui qui se retire de la vie de la cité). Cet auteur relève que religion, famille et territoire étaient inséparables, de sorte que le patriotisme était la vertu la plus élevée de l'ancien citoyen, la défense de la cité s'identifiant à la défense de son identité (pp. 24-25).

² ARISTOTE, *La politique*, trad. par J. Tricot, Paris, Vrin, 1995, p. 29.

³ Notons d'emblée qu'il faut se garder d'interpréter le terme d'égalité avec notre compréhension de juriste moderne (la traduction anglaise utilise d'ailleurs le terme « *fairness* », qui renvoie plutôt à la notion d'équité). La pensée grecque était, malgré la démocratie athénienne, fondamentalement inégalitaire.

⁴ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Paris, Vrin, 1983, pp. 218-219.

⁵ *Ibid.*, p. 228.

Ce qui est déterminant pour notre propos, ce sont les termes utilisés par Aristote : la justice universelle est considérée comme étant une vertu complète mais pas absolue car elle se conçoit dans son rapport à autrui et la justice distributive se pense non pas de façon abstraite et individuelle (chaque individu est titulaire de tel ou tel droit) mais en prenant en compte, sur le registre de la proportion, les relations entre individus, au terme d'une évaluation des mérites de chacun. Comme l'écrit Michel Villey, la conception aristotélicienne de la justice concerne, au sens strict, les rapports sociaux : la justice attribuée à chacun ce qui doit lui revenir dans la cité¹. Sophie Klimis note pour sa part que, pour le Stagirite, la justice distributive ne s'identifie pas à la simple réciprocité et se règle sur la proportion plutôt que sur l'égalité².

Sans entrer dans le débat subtil de la place de l'individu et du sujet dans la philosophie grecque³, on peut à tout le moins s'accorder sur le fait qu'elle est nettement moins centrale que dans la conception moderne et, avec encore davantage de certitude, que les Grecs n'avaient pas développé une doctrine des droits naturels individuels⁴. De façon générale, en Grèce, le droit est conçu de façon peu différenciée par rapport à la notion de justice, qui elle-même est étroitement associée à la politique (donc à la vie dans la cité)⁵.

À Rome, les choses ont évolué différemment. Fortement religieux à l'origine (ce sont les prêtres qui disent le droit), le droit romain se laïciserait progressivement mais conservera, à tout le moins jusqu'au troisième siècle de notre ère, ses traits particuliers : un droit coutumier, jurisprudentiel, casuistique, orienté par des experts, « à géométrie variable, fluide, en perpétuel mouvement »⁶. Selon Michel Villey, le *jus* romain n'est pas le pouvoir d'un individu mais l'obligation elle-même, le *rapport* existant entre le créancier et le débiteur⁷. En droit romain, les rites jouent un rôle déterminant : procédures, voies de droit, formules d'actions adaptées par les pontifes au fur et à mesure. Annette Ruelle souligne, là aussi, la dimension relationnelle (même si conflictuelle) du procès romain : le « dispositif rituel de l'action est (...) au service de la mise en évidence de la relation

¹ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, P.U.F., 2003, p. 69. Voy. dans le même sens l'introduction par D. Agacinski de la traduction par R. Bodeus de l'*Éthique à Nicomaque* : « La leçon majeure de la philosophie du droit d'Aristote est la limitation du champ du droit aux relations entre les hommes (...) » (*Éthique à Nicomaque*, L. V, trad. par R. Bodéüs, *op. cit.*, p. 24). On ne peut donc suivre E. JEULAND lorsqu'il écrit qu'il « faut sans doute remonter à Aristote pour voir privilégier la substance sur la relation » (*Théorie relationniste du droit*, *op. cit.*, p. 382). Il est vrai que sa conception de la relation n'est pas aristotélicienne.

² S. KLIMIS, *L'énigme de l'humain et l'invention de la politique*, Louvain-La-Neuve, De Boeck, 2014, p. 255.

³ Sur la question, voy. S. KLIMIS, « Individualité et subjectivation dans l'*Illiade* d'Homère », in *La fabrique du sujet. Histoire et poétique d'un concept*, C. DUMOULIE (dir.), Paris, Ed. Desjonquères, 2011, pp. 21-38.

⁴ B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, Cambridge, William B. Eerdmans Publishing Company, 1997, p. 45.

⁵ M. VILLEY relève que la langue grecque n'a qu'un seul mot (*dikaion*) pour le droit et le juste et que, chez Platon, droit et justice sont indissociables (*La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, pp. 66-68).

⁶ A. SCHIAVONE, *Ius. L'invention du droit en Occident*, trad. par G. et J. Bouffartigue, Belin, 2008, pp. 53-64.

⁷ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 246.

interpersonnelle à partir de ses sujets d'une manière qui témoigne de la rationalité de l'interaction sociale (...) »¹.

Contrairement à certaines idées reçues, ce n'est que tardivement (et très progressivement) que le droit naturel a pénétré le discours juridique romain. Aldo Schiavone relève que la référence à la justice et à l'équité dans le texte anonyme *Rhétorique à Herrenius*, apparu dans le courant du I^{er} siècle avant l'ère chrétienne, est une nouveauté presque absolue dans le langage romain². Il faudra encore attendre quelques siècles pour qu'Ulpien, repris dans le *Digeste* de Justinien, dérive le mot droit (*ius*) de celui de justice (*iustitia*)³, qu'il définit, à la suite de Cicéron et des philosophes grecs avant lui, comme étant « la volonté constante et perpétuelle d'attribuer à chacun ce qui lui est dû »⁴. Ce « droit de chacun », nous dit Michel Villey, ce n'est toutefois pas un droit subjectif prédéfini mais le « problème que le juriste devra résoudre, et qu'il devra traiter en tenant compte à chaque fois des circonstances et de tous les intérêts en cause afin d'instaurer ou de maintenir une juste distribution »⁵. À partir des mêmes définitions, Xavier Dijon conclut que le droit se cherche moins dans la loi positive que dans « sa finalité même qu'est l'établissement d'un *rapport* équitable entre les justiciables »⁶.

Enfin, si la question de savoir si le concept de droit individuel, voire de droit subjectif, peut être identifié dans le droit romain est sans aucun doute complexe, il est clair qu'il n'était pas au cœur de cet ordre juridique⁷. Comme l'écrit Aldo Schiavone, la pensée juridique romaine « n'élaborera jamais une théorie de la subjectivité capable de supporter la radicalité d'un virage individualiste », ni une « véritable doctrine des droits de l'homme »⁸.

Les paradigmes du *nomos* grec et du *ius* romain se sont donc développés dans des directions différentes, le premier confronté à l'idée substantielle de *justice* et axé sur une réflexion éthique liée à la *politique* dans le cadre d'une expérience publique de l'ordonnement social sans spécificité juridique, le second concentré, sous réserve de développements tardifs, sur la *légalité* et cadré par un

¹ A. RUELLE, « La parole antique en procès. Droit romain, théâtre grec, langue latine », in *Le droit malgré tout. Hommages à François Ost*, Presses de l'Université Saint-Louis, 2018, pp. 502 et 526.

² A. SCHIAVONE, *Ius. L'invention du droit en Occident*, op. cit., p. 411. Selon sa traduction : « La justice est l'équité qui attribue à chacun son droit, pour la dignité de chacun ».

³ Il s'agit d'une fausse étymologie, ou plutôt d'une inversion étymologique, le mot *iustitia* étant « une rareté absolue dans la langue et dans l'appareil conceptuel des juristes » (*Ibid.*, p. 569).

⁴ *Digeste*, I.1.1, 1 et 10.

⁵ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 484.

⁶ X. DIJON, « Esquisse historique des références philosophiques du droit à la nature », in *Droit naturel : relancer l'histoire ?*, L.-L. CHRISTIANS e.a. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 35 (nous soulignons).

⁷ Si M. VILLEY (*La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 245) et L. SIEDENTOP (*Inventing the Individual*, op. cit., p. 151) concluent à l'inexistence du droit subjectif en droit romain, B. TIERNEY est plus nuancé : « Roman jurists did not conceive of the legal order as essentially a structure of individual rights in the manner of some modern ones » (*The Idea of Natural Rights*, op. cit., p. 18).

⁸ A. SCHIAVONE, *Ius. L'invention du droit en Occident*, op. cit., 2008, p. 437.

formalisme confié à une science rigoureuse et puissante¹. Au-delà de leurs différences, les penseurs de l'antiquité avaient cependant en commun de ne pas prendre comme point de départ du droit et de la justice l'individu mais la relation, qui se trouve au cœur de la conception grecque de la justice et du procès romain. La relation est, certes, envisagée par les Grecs dans un contexte d'harmonie et de consensus alors que, chez les Romains, elle se développe dans le conflit et le *dissensus* mais, dans un cas comme dans l'autre, l'individu n'est pas davantage la source du droit qu'il n'en est la fin². Le renversement complet qui s'ensuivra n'est que plus saisissant.

B. ... Au paradigme juridique de l'individu

1. La naissance de l'individu

Durant la période hellénistique, certains philosophes ont commencé à réfléchir à une nature universelle ou humaine sous-jacente aux différentes conventions sociales et dépassant le cadre de la cité³. Ainsi, les stoïciens concevaient le droit naturel inhérent à l'humanité comme l'expression de la volonté divine qui imprégnait et organisait tout le cosmos. Cicéron évoquera plus tard une force innée aux humains grâce à laquelle ils peuvent discerner le *ius naturae* qu'ils doivent respecter⁴. Parallèlement, le monothéisme juif proposait, dans un monde subordonné à l'*imperium* romain, un pendant religieux à l'expérience sociale dominante : la soumission à une *volonté* supérieure, plutôt qu'aux préceptes de la *raison*. Selon le philosophe américain Larry Siedentop, le message chrétien va remplacer le postulat de l'inégalité naturelle par celui de l'égalité morale, associée à l'idée de liberté humaine universelle, en combinant les spéculations stoïciennes au sujet d'une nature universelle avec la préoccupation du judaïsme de conformité avec une volonté divine. Cette volonté n'est cependant plus purement externe mais se trouve internalisée, Paul établissant un lien entre volonté divine et action humaine et suggérant que les deux peuvent être fusionnées en chaque humain. Cette fusion, selon le philosophe, marque la (vraie) naissance de l'individu, à travers la création de la conscience, et exalte la liberté et le pouvoir de l'individu dans une perspective universelle⁵.

¹ *Ibid.*, pp. 404 et 405.

² Comme le conclut M. WALINE, l'idée que l'individu n'est pas la fin du droit « paraît avoir dominé l'antiquité païenne » (*L'individualisme et le droit*, Ed. Domat Montchrestien, 2ème éd., 1949, p. 55).

³ L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual*, op. cit., pp. 45-47.

⁴ B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, op. cit., pp. 45-46.

⁵ L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual* op. cit., pp. 51-65. Selon lui, ceux qui ont célébré la Renaissance ont confondu la recherche de l'*individualité*, qui est une notion esthétique, avec l'invention de l'*individu*, qui est une notion morale (*Ibid.*, pp. 333-338).

Durant les siècles qui vont suivre la chute de l'Empire romain d'Occident, le monde intellectuel sera essentiellement dominé par l'Église chrétienne¹. Saint Augustin évoque ainsi une nouvelle source de justice, la justice « véritable », qui ne « se trouve que dans la foi du christ »², et initie une doctrine de la verticalité descendante où les commandements viennent d'en haut et sont d'origine divine ou humaine³. L'interprétation par Augustin de la définition classique de la justice révèle le contraste avec la pensée de l'antiquité : « la justice est cette vertu qui rend à chacun ce qui lui appartient. Quelle est donc cette justice de l'homme, qui dérobe l'homme même au vrai Dieu pour l'asservir aux esprits impurs ? Est-ce là rendre à chacun ce qui lui appartient ? »⁴. Il n'est plus question de déterminer, dans une relation donnée, ce qui revient à chacun selon les principes de la justice distributive mais bien de veiller à respecter la justice divine, dont le contenu n'est pas à construire mais est donné par la révélation. Sur le plan juridique, toutefois, on est encore loin de la notion de droits naturels inhérents à l'espèce humaine ou de la consécration de droits subjectifs par le droit positif.

2. L'individu, titulaire de droits

Selon Marcel Gauchet, le passage de l'an mil constitue une rupture décisive qui va déterminer la suite de l'histoire occidentale. À cette époque se réalise ce qui se trouvait en puissance depuis l'invention monothéiste, particulièrement chrétienne, à savoir le partage des ordres de réalité entre monde visible et invisible, qui permettra aux hommes d'inscrire autrement leur action en ce monde. Pour la première fois de l'histoire, écrit-il, « ce bas monde devient un horizon par lui-même », marquant le début de l'autonomisation de l'homme par rapport aux cieux et la naissance de la notion de croissance matérielle⁵. On s'en doute, une telle évolution implique des changements d'ordre socio-économique, politico-religieux et philosophico-juridique.

Sur le plan socio-économique, le renouveau de la vie urbaine est un des traits les plus remarquables des XI^{ème} et XII^{ème} siècles en Europe. Les villes sont devenues des marchés et, grâce à l'affranchissement graduel des bourgs, les artisans et les marchands constituent une nouvelle classe sociale dévouée au commerce, composée de personnes égales formellement et libres de se déplacer, d'acheter et de vendre, qui aspire à un environnement sécurisé et donnera naissance à la bourgeoisie⁶.

¹ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, Oxford University Press, 1992, pp. 102-104.

² AUGUSTIN, « La cité de Dieu », in *Les œuvres complètes*, trad. par MM. Péronne, Ecalte, Vincent, Charpentier, Paris, Ed. Louis Vivès, 1870, Livre XXI, chap. 16, p. 29.

³ A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, L.G.D.J., coll. Quid juris ?, 2006, pp. 72-74.

⁴ AUGUSTIN, « La cité de Dieu », *op. cit.*, p. 31.

⁵ M. GAUCHET, *La condition historique*, Entretiens avec Fr. Azouvi et S. Piron, Gallimard, 2005, pp. 167-196.

⁶ L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual*, *op. cit.*, pp. 265-276.

À la même époque, une tension permanente oppose les pouvoirs temporel et spirituel, illustrée par la célèbre querelle des investitures qui révèle la profonde réforme que connaît l'Église¹. Si l'autonomisation du monde terrestre justifie la position médiatrice de cette dernière, elle limite ses prétentions politiques et prépare le passage au premier plan des royaumes, entités plus limitées que les empires sur le plan territorial mais qui ambitionnent un pouvoir complet dans cette sphère limitée². Les rois ont cessé d'être les agents directs du gouvernement spirituel et la papauté a admis la juridiction autonome des pouvoirs temporels, annonçant la disparition du système féodal et la création, quelques siècles plus tard, des États modernes³.

Enfin, les X^{ème} et XI^{ème} siècles marquent la redécouverte, grâce à l'occupation arabe de la péninsule ibérique, d'une grande partie de l'héritage grec, notamment de l'œuvre d'Aristote qui fascinera des auteurs comme Thomas d'Aquin. Au début du XII^{ème} siècle, un professeur de Bologne du nom d'Irnerius enseigne, au lieu des lois germaniques, le *Corpus Iuris Civilis* de Justinien, qui semblait avoir disparu depuis le VII^{ème} siècle⁴. Si le droit chrétien médiéval d'Augustin pouvait suffire à des communautés rurales et à des groupes féodaux restreints, il est trop vague pour réguler le renouveau économique, et ne peut concurrencer la structure, la logique mais surtout la méthode du droit romain codifié par Justinien⁵. Par ailleurs, les dirigeants séculiers ne manquent pas de s'inspirer de la division, au sein de la papauté, entre différentes sections s'occupant de législation, de décisions juridictionnelles et d'administration. À partir de là, l'innovation juridique devient le cœur de l'autorité souveraine et ne doit plus se déguiser en redécouverte d'une coutume négligée⁶. Dans l'ombre de l'autorité normative, les individus, initialement désarmés, vont cependant acquérir un statut qui, à terme, fera d'eux la source du pouvoir politique grâce aux théories du contrat social.

S'écartant des thèses de Michel Villey, qui associe la naissance du droit subjectif à la pensée de Guillaume d'Occam au XIV^{ème} siècle⁷, l'historien Brian Tierney démontre que la doctrine des droits individuels remonte aux travaux des canonistes des XII^{ème} et XIII^{ème} siècles, qui ont utilisé le langage de la raison et du libre arbitre à des fins juridiques, pour expliquer les différentes occurrences des termes *ius naturale* qu'ils rencontraient dans le Décret de Gratien (1140). Dès le

¹ Il s'agissait de déterminer qui, de l'Empereur ou du Pape, était en charge de l'investiture des évêques.

² M. GAUCHET, *La condition historique*, op. cit., pp. 167-196.

³ L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual*, op. cit., p. 220. Il relève que, dans le processus visant à centraliser les lois et les idées, les monarques n'ont pas seulement créé les États mais ils ont aussi permis l'émergence d'une société composée d'individus (*Ibid.*, pp. 340-347). Et de relever que, si on cherche le mot « individu » dans les dictionnaires historiques des langues française et anglaise, il n'est apparu de façon courante qu'au XV^{ème} siècle, en même temps que le mot « État », compris comme la stipulation d'une autorité souveraine (*Ibid.*, p. 347).

⁴ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., pp. 114-121.

⁵ A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, op. cit., pp. 82-83.

⁶ L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual*, op. cit., pp. 255-264.

⁷ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., pp. 240-247.

XII^{ème} siècle, cette notion est associée à une sorte de pouvoir subjectif ou faculté inhérente aux individus, qui facilitera l'apparition d'une nouvelle théorie des droits naturels (*natural rights*) à côté de l'ancienne théorie du droit naturel (*natural law*)¹. Ainsi, en 1160, le canoniste Rufin écrivait que « le droit naturel est une certaine force instillée par la nature en chaque créature humaine en vue de faire le bien »². Il convient toutefois de relever la différence entre une telle conception et celle des stoïciens. Alors que ces derniers parlaient d'une force nous permettant d'identifier la droite raison présidant à l'ordre préordonné et extérieur des choses, il s'agit, pour les canonistes, d'une force ou faculté subjective inhérente aux humains : les premiers pensaient en termes de déterminisme cosmique, les seconds en termes de libre choix humain³. Selon Larry Siedentop, cette transition formalise en termes juridiques (exigence d'égale liberté) la vision morale égalitaire chrétienne imprégnée par la réciprocité de la règle d'or, et pose les fondations du libéralisme moderne⁴.

À la même époque, donc, apparaissent les notions de croissance matérielle et de droit individuel, mais également les germes de la fin de la période féodale, qui laissera à terme l'individu seul face à l'État moderne. Il faut se garder cependant de tout réflexe anachronique. Brian Tierney insiste sur le fait que les canonistes étaient loin d'imaginer que leur discours sur les droits individuels pourrait un jour alimenter un univers moral dans lequel chaque individu poursuit son propre avantage⁵ et souligne que, dans la pensée médiévale, les valeurs de la personne individuelle et de la communauté chrétienne étaient affirmées avec la même passion⁶.

La réflexion sur les droits individuels rentrera ensuite dans le débat public avec la controverse qui a enflammé le XIV^{ème} siècle entre le pape Jean XXII et les Franciscains sur le droit de propriété de ces derniers. Guillaume d'Occam y défendra l'idée selon laquelle il faut distinguer un droit naturel d'usage des choses nécessaires à la survie, qui est commun à tous et auquel on ne peut pas renoncer, du droit positif de propriété, établi par une loi ou par convention, auquel les Franciscains avaient valablement renoncé. Dans une société dont les besoins juridiques se sont considérablement accrus, le droit positif et le droit subjectif prennent, chez Occam, une place fondamentale. C'est à travers son œuvre que le langage des canonistes a perduré dans les écrits ultérieurs mais également grâce aux écrits encyclopédiques des juristes médiévaux « tardifs » comme Gerson ou Summenhart, qui seront bien connus des scolastiques espagnols du XVI^{ème} siècle⁷.

¹ B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, op. cit., pp. 8 et 42.

² Cité et traduit par B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, op. cit., p. 68.

³ B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, op. cit., p. 68.

⁴ L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual* op. cit., pp. 243-244.

⁵ B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, op. cit., p. 77.

⁶ *Ibid.*, pp. 77 et 212.

⁷ *Ibid.*, pp. 76 ; 93-94 ; 121-122 ; 190.

C'est en effet à ces derniers qu'on doit la reprise et l'approfondissement du discours sur les droits individuels. Horrifiés par la façon dont sont traités les natifs américains, les membres de l'École de Salamanque (comme Vitoria ou Suarez) développent l'idée de droits naturels inhérents à l'âme humaine¹ et présentent le droit comme un ensemble constitué de lois conférant des droits subjectifs².

3. Le sujet de droit moderne

Au XVII^{ème} siècle, un nouveau paradigme va s'imposer dans la pensée occidentale, dépassant largement le domaine de la physique et des sciences exactes. Il s'agit de la révolution scientifique qu'on associe principalement aux travaux de Galilée, Newton, Leibniz et Descartes, et qui se fonde sur le rôle central de l'individu et de la raison, ainsi que sur une conception mécanique de la nature³. Le monde juridique moderne n'échappe pas à l'impact de la méthode rationnelle et au développement de l'individualisme, qui se concrétisent dans la théorie des droits naturels initiée par Grotius. Celui qui va être considéré comme le père de l'école du droit naturel moderne conçoit le droit comme un système, cohérent et complet, où la raison peut déduire, à partir de la nature sociable de l'homme, les premiers principes juridiques puis l'ensemble des autres règles et droits individuels⁴. Le jusnaturalisme moderne est entièrement construit sur la théorie du sujet et, comme l'écrit Yan Thomas, les droits naturels ne dérivent pas du droit objectif mais « se conçoivent comme des prolongements de l'individu », défini comme « juridiquement autonome », « dans l'absolu et en dehors de toute détermination sociale »⁵. Pour Michel Villey, cette philosophie sonne le glas de la justice distributive d'Aristote : « plus besoin de cette fonction publique qui avait pour fin d'instaurer dans la cité un partage juste entre les hommes et de procéder aux redressements nécessaires ; les droits nous sont donnés d'avance ; il n'est d'autre fin pour le droit que, simplement, de les protéger »⁶. Dans notre terminologie, c'est bien l'approche relationnelle du droit qui est le principal dommage collatéral de la consécration du paradigme juridique de l'individu⁷.

¹ A. DUFOUR, « Le discours et l'événement. L'émergence des droits de l'homme et le christianisme dans l'histoire occidentale », in *L'histoire du droit entre philosophie et histoire des idées*, A. DUFOUR (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 407-412.

² M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., pp. 330-364.

³ S. TOULMIN, *Cosmopolis. The Hidden Agenda of Modernity*, The University of Chicago Press, 1992, p. 76.

⁴ A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, op. cit., pp. 114-122. Il n'est pas anodin qu'en distinguant les différentes significations du mot *ius*, Grotius définisse d'abord ce qu'on qualifierait aujourd'hui de droit subjectif (« le droit est une qualité morale attachée à l'individu pour posséder ou faire justement quelque chose ») puis le droit objectif, entendu comme « synonyme du mot loi, pris dans le sens le plus étendu » (H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. par P. Pradier-Fodéré, Paris, Ed. Guillaumin et Cie, 1867, pp. 64-66).

⁵ Y. THOMAS, *Mommsen et L'Isolierung du droit (Rome, l'Allemagne et l'État)*, Paris, De Boccard, 1984, p. 18.

⁶ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 184.

⁷ Il semblerait qu'il faille réserver une place particulière à Leibniz. Selon Y. CH. ZARKA, la « conception leibnizienne du droit naturel est soutenue par deux positions philosophiques fondamentales : la découverte de la place d'autrui et, corrélativement, la fondation ultime du droit naturel dans une théologie morale de l'amour » (*L'autre voie de la subjectivité*, Paris, Beauchesne, 2000, p. 88, et l'extrait de la *Méditation sur la notion*

À une époque où les institutions politiques et l'État connaissent une crise de légitimité, la figure du contrat social va naturellement s'imposer comme offrant la meilleure justification d'une autorité politique choisie par des individus, libres et rationnels. À cet égard, il est fondamental de ne pas tomber dans le piège sémantique du langage contractualiste. Tel que pensé par ses principaux protagonistes (Hobbes, Locke et Rousseau), il ne s'inscrit pas dans une approche relationnelle du droit, à tout le moins au sens aristotélicien¹. Guillaume de Stexhe pointe le lien entre l'individualisme des théories contractualistes et « l'ontologie atomistique et mécaniciste qui sous-tend les sciences et la technique modernes » et conclut que, dans la figure historique du contrat social, l'« instauration de la socialité n'est que l'invention d'une figure nouvelle du même »².

Chez Thomas Hobbes, l'état de nature est un état de guerre permanente dans lequel les hommes sont égaux en capacité (mais pas en droit) et chaque homme est titulaire d'un droit naturel (*Right of Nature, Jus Naturale*), qui lui permet d'utiliser son pouvoir comme il l'entend pour assurer sa propre préservation. Cependant, tant que ce droit perdure, il ne peut y avoir aucune sécurité pour personne. Aussi, tant les passions (peur de la mort, volonté d'une vie confortable) que les lois naturelles (*Laws of Nature, Lex Naturalis*) vont pousser les hommes à conclure le pacte social en renonçant à leur droit à toute chose et à mettre en place un Léviathan³. Pour John Locke, c'est également pour échapper à l'insécurité de l'état de nature (qu'il distingue toutefois de l'état de guerre) que les hommes vont conclure le contrat social, afin de permettre à des institutions de protéger leurs vies, leurs libertés et leurs possessions⁴. Comme le relève Guillaume de Stexhe, la pensée du philosophe anglais est décisive dans le passage de l'idée de contrat à celle de marché, dès lors qu'il promeut une « technique de répartition des possessions », propre à la relation marchande, plutôt qu'une « forme de rassemblement dans la coopération », ce qui entraîne le contrat social « dans une direction qui est décidément celle de l'individualisme »⁵.

La pensée de Locke aura une influence considérable sur la Déclaration américaine d'indépendance de 1776, qui influencera à son tour la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 qui rappelle, en son article 2, que le « but de toute association politique est la conservation des droits naturels et

commune de justice qu'il cite, en p. 89 : « Mettez-vous à la place d'autrui, et vous serez dans le vrai point de vue pour juger ce qui est juste ou non »).

¹ Sur la dimension individualiste des théories du contrat social, voy. M. VILLEY, « Préface », in E. KANT, *Métaphysique des mœurs. 1. Doctrine du droit*, trad. par A. Philonenko, Paris, Vrin, 1971, pp. 17-18 ; Y. THOMAS, *Mommsen et L'Isolierung du droit (Rome, l'Allemagne et l'État)*, op. cit., p. 18.

² G. DE STEXHE, « Négociation : le degré zéro et l'événement », in *Droit négocié, droit imposé ?*, Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), Bruxelles, Publ. des F.U.S.L., 1996, pp. 200 et 210-211.

³ Th. HOBBS, *Leviathan*, New York, Dover Publications, 2006, pp. 68-93.

⁴ J. LOCKE, *Second Treatise of Government*, Cambridge, Hackett Publishing, 1980.

⁵ G. DE STEXHE, « Négociation : le degré zéro et l'événement », op. cit., p. 207.

imprescriptibles de l'Homme », que sont « la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ». Dans les deux textes, on retrouve l'idée selon laquelle les gouvernements sont établis pour garantir les droits inaliénables des hommes. Cette circonstance a fait écrire à Ch. Beudant, au début du XX^{ème} siècle, que « la Révolution de 1789 a brisé les liens qui, sous l'ancien régime, rattachaient l'individu à l'État ; elle a ouvert par là une ère d'individualisme : c'est tout l'esprit de la Déclaration des droits de l'homme »¹. Septante ans plus tard, John Stuart Mill écrira dans son essai *De la liberté* que son objet est « d'affirmer un principe très simple, fondé à régler absolument les rapports de la société et de l'individu dans tout ce qui est contrainte ou contrôle », selon lequel la « seule raison légitime que puisse avoir une communauté pour user de la force contre un de ses membres et de l'empêcher de nuire aux autres »². Pour celui qui, avec Bentham, est considéré comme le père de l'utilitarisme³, les sociétés ne sont que des groupements d'individus et l'intérêt de la société est uniquement de développer la personnalité individuelle. L'individualisme conduit donc au libéralisme « comme à son corollaire pratique (...) au point qu'on les a souvent confondus »⁴, et ouvre la voie à des penseurs comme Friedrich Hayek⁵.

II. LES FAILLES DU PARADIGME JURIDIQUE DE L'INDIVIDU

Le paradigme juridique de l'individu, produit de la modernité mais dont les racines sont nettement plus anciennes, a dû cependant faire face à différentes circonstances qui ont mis à mal sa prétention monopolistique. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut évoquer la critique de l'individualisme (A), la promotion du droit et de l'institution étatiques (B) et les nouvelles théories relationnelles du droit (C).

A. La critique de l'individualisme

En 1840, déjà, Alexis de Tocqueville évoquait les dérives possibles de l'individualisme qui « ne tarit d'abord que la source des vertus publiques » mais, à la longue, « attaque et détruit toutes les autres et va enfin s'absorber dans l'égoïsme »⁶. Durant le mouvement romantique du XIX^{ème} siècle, plusieurs écrivains

¹ Ch. BEUDANT, *Le droit individuel et l'État : introduction à l'étude du droit*, Paris, Rousseau & Cie, 1920, 3^{ème} éd., p. 1. Dans le même esprit, M. WALINE écrivait quelques années plus tard que « l'idée même d'une Déclaration des droits est individualiste » et que celle de 1789 « est l'expression parfaite de la Doctrine individualiste » comprise comme expression de l'individualisme juridique (*L'individualisme et le droit*, op. cit., p. 375-379).

² J.S. MILL, *De la liberté*, trad. par L. Lenglet, Paris, Gallimard, 1990, p. 27.

³ La philosophie utilitariste, relève L. SIEDENTOP, a pour sa part, contribué à promouvoir un modèle « atomisé » de société, modèle dans lequel les préférences individuelles sont considérées comme étant données alors que peu d'intérêt est accordé au rôle des normes ou au processus de socialisation (*Inventing the Individual*, op. cit., pp. 337-338).

⁴ M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, op. cit., p. 10.

⁵ Cette suite de l'histoire est davantage connue et le lecteur nous pardonnera de ne pas nous y attarder.

⁶ A. DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, vol. II, Paris, Garnier-Flammarion, 1981, p. 125.

ont par ailleurs rejeté les théories des droits naturels des lumières comme étant trop « atomistes », rationnelles, pour promouvoir les valeurs inhérentes à la vie en groupe des communautés historiques¹. On peut citer parmi d'autres, l'École historique de Savigny qui, nourrie du romantisme allemand de l'époque, conçoit le droit comme le produit et l'expression de la conscience du peuple, évoluant à partir des coutumes et traditions populaires².

Vers la fin du XIX^{ème} siècle, les critiques françaises adressées à l'individualisme s'étaient multipliées³. On citera uniquement l'intéressant constat de Paul Lafitte quant à ce qu'il nomme, en 1887, « le paradoxe de l'égalité » : « il n'y a dans la société que des individus, et tous les individus sont égaux entre eux ». Derrière ce paradoxe, poursuit-il, « il y a une doctrine. L'individu est le commencement et la fin de la société »⁴. Et de définir l'individualisme en ces mots : « Des citoyens égaux en aptitudes, égaux en droits, en face d'un État tout-puissant, et rien entre eux »⁵.

Les critiques adressées à l'individualisme n'ont pas tari durant le siècle dernier. Marcel Gauchet pointe la difficulté de traduire en régime politique le fondement individualiste de la légitimité dans nos sociétés, où la crainte d'un État total fait place au décontentement de l'État face à un individu total, qui fait valoir ses droits et libertés mais refuse ses obligations. Le philosophe français nous invite à repenser « la synthèse de l'indépendance des personnes et de l'autonomie collective », en commençant par se dégager de la notion, issue du XVIII^{ème} siècle, d'un individu abstrait pour considérer l'individu concret, en société⁶.

B. La promotion du droit et de l'institution étatiques

Pour Locke, on l'a vu, l'État avait surtout vocation à garantir la sécurité juridique nécessaire pour permettre à chaque individu de se sentir en sécurité et de jouir librement de ses biens. Dans sa *Doctrine du droit*, Kant opère un subtil renversement par rapport à cette conception, qui n'est pas loin de s'apparenter à une révolution copernicienne. Ainsi, selon le philosophe allemand, le droit naturel ne présente qu'un caractère provisoire et seul le droit public peut offrir une juridicité parfaite : « ce n'est que dans l'état civil qu'il peut y avoir un mien et un tien extérieurs »⁷, de sorte qu'il existe un principe de droit naturel « qui autorise

¹ B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, op. cit., p. 208.

² J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 320 ; A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, op. cit., pp. 129-131.

³ Pour un résumé de celles-ci, voy. M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, op. cit., pp. 5-7.

⁴ P. LAFITTE, *Le paradoxe de l'égalité*, Paris, Hachette, 1887, pp. 147-148.

⁵ *Ibid.*, p. 149. Il écrit encore : « Des individus isolés, dispersés, sans discipline, sans organisation, sont désarmés contre les entreprises d'en haut ou d'en bas. L'individualisme favorise le pouvoir absolu, qu'il s'appelle Comité de salut public ou Bonaparte » (*Ibid.*, p. 168).

⁶ M. GAUCHET, *La condition historique*, op. cit., pp. 399-420.

⁷ E. KANT, *Métaphysique des mœurs. Doctrine du droit*, trad. par A. Philonenko, Paris, Vrin, 1993, p. 116.

chacun à exercer la contrainte par laquelle seule il lui est possible de sortir de cet état de nature et d'entrer dans l'état civil »¹. Une fois l'État mis en place, il n'est, comme chez Hobbes et Rousseau, plus question de remettre en question son autorité : « dans l'État le souverain n'a que des droits envers les sujets et pas de devoirs (de contrainte) » et contre « le législateur suprême de l'État il n'y a donc point d'opposition légale du peuple (...) »².

Comme le relève Alexis Philonenko, chez Kant « toute la théorie du droit naturel est en vue de l'État et justifiée par l'État » et c'est « le droit politique qui assure la validité du droit naturel, et non le droit naturel qui contient la justification du droit politique »³. Plus radical, Michel Villey écrit que, dans la doctrine kantienne du droit, « le Droit public oblitère les résultats du Droit privé », son itinéraire débouchant « dans le *positivisme juridique* »⁴. Il n'y voit qu'une simple extension à l'État de la logique du droit subjectif : « tel est l'aboutissement à peu près fatal de la pensée individualiste moderne, celui déjà de Hobbes ou de Rousseau avant d'être celui de Fichte, tous n'échappant à l'anarchisme que pour échouer dans la tyrannie »⁵.

Quoi qu'il en soit, Kant induit cependant une conception du droit qui ne part plus uniquement de l'individu et de ses droits naturels mais privilégie l'institution étatique et les normes qu'elle adopte. On trouve, chez Hegel, l'idée d'un individu réduit au rang de moyen, qui n'existe que par et pour l'État⁶.

De façon moins radicale, les théories positivistes discréditent le droit naturel et affirment, en substance, que les seuls droits subjectifs qui existent sont ceux que les individus tirent du droit objectif, posé par l'autorité étatique. Au début du siècle dernier, Léon Duguit livre une critique approfondie de ce qu'il appelle la « doctrine individualiste » dont Locke aurait donné la « formule dogmatique » à savoir que la « règle de droit, un droit objectif existe donc, mais à titre purement dérivé » alors que « ce qui est le substratum du droit, c'est le pouvoir propre, l'autonomie de la personne humaine ; c'est le droit subjectif, le pouvoir métaphysique de la volonté individuelle »⁷. Enfin, la théorie institutionnaliste, associée en France aux travaux

¹ *Ibid.*, pp. 198-199.

² *Ibid.*, pp. 277-278.

³ A. PHILONENKO, « Introduction », in E. KANT, *Métaphysique des mœurs. 1, Doctrine du droit*, trad. par A. Philonenko, Paris, Vrin, 1971, p. 32-35.

⁴ M. VILLEY, « Préface », in E. KANT, *Métaphysique des mœurs. 1, Doctrine du droit*, trad. par A. Philonenko, Paris, Vrin, 1971, p. 29.

⁵ *Ibid.*, p. 30.

⁶ M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, op. cit., p. 55. Selon cet auteur, cependant, l'idée que l'État ou la société transcendent les individus et constituent une fin en soi distincte de ceux-ci va conduire aux idéologies anti-individualistes telles que le fascisme en Italie et le fascisme en Allemagne (*Ibid.*, p. 56).

⁷ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1927, pp. 203-204.

de Maurice Hauriou, a contribué à l'émergence de la théorie de l'État providence, à côté sinon à la place de la théorie individualiste du droit¹.

C. Les approches relationnelles du droit moderne

À l'issue de ce détour historique, un consensus semble émerger quant au fait que le droit est composé avant tout de règles de droit objectif et de droits subjectifs. D'autres auteurs préfèrent, on l'a vu, partir comme Hauriou de la notion d'institution mais l'approche relationnelle du droit, elle, semble avoir disparu du radar juridique. « Semble », car à bien y regarder, il est possible d'identifier des pensées relationnelles du droit dans l'histoire de la pensée moderne, même si elles sont parfois discrètes ou fort différentes de la conception aristotélicienne.

Selon Emmanuel Jeuland, il existe dans chaque tradition juridique une approche relationnelle du droit². En France, cet auteur souligne l'importance de la relation dans les écrits de Jean Domat, qui « fait un usage fondamental des notions de lien et de liaison comme socle de son traité des lois dans un ordre rationnel »³, ou chez un auteur comme Eugène Lerminier⁴ mais reconnaît que la « notion de rapport de droit est complètement passée au second plan en droit français pour privilégier le droit subjectif et la situation juridique »⁵. Il a également identifié une « école relationniste italienne », influencée par Savigny, qui aurait été « débordée par les théories normativistes qui ont incorporé la notion de rapport de droit conçu comme un rapport de normes » et même un « axe Coimbra, Bucarest, Moscou » qui professe un « relationnisme humaniste, objectif et concret »⁶.

Selon le professeur Jeuland, le point de départ de la pensée allemande, notamment kantienne, est davantage individualiste et normativiste⁷. Il est vrai que Michel Villey insiste à plusieurs reprises sur le fait qu'on trouve chez Kant un « langage *individualiste*, conçu en fonction de la personne, de ses libertés, de ses pouvoirs, de ses droits subjectifs »⁸, et qu'il « ne voit le droit qu'en fonction et qu'à

¹ E. JEULAND, *Théorie relationniste du droit*, op. cit., p. 262.

² *Ibid.*, p. 32.

³ *Ibid.*, p. 393.

⁴ E. LERMINIER, *Introduction générale à l'histoire du droit*, Paris, éd. Alexandre Mesnier, 1829, pp. 3-4. On pourrait également citer, entre Domat et Lerminier, PIERRE-JOSEPH PROUDHON qui dénonçait le risque que la justice n'aboutisse « à la subversion d'elle-même », ce « qui ne manquerait pas d'arriver encore si, comme on en a accusé la Révolution, la substitution des Droits de l'homme au respect d'en haut devait avoir pour résultat de faire de l'homme un autolâtre, c'est-à-dire un Dieu ». Or, écrivait-il, la justice « implique au moins deux termes, deux personnes unies par le respect commun de leur nature, diverses et rivales pour tout le reste » (*Justice*, 4 vol., Ed. Marcel Rivière, 1930, I, p. 421). Commentant ce texte, P. ANSART écrit que la conception proudhonienne est « relationnelle » (« La critique de la relation public/privé par les philosophes anarchistes », in *Public/privé*, Paris, P.U.F., 1995, p. 82).

⁵ E. JEULAND, *Théorie relationniste du droit*, op. cit., p. 430.

⁶ *Ibid.*, pp. 407 et 425 et s.

⁷ *Ibid.*, p. 34.

⁸ M. VILLEY, « Préface », op. cit., p. 9.

partir de *l'individu* », qui « se sert du droit comme un tremplin pour l'épanouissement de son être (...) »¹. Si la critique n'est pas dépourvue de fondement, elle ne justifie cependant pas d'exclure d'emblée Kant (ni Fichte du reste) du courant relationnel.

Kant définit en effet le concept du droit comme le « rapport extérieur, et à la vérité, pratique, d'une personne à une autre, pour autant que leurs actions peuvent en tant que faits posséder (immédiatement ou médiatement) une influence les unes sur les autres »². Le droit est « l'ensemble des conditions sous lesquelles l'arbitre de l'un peut être uni à l'arbitre de l'autre selon une loi universelle de liberté » et son principe universel est donc : « Est juste toute action qui permet ou dont la maxime permet à la liberté de l'arbitre de tout un chacun de coexister avec la liberté de tout autre suivant une loi universelle »³. Il définit enfin le « droit public » (à savoir le droit étatique par opposition au droit naturel) comme « un système de lois pour un peuple, c'est-à-dire une multiplicité d'hommes ou une multiplicité de peuples qui, étant dans un *rapport réciproque* les uns par rapport aux autres, ont besoin pour jouir de leur droit d'un état juridique sous une volonté qui les unifie, c'est-à-dire d'une constitution »⁴.

S'il est difficile de contester l'accent mis par Kant sur la relation ou le rapport juridique, on sent pourtant qu'on est loin de l'approche classique (antique) de la relation car la théorie est construite à partir de l'individu (plus précisément, du libre-arbitre de chaque individu), pour être élargie à un autre individu puis à l'ensemble de la société. C'est bien la liberté individuelle qui m'impose de penser la liberté de l'autre et donc un tiers (le droit) chargé de veiller à ce que l'une n'empiète pas sur l'autre. Le rapport juridique se pense davantage en termes d'égalité et de réciprocité que, comme chez Aristote, sur le mode de la proportionnalité ou, pour le formuler encore autrement, sur le registre de l'identité plutôt que sur celui de la différence. On trouve la même idée chez Fichte, qui définit le concept de droit comme étant « le concept de la relation nécessaire d'êtres libres les uns avec les autres », avant de préciser que ce concept « doit être un concept originaire de la raison pure » et devient nécessaire « du fait que l'être raisonnable ne peut se poser comme tel, avec conscience de soi, sans se poser comme individu, comme un, au sein d'une pluralité d'êtres raisonnables qu'il admet en dehors de lui dès lors qu'il s'admet lui-même »⁵.

¹ *Ibid.*, p. 20.

² E. KANT, *Métaphysique des mœurs. Doctrine du droit*, op. cit., p. 150.

³ *Ibid.*, pp. 150 et 151.

⁴ *Ibid.*, p. 265 (nous soulignons).

⁵ J.G. FICHTE, *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science*, trad. par A. Renaut, Paris, P.U.F., 1984, pp. 23-25.

CONCLUSION

Ces dernières années, les approches relationnelles du droit semblent avoir pris un nouvel envol, avec les travaux de Jennifer Nedelsky, d'Alexander Somek et d'Emmanuel Jeuland¹. On ne peut que s'en réjouir. Il ne faut toutefois pas perdre de vue qu'elles plongent leurs racines dans les origines du droit occidental.

Il nous paraît pertinent de remobiliser la conception classique de la relation en droit, telle qu'elle a été développée par Aristote. À l'approche moderne, qui insiste sur la ressemblance entre les individus, la conception classique de la relation insiste tant sur leur singularité propre que sur la singularité de chaque relation qui se présente, à peu près toujours, dans une configuration différente. Rappelons que, pour le Stagirite, la justice distributive impose de penser en termes géométriques de proportionnalité. Lorsqu'il s'agit de donner à chacun ce qui lui revient, il faut tenir compte de ce qui revient à l'autre, ou aux autres. Souvent, on ne peut envisager la solution juridique à un problème de façon abstraite, sans prendre en considération les situations concrètes de chacune des parties impliquées par cette question (et la façon dont elles pourraient être impactées). En d'autres termes, l'autorité publique chargée de décider ne peut se contenter de réfléchir à partir de chaque individu (et du droit subjectif prédéfini qu'il invoque ou de l'intérêt qu'il fait valoir) mais doit partir de la configuration qui se présente à elle et tenir compte des différents intérêts en présence dans leur agencement particulier.

On le voit, la solution n'est dès lors pas préexistante, toute faite, mais elle se construit dans le respect du principe de proportionnalité, en relation à autrui. C'est précisément parce qu'il considérait la justice comme « une vertu complète, non pas cependant au sens absolu, mais dans nos rapports avec autrui » qu'Aristote en faisait « la plus parfaite des vertus », précisant que « ni l'étoile du soir, ni l'étoile du matin ne sont ainsi admirables ».

¹ Sur ces théories, voy. E. JEULAND, « L'approche relationniste dans les pays de droit civil », *Droit et relation : une approche comparative. Autour de Jennifer Nedelsky*, J.-Fr. BRAUNSTEIN et E. JEULAND (coord.), Paris, IRJS, 2018, pp. 27-42.

Legal Relational Approaches: Roots before Wings¹?

Jérémie Van MEERBEECK

Professor at Saint-Louis University in Brussels

« We are all relationalists now »

(R.E. Scott)

Résumé : *La présente contribution tend à montrer que le concept de relation est intrinsèquement lié à la naissance du droit occidental, particulièrement dans la théorie de la justice d'Aristote. Cette conception relationnelle a, cependant, été progressivement remise en cause par le paradigme juridique de l'individu, qui atteint son apogée aux 17^{ème} et 18^{ème} siècles. Depuis, ce paradigme a toutefois révélé ses failles et a dû abandonner son monopole autrefois incontesté.*

Mots clés : *Aristote – Relation – Individu – Paradigme juridique*

Abstract: This article aims to show that the concept of relation is intrinsically linked to the birth of Western law, particularly in Aristotle's theory of justice. This relational conception has however been progressively challenged by the individual's legal paradigm, which reached its peak in the 17th and 18th centuries. Yet, since then, this paradigm has revealed its flaws and has had to abandon its former unchallenged monopoly.

Key words: Aristotle – Relation – Individual – Legal paradigm

Pour citer cet article : Jeremie Van MEERBEECK, “Legal Relational Approaches: Roots before Wings”, *Sorbonne Law Review*, june 2020, p. 189-204.

Emmanuel Jeuland recently wrote² that one would need to study the history of law to support Jean Carbonnier's statement that “classical legal scholars were right to make legal relationships one of their main key concepts”³. Achieving such an objective would require extensive research, beyond the ambition of these pages. We therefore limit ourselves to the more modest task of paving the way for such an undertaking.

¹ *Des racines et des ailes* is a French-language television documentary series. The author would like to thank Anne-Sophie Milard and Eadaoin Ni Chaoimh for their valuable help with the English translation of this text.

² E. JEULAND, *Théorie relationiste du droit. De la French Theory à une pensée européenne des rapports de droit*, Paris, L.G.D.J., 2016, p. 393.

³ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, coll. Quadrige, 2008, p. 341 (Free translation).

To that end, we aim to show that while the legal relational¹ approach is directly linked to the emergence of Western law, it has been eclipsed in the legal discourse by the progressive development of the legal paradigm centred on the individual (I). We will then highlight the circumstances that allow this individual paradigm to be questioned (II).

I. FROM THE RELATIONAL TO THE INDIVIDUAL

Time and space preclude us from developing this review to the extent that it deserves. We will therefore simply outline the history of legal thought through the prism of the transition from a legal relational approach (A) to the individual's legal paradigm (B).

A. From a classical relational approach² ...

Western law unquestionably finds its oldest source in ancient times, be it Greek or Roman. It may seem extremely difficult to return to such a time in which a radically different conception of the world prevailed. In the first Greco-Roman societies, the social foundation was not the individual but the family, submitted to the unique authority of the *paterfamilias*. Originally, the Greek conception made no clear distinction between nature (*phusis*) and culture (*nomos*), cosmos and social order. Such notions were situated on a kind of social continuum, where each entity had a goal (*telos*) to pursue so that its nature could come to fruition and contribute to the pre-ordered harmony of things. Only human beings (equipped with *logos*) could fully understand such natural order³.

Quickly enough though, Sophists emphasized the necessity to distinguish nature from convention and came to the conclusion either that justice was to be identified with the principle that “might is right” or that law was mere conventions. Such a sceptical approach notably led to the reaction of Aristotle, who strove to promote a teleological conception of a justice intimately tied to the life of the City⁴.

Men being political animals, fitted with *logos*, their “final cause” (what all human beings strive for, what they potentially are and what they are expected to become in “acts” is to be virtuous citizens, committed to justice⁵. Indeed, this

¹ At this point, the term “relational” is to be understood as widely and neutrally as possible, with regard to the notion of relation.

² The term “classical” is to be understood as opposed to “modern”.

³ L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual. The Origins of Western Liberalism*, Penguin Books, 2014, pp. 18-42.

⁴ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, P.U.F., 2003, pp. 62-64.

⁵ L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual*, *op. cit.*, pp. 35-45. Pour les Grecs, ne pas être patriote, ne pas être un citoyen actif, c'était être un « idiot » (étymologie : celui qui se retire de la vie de la cité). Cet auteur relève que religion, famille et territoire étaient inséparables, de sorte que le patriotisme était la vertu la plus élevée de l'ancien citoyen, la défense de la cité s'identifiant à la défense de son identité (pp. 24-25).

“sense of good and evil, of just and unjust, and the like, and the association of living beings who have this sense makes a family and a state”¹ is what makes them human.

Starting from the concept of the ‘unjust man’, Aristotle distinguishes between, on the one hand, he who does not respect the law and, on the other hand, he who disrupts “equality” for his own benefit and collects more than what is due to him². From that assumption, Aristotle distinguishes two types of justice: the first one, the comprehensive virtue, implies respect for the law, whereas the second, the particular virtue, means respecting equality. Universal justice, wrote Aristotle, is “complete virtue, with the addition that it is displayed towards others”, so that it is considered “as the chief of the virtues”. He adds that “neither evening nor morning star is so lovely”. It is “a virtue at its utmost level of comprehensiveness” since “the one who possesses it may use it for the others’ benefit and not only for his own benefit”. In addition, “it is also complete because he that has it is able to exhibit virtue in dealing with his neighbours, and not merely in his private affairs”³.

As far as “particular justice” is concerned, it is split into distributive justice, which consists in giving to each person what is owed to him according to his own merits, and commutative justice, which aims at restoring an initial balance, by addressing the wrong due, for example, to the defaulting performance of a contract or some harm inflicted on someone. While the second type follows an arithmetic formula (bringing it back to its pristine state), distributive justice is based on a geometric proportion. In this way, what is just, said Aristotle, is “in some sort proportionate, (...) proportion meaning equality of ratios, and requiring four terms at least”⁴. Hence, someone who would be twice more deserving than another person should only be awarded twice more, or he would infringe the proportionality rule.

What is key to our discussion is the language used by Aristotle: On the one hand, universal justice is considered as a comprehensive virtue but not as an absolute one since it is built in relation to others. On the other, distributive justice is thought, not in an abstract and individual way (each individual owns such or such right), but rather, in a proportional way, by taking into account the relations between individuals, after having assessed the merits of each. As Michel Villey notes, the Aristotelian concept of justice is, strictly speaking, about social

¹ ARISTOTE, *La politique*, trad. par J. Tricot, Paris, Vrin, 1995, p. 29.

² Let us note straight away that the term equality should not be interpreted with our modern legal eyes (the English translation uses the term “fairness” which refers to the notion of equity). The Greeks though were, in spite of the Athenian democracy, fundamentally unequal.

³ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Paris, Vrin, 1983, pp. 218-219.

⁴ *Ibid.*, p. 228.

relationships: justice gives each one his due¹. For her part, Sophie Klimis notes Aristotelian distributive justice cannot be identified with simple reciprocity. It is defined by proportion rather than equality².

Without entering the subtle debate on the place of the individual and the subject in Greek philosophy³, we can agree that this place is much less central than in our modern conception, and that the Greeks did not develop a doctrine of individual natural rights⁴. Broadly speaking, in Greece, law was not clearly distinguished from the notion of justice, which was in turn closely linked to politics (and hence to life in the City)⁵.

Things evolved differently in Rome. Originally very religious (priests ruled on legal matters), Roman law progressively became more secular but kept, at least until the third century AD, some characteristic aspects: a customary, judge-made and casuistical law that was guided by experts, as well as being asymmetrical, fluid and in constant movement⁶. According to Michel Villey, Roman *jus* does not constitute the individual's power but the obligation itself, the *link* between the debtor and the creditor⁷. In Roman law, rites play a decisive role: procedure, proceedings, forms of action progressively adapted by the pontiffs⁸.

Contrary to preconceived opinions, natural law penetrated the Roman legal discourse gradually, and at a much later stage. Aldo Schiavone notes that references to justice and equity in the anonymous text entitled *Rhetorica ad Herennium*, which appeared during the first century BC, is an almost absolute novelty in Roman language⁹. It took several centuries before Ulpian, quoted in the Justinian's *Digest*, derived the word law (*ius*) from justice (*iustitia*)¹⁰ and defined

¹ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, P.U.F., 2003, p. 69. See also the introduction of D. Agacinski in the translation by R. Bodeus of *Ethique à Nicomaque* : « La leçon majeure de la philosophie du droit d'Aristote est la limitation du champ du droit aux relations entre les hommes (...) » (*Ethique à Nicomaque*, L. V, trad. par R. Bodéüs, *op. cit.*, p. 24). It is therefore not possible to follow E. JEULAND when he writes that one « should go back to Aristotle to see substance favoured over relationship » (*Théorie relationnelle du droit*, *op. cit.*, p. 382, free translation). It is true that his relational conception is not an Aristotelian one.

² S. KLIMIS, *L'énigme de l'humain et l'invention de la politique*, Louvain-La-Neuve, De Boeck, 2014, p. 255.

³ On the topic, see S. KLIMIS, « Individualité et subjectivation dans l'*Iliade* d'Homère », in *La fabrique du sujet. Histoire et poétique d'un concept*, C. DUMOULIE (dir.), Paris, Ed. Desjonquères, 2011, pp. 21-38.

⁴ B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, Cambridge, William B. Eerdmans Publishing Company, 1997, p. 45.

⁵ Mr. VILLEY notes that the Greek language has only one word (*dikaion*) for law and justice and that Plato does not dissociate law from justice. (*La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, pp. 66-68).

⁶ A. SCHIAVONE, *Ius. L'invention du droit en Occident*, trad. par G. et J. Bouffartigue, Belin, 2008, pp. 53-64.

⁷ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.*, p. 246.

⁸ Annette Ruelle insists, here again, on the relational (even though conflicting) dimension of a Roman trial : « le dispositif rituel de l'action est (...) au service de la mise en évidence de la relation interpersonnelle à partir de ses sujets d'une manière qui témoigne de la rationalité de l'interaction sociale (...) » (A. RUELLE, « La parole antique en procès. Droit romain, théâtre grec, langue latine », in *Le droit malgré tout. Hommages à François Ost*, Presses de l'Université Saint-Louis, 2018, pp. 502 et 526).

⁹ A. SCHIAVONE, *Ius. L'invention du droit en Occident*, *op. cit.*, p. 411.

¹⁰ This is a false etymology or rather an inverted etymology, the word *iustitia* being « an absolute rarity in the lawyers' language and conceptual device » (*Ibid.*, p. 569).

it, following Cicero and the Greek philosophers, as being “the constant and perpetual willingness to allocate to each one his due”¹. This right, says Michel Villey, is however not a predefined subjective right but “the issue to be solved by the lawyer”, who must “take into account all the circumstances and interests at stake in order to establish or maintain a fair distribution”². From the same definitions, Xavier Dijon concludes that law is less to be found in positive law than “in its final aim, which is to establish a fair relation between the legal subjects”³.

The question as to whether the concept of individual right, or even subjective right, might be identified in Roman law is certainly a complex one. It is however clear that it was not at the heart of such legal order⁴. As Aldo Schiavone wrote, Roman legal thought elaborated neither “a theory of subjectivity capable of withstanding the radicality of an individualistic shift” nor a “true doctrine of human rights”⁵.

Paradigms of the Greek *nomos* and the Roman *ius* thus developed in different directions: the former was dealing with the substantial idea of *justice* and centred on a more ethical than specifically legal reflexion, which was tied to *politics* as part of a public experience of social ordering. The latter initially concentrated on *legality* and was structured by a formalism assigned to a rigorous and powerful science⁶. Beyond such differences, these thinkers nevertheless shared the view that the starting point for law and justice was not the individual but rather the relationship, which lies at the heart of the Greek concept of justice and of the Roman trial. Specifically, the Greeks considered relationships in a context of harmony and consensus, while the Romans dealt with relationships in a context of conflicts and dissents. Neither considered the individual as the source or aim of law⁷. This is why the total reversal which is about to follow is all the more striking.

¹ *Digeste*, I.1.1, 1 et 10.

² M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 484.

³ X. DIJON, « Esquisse historique des références philosophiques du droit à la nature », in *Droit naturel : relancer l'histoire ?*, L.-L. CHRISTIANS e.a. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 35 (we stress).

⁴ If Mr VILLEY (*La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 245) and L. SIEDENTOP (*Inventing the Individual*, op. cit., p. 151) have come to the conclusion that subjective rights did not exist under Roman law, B. TIERNEY is more nuanced: « Roman jurists did not conceive the legal order as essentially a structure of individual rights in the manner of some modern ones » (*The Idea of Natural Rights*, op. cit., p. 18).

⁵ A. SCHIAVONE, *Ius. L'invention du droit en Occident*, op. cit., 2008, p. 437 (free translation).

⁶ *Ibid.*, pp. 404 et 405.

⁷ As concluded by Mr WALINE, the idea that the individual is not the goal of the law « seems to have dominated pagan Antiquity » (*L'individualisme et le droit*, Ed. Domat Montchrestien, 2ème éd., 1949, p. 55).

B. ... To the individual's legal paradigm

1. The birth of the individual

During the Hellenistic period, some philosophers started reflecting on the universal or human nature underlying the various social conventions and extending beyond the City¹. As such, Stoics were of the opinion that natural law was inherent to humanity, the expression of the will of God that permeated and organised the whole cosmos. Cicero subsequently mentioned human beings' innate strength thanks to which they could detect the *ius naturae* they had to respect². In parallel, Jewish monotheism started offering, at a time when the world was subordinated to the Roman *Imperium*, a religious counterpart to the dominant social experience: the submission to a superior will, rather than to the dictates of *reason*. According to the American philosopher Larry Siedentop, the Christian message substituted the assumption of natural inequality for moral equality, linked to universal human freedom, by associating Stoic speculations about a universal nature with the Jewish concern over the conformity to a divine will. Such will was no longer simply external but was internalised: Saint Paul made a link between divine will and human action and suggested that those two elements could be merged in each human being. Such merging, according to Siedentop, marks the (true) birth of the individual, through the creation of conscience, and exalts the individual's freedom and power in a universal perspective³.

During the centuries following the collapse of the Western Roman Empire, the intellectual world was essentially dominated by the Christian Church⁴. Saint Augustine highlights this new source of justice, this "true" justice which "is to be found in the faith in Christ"⁵, and initiates a doctrine of downward verticality, where commandments come from above and are of divine or human origins⁶. Augustine's interpretation of the traditional definition of justice emphasizes the contrast with Antiquity thought: "justice is that virtue which gives every one his due. Where, then, is the justice of man, when he deserts the true God and yields himself to impure demons? Is this to give every one his due? "⁷. It is no longer a question of determining, in a given situation, what is due to every one according to the principles of distributive justice, but of respecting divine justice, the content

¹ L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual*, op. cit., pp. 45-47.

² B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, op. cit., pp. 45-46.

³ L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual* op. cit., pp. 51-65. According to him, those who celebrated the Renaissance made a confusion between the research for *individuality*, which is an aesthetic notion, with the invention of the *individual*, which is a moral one. (*Ibid.*, pp. 333-338).

⁴ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, Oxford University Press, 1992, pp. 102-104.

⁵ AUGUSTIN, « La cité de Dieu », in *Les œuvres complètes*, trad. par MM. Péronne, Ecalle, Vincent, Charpentier, Paris, Ed. Louis Vivès, 1870, Livre XXI, chap. 16, p. 29.

⁶ A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, L.G.D.J., 2006, pp. 72-74.

⁷ AUGUSTIN, « La cité de Dieu », op. cit., p. 31.

of which is not to be construed but is given by revelation. However, from a legal point of view, we are still far from the notion of natural rights inherent to the human species or of positive law as a source of individual rights.

2. The individual, a rights holder

According to Marcel Gauchet, the first millenium represents a decisive rupture with the past, which had a direct impact on Western history. It is then that emerged what had been possible ever since the monotheistic invention, and in particular Christianity: namely the distinction between the visible and invisible worlds, which allowed humans to interact differently with this world. For the first time in history, Gauchet wrote, “our lowly world becomes an horizon by itself”: that was the beginning of man’s empowerment with regard to heavens and the birth of the concept of material growth¹. As one may expect it, such an evolution had strong implications and generated socio-economic, politico-religious and philosophic-legal changes.

From a socio-economic point of view, the resurgence of urban life is one of the most remarkable aspects of the 11th and 12th centuries in Europe. Towns turned into markets and, thanks to the progressive emancipation of the boroughs, artisans and merchants constituted a new social class devoted to trade, composed of formally equal people, free to move, buy and sell, who aspired to a secured environment and who became known as the bourgeoisie².

At the same period of time, ongoing tensions opposed the temporal and the spiritual, illustrated by the famous Investiture Controversy, an indication of the considerable crisis within the Church³. If the empowerment of the earthly world justified the Church’s position as a mediator, it also limited its political claims while paving the way for kingdoms, those entities which were more limited than empires in territorial terms but aspired to full authority within a limited sphere⁴. Kings ceased to be the direct agents of the spiritual and papacy admitted the autonomous jurisdiction of the temporal, announcing the decline of the feudal system and the creation, several centuries later, of Modern States⁵.

¹ M. GAUCHET, *La condition historique*, Entretiens avec Fr. Azouvi et S. Piron, Gallimard, 2005, pp. 167-196 (free translation).

² L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual*, *op. cit.*, pp. 265-276.

³ What was at stake was to understand who, from the Emperor or the Pope, was in charge of bishops’ investiture.

⁴ M. GAUCHET, *La condition historique*, *op. cit.*, pp. 167-196.

⁵ L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual*, *op. cit.*, p. 220. He notes that, in the process aimed at centralising laws and ideas, not only did kings create States but they also made it possible to have a society composed of individuals. (*Ibid.*, pp. 340-347). He also emphasizes that it is only from the 15th century that the word “individual” is to be commonly found in French and English dictionaries, at the same time as “State”, understood as the provision of a sovereign authority (*Ibid.*, p. 347).

Last but not least, the 10th and 11th centuries marked the rediscovery, thanks to the Arab occupation of the Iberian Peninsula, of a large part of the Greek heritage, notably Aristotle's work, which fascinated authors such as St Thomas of Aquinas. At the beginning of the 12th century, a professor from Bologna named Irnerius taught not Germanic laws, but Justinian's *Corpus Iurus Civilis*, thought to have disappeared since the 7th century¹. If Augustine's medieval Christian law was sufficient for rural communities and small feudal groups, it appeared too vague to regulate economic renewal and could not compete with the structure, the logic and above all the method of Justinian's codified Roman law². In parallel, secular leaders drew some inspiration from the division, within the papacy, of the various sections in charge of legislation, jurisdictional decisions and administration³. From there, legal innovation became the heart of the sovereign authority and stopped claiming to be a mere rediscovery of a neglected custom. In the shadow of the normative authority, individuals, initially disarmed, were nevertheless about to acquire a status, which, in time, would make them the source of political power, thanks to social contract theories.

Departing from Michel Villey's opinions, which ties the birth of subjective law to William of Ockham's thoughts in the 14th century⁴, Brian Tierney demonstrates that the doctrine of individual rights goes back to work carried out by 12th and 13th-century canonists. Specifically, the latter used the language of reason and free will for legal purposes and explained the various occurrences of the terms *ius naturale* they came across in the *Decretum Gratiani* (1140). Since the 12th century, this notion was associated with a kind of subjective power or capacity inherent to individuals, which facilitated the development of a new theory of *natural rights* alongside the old theory of *natural law*⁵. In 1160, decretist Rufinus wrote, "natural law is a certain force instilled by nature in every human creature to do good"⁶. The difference between this conception and that of the Stoics should, however, be underlined. While the latter were thinking of a force that would allow us to identify the rightful reason presiding over the pre-established and external order of things, canon lawyers had in mind a subjective force or capacity inherent to humans: Stoics were thinking in terms of cosmic determinism, while the canonists were pondering over human free will⁷. According to Larry Siedentop, this transition formalised in legal terms (requirement of equal freedom) the moral and egalitarian Christian vision, impregnated by the reciprocity of the golden rule, and set the scene for modern liberalism⁸.

¹ J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., pp. 114-121.

² A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, op. cit., pp. 82-83.

³ L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual*, op. cit., pp. 255-264.

⁴ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., pp. 240-247.

⁵ B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, op. cit., pp. 8 et 42.

⁶ Cited and translated by B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, op. cit., p. 68.

⁷ B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, op. cit., p. 68.

⁸ L. SIEDENTOP, *Inventing the Individual* op. cit., pp. 243-244.

It is worth noting that, at the same time, notions of material growth and individual rights started developing. As such, the seeds of the end of the feudal period were sown, leaving, with time, individuals alone before the State. Care should, however, be taken to avoid anachronistic reflex. Brian Tierney actually insists on the fact that canon lawyers would have never imagined that their rhetoric on individual rights would have led one day to a moral universe, where each individual seeks his own advantage¹. He underlines that, in medieval thought, individual and Christian community values were praised with the same passion².

The reflexion on individual rights became public with the controversy which inflamed the 14th century, opposing Pope John XXII to the Franciscans with respect to the former's right to property. William of Ockham sustained the idea whereby it was necessary to distinguish between, on the one hand, the natural right to use objects that are necessary to survive, a common right not to be waived, and, on the other hand, a positive right to property, established by an act or a convention, which Franciscans had previously renounced. In a society where legal needs had substantially increased, positive and subjective law became, with Ockham, essential. It was thanks to his work that the language of canon lawyers persisted in subsequent writings, not forgetting encyclopaedic works from "late" medieval lawyers, such as Gerson or Summenhart, well known to 16th-century Spanish scholastics³. It is actually the former who resumed and deepened the issue on individual rights. Horrified by the way Native Americans were being treated, members of the School of Salamanca (such as Vitoria or Suarez) developed the idea of natural rights inherent to the human soul⁴ and presented law as a set of acts granting subjective rights⁵.

3. The subject of modern law

During the 17th century, a new paradigm emerged in Western thought, transcending the sphere of physics and exact sciences. The Scientific Revolution, mainly associated with the works of Galileo, Newtown, Leibniz and Descartes, was founded on the central role of both the individual and reason, as well as on a mechanical conception of nature⁶. The modern legal world did not escape the impact of the rational method and the development of individualism, which were embodied in the natural rights theory initiated by Grotius. Considered as the father of the modern natural law school, Grotius viewed law as a coherent and

¹ B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, op. cit., p. 77.

² *Ibid.*, pp. 77 et 212.

³ *Ibid.*, pp. 76 ; 93-94 ; 121-122 ; 190.

⁴ A. DUFOUR, « Le discours et l'événement. L'émergence des droits de l'homme et le christianisme dans l'histoire occidentale », in *L'histoire du droit entre philosophie et histoire des idées*, A. DUFOUR (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 407-412.

⁵ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., pp. 330-364.

⁶ S. TOULMIN, *Cosmopolis. The Hidden Agenda of Modernity*, The University of Chicago Press, 1992, p. 76.

comprehensive system, where reason could, from man's sociable nature, deduce the first legal principles, followed by some other rules and individual rights¹. Modern jusnaturalism was entirely built on the theory of the subject. Natural rights did not derive from law but were conceived as extensions of the individual, defined out of any social determination². Michel Villey considers that such philosophy sounded the death knell of Aristotle's distributive justice: "no more need for the public function which aimed to establish within the City an equitable sharing between men and making the necessary adjustments; rights are provided in advance; the only purpose of law is to protect them"³. In our terminology, the legal relational approach is undeniably the main collateral damage of the legal recognition of such individual's legal paradigm.

In an era where the State and political institutions faced a crisis of legitimacy, the social contract was naturally going to prevail, offering the best justification for a political authority chosen by free and rational individuals. In this respect, it is fundamental to avoid falling into the semantic trap of the contractualist language. As thought by its main protagonists (Hobbes, Locke and Rousseau), the social contract does not form part of a legal relational approach, at least within the meaning of Aristotle⁴. Guillaume de Stexhe confirms the link between the contractualist theories' individualism and the atomistic and mechanistic ontology behind modern sciences and technique and concludes that, in the historic social contract figure, the "introduction of sociality is only the invention of a new figure of the self"⁵.

For Thomas Hobbes, the state of nature was a permanent state of war, in which men were equal in capacity (but not in law) and where they each held a natural right (Right of Nature, *Jus Naturale*) they could use as they saw fit for self-preservation. However, as long as that right persisted, there would be no security for anyone. This is why both passions (fear of death, desire for a comfortable life) and natural laws (Laws of Nature, *Lex Naturalis*) drove men to conclude a social pact, by waiving their rights to everything and establishing a Leviathan⁶. For John Locke, men also concluded such a social contract to escape from the insecurity of

¹ A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, op. cit., pp. 114-122. It is relevant that, by distinguishing the various meanings of the word *ius*, Grotius defines first what today would be qualified as subjective law ("law is a moral quality attached to a person to have or do something rightly") then objective law, understood as « synonymous of the term law, in the broadest sense » (H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. par P. Pradier-Fodéré, Paris, Ed. Guillaumin et Cie, 1867, pp. 64-66).

² Y. THOMAS, *Mommsen et L'Isolierung du droit (Rome, l'Allemagne et l'État)*, Paris, De Boccard, 1984, p. 18.

³ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, op. cit., p. 184 (free translation).

⁴ On the individualist dimension of the social contract theories, see M. VILLEY, « Préface », in E. KANT, *Métaphysique des mœurs. 1, Doctrine du droit*, translated by A. Philonenko, Paris, Vrin, 1971, pp. 17-18 ; Y. THOMAS, *Mommsen et L'Isolierung du droit (Rome, l'Allemagne et l'État)*, op. cit., p. 18.

⁵ G. DE STEXHE, « Négociation : le degré zéro et l'événement », in *Droit négocié, droit imposé ?*, Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), Bruxelles, Publ. des F.U.S.L., 1996, pp. 200 et 210-211.

⁶ Th. HOBBS, *Leviathan*, New York, Dover Publications, 2006, pp. 68-93.

the state of nature (which he nevertheless distinguished from the state of war), so that institutions could protect their lives, freedoms and belongings¹. As pointed out by Guillaume de Stexhe, the English philosopher's thought is decisive as it promotes a technique to distribute possessions rather than a form of cooperation, which leads the social contract towards individualism².

Locke's thinking was extremely influential in the 1776 American Declaration of Independence, which in turn influenced the 1789 Declaration of the Rights of Man and of Citizens. Specifically, Article 2 of the latter states: "The goal of any political association is the conservation of the natural and imprescriptible rights of man" which are "liberty, property, safety and resistance against oppression". We find the same idea in both texts according to which governments are established to guarantee man's inalienable rights. This is why Charles Beudant wrote, at the beginning of the 20th century, that "the 1789 Revolution removed the ties which, during the Ancient Regime, linked the individual to the State; it opened up an era of individualism: such is the spirit of the Declaration of the Rights of Man"³. Seventy years after the French Revolution, John Stuart Mill wrote in his essay *On Liberty* that his aim was "to assert one very simple principle, instituted to govern absolutely the dealings of society with the individual in the way of compulsion and control", according to which "the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others"⁴. For the one who is considered, with Bentham, as the father of utilitarianism⁵, societies were merely groupings of individuals and the interest of society was only to develop individual personality. Individualism opened the door to liberalism "as its practical corollary (...) to the point they have often been confused"⁶, as well as to thinkers such as Friedrich Hayek⁷.

II. THE FLAWS OF THE INDIVIDUAL'S LEGAL PARADIGM

The individual's legal paradigm, a product of modernity with very old roots, has nonetheless faced various circumstances that challenged its monopolistic position. Without claiming to be exhaustive, one can mention the criticisms of individualism (A), the promotion of State law and institutions (B) and some new legal relational theories (C).

¹ J. LOCKE, *Second Treatise of Government*, Cambridge, Hackett Publishing, 1980.

² G. DE STEXHE, « Négociation : le degré zéro et l'événement », *op. cit.*, p. 207 (free translation).

³ Ch. BEUDANT, *Le droit individuel et l'État : introduction à l'étude du droit*, Paris, Rousseau & Cie, 1920, 3^{ème} éd., p. 1. In the same spirit, M. WALINE wrote several years later : « l'idée même d'une Déclaration des droits est individualiste » (*L'individualisme et le droit*, *op. cit.*, p. 375-379).

⁴ J.S. MILL, *De la liberté*, trad. par L. Lenglet, Paris, Gallimard, 1990, p. 27.

⁵ The utilitarian philosophy, notes L. SIEDENTOP, contributed to promote an "atomised" society model, where individual preferences are considered as being given, whereas little attention is paid to the role of norms or the process of socialisation (*Inventing the Individual*, *op. cit.*, pp. 337-338).

⁶ M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, *op. cit.*, p. 10 (Free translation).

⁷ The rest of the story is usually well known: readers will forgive us not to dwell further on it.

A. A critique of individualism

Already in 1840, Alexis de Tocqueville warned of possible abuses due to individualism, which “at first dries up only the source of public virtues” but in the long run “attacks and destroys all the others and will finally merge with egoism”¹. During the 19th-century Romanticism, several writers even rejected the Enlightenment natural law theories, as being too “atomistic”, too rational to promote values inherent to groups living in historic communities². We can mention, amongst others, Savigny’s Historical School, which, nurtured with German Romanticism, conceived law as the product and expression of the people’s consciousness, evolving from popular customs and traditions³.

By the end of the 19th century, French criticism of individualism had multiplied. Mention can be made of Paul Lafitte’s interesting observation of what he called, in 1887, “the paradox of equality”: “there are only individuals in a society and they are all equal”. Behind such paradox, he continued, “there is a doctrine. The individual is the beginning and the end of the society”⁴. He then defined individualism with the following words: “Citizens equal in aptitudes, equal in rights, facing an all powerful State, and nothing between them”⁵.

Criticism of individualism persisted throughout the last century. Marcel Gauchet points out the difficulty to translate into a political regime the individualistic approach of legitimacy in our societies. Nowadays, the fear of an absolute State gives way to the State disconcertment in front of an absolute individual, who asserts his/her rights and freedoms but refuses his/her obligations. The French philosopher invites us to rethink the synthesis of people’s independence and collective autonomy, starting with the disengagement of the 18th-century notion of the abstract individual, in order to consider the individual in society⁶.

B. Promotion of State law and institution

For Locke, the State was obligated to guarantee the necessary legal security so that every individual could feel secure and peacefully enjoy his possessions. In his

¹ A. DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, vol. II, Paris, Garnier-Flammarion, 1981, p. 125 (Free translation).

² B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, op. cit., p. 208.

³ J. M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory*, op. cit., p. 320 ; A. PAPAUX, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, op. cit., pp. 129-131.

⁴ P. LAFITTE, *Le paradoxe de l'égalité*, Paris, Hachette, 1887, pp. 147-148.

⁵ *Ibid.*, p. 149. He also wrote: « Isolated, scattered individuals, without discipline, without organisation, are disarmed in front of upwards or downwards enterprises. Individualism favours absolute power, be it called Committee of Public safety or Bonaparte”. (*Ibid.*, p. 168).

⁶ M. GAUCHET, *La condition historique*, op. cit., pp. 399-420.

Doctrine of Right, Kant subtly operated a reversal of this conception. According to the German philosopher, natural law actually only presents a provisional character and only public law may offer a perfect juridicity: for him, only in a civil condition can something external be mine or yours¹. Consequently, a natural law principle exists whereby each may impel the other by force to leave this state of nature and enter into a rightful condition². Once the State has been established, it is out of the question to undermine its authority, as advocated by Hobbes and Rousseau: the Sovereign has only rights against his subjects and no duties³.

As noted by Alexis Philonenko, Kant's whole natural law theory is in view of the State and justified by the State. It is political law which ensures the validity of natural law, and not natural law which contains the justification of political law⁴. More radically, Michel Villey wrote that, in the Kantian doctrine of law, Positive Law "obliterates" Natural Law, which results in legal positivism⁵. All he can see is a simple extension of the subjective law logic to the State: "such is the almost fatal outcome of the modern individualistic thought, first initiated by Hobbes or Rousseau and followed by Fichte, all of them avoiding anarchism to better fail in tyranny"⁶.

Be that as it may, Kant induced a conception of law which no longer started from the individual and his natural rights but favoured the State institution and the norms it adopted. Hegel developed the idea of an individual reduced to the rank of means, who only exists by and for the State⁷.

In a less radical way, positivist theories discredit natural law and affirm, in substance, that the only individual rights that exist are those derived from law adopted by State authority. At the beginning of the previous century, Léon Duguit wrote an in-depth review of what he called the "individualistic doctrine", whose "dogmatic formula" was given by Locke and according to which "law, therefore exists, but only as purely derived" whereas "the bedrock of law is the real power, the human being's autonomy; it is the subjective right, the metaphysical power of the individual's willingness"⁸. Finally, institutional theory, which in France is

¹ E. KANT, *Métaphysique des mœurs. Doctrine du droit*, trad. par A. Philonenko, Paris, Vrin, 1993, p. 116.

² *Ibid.*, pp. 198-199.

³ *Ibid.*, pp. 277-278.

⁴ A. PHILONENKO, « Introduction », in E. KANT, *Métaphysique des mœurs. 1, Doctrine du droit*, trad. par A. Philonenko, Paris, Vrin, 1971, p. 32-35.

⁵ M. VILLEY, « Préface », in E. KANT, *Métaphysique des mœurs. 1, Doctrine du droit*, trad. par A. Philonenko, Paris, Vrin, 1971, p. 29.

⁶ *Ibid.*, p. 30 (Free translation).

⁷ M. WALINE, *L'individualisme et le droit*, *op. cit.*, p. 55. According to the author, however, the idea that a State or a society transcends individuals and constitutes a purpose that is distinct from them leads to anti-individualistic ideologies such as fascism in Italy or fascism in Germany (*Ibid.*, p. 56).

⁸ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1927, pp. 203-204 (Free translation).

associated with Maurice Hauriou, has contributed to the theory of the welfare State, as well as, if not in lieu of, the individualistic theory of law¹.

C. Relational approaches of modern laws

Emerging from this historical detour is an apparent consensus that law is primarily composed of legal rules and of individual rights. Some authors, such as Hauriou, prefer to start from the notion of institution. Yet the legal relational approach *seems* to have disappeared from the legal radar. “Seems”, because if one looks closely, it is possible to identify some legal relational approaches in the history of modern thought, albeit discrete or very different from the Aristotelian concept.

According to Emmanuel Jeuland, it is possible to identify in each legal tradition a legal relational approach². In France, for example, relationships have an important place in the works of Jean Domat³ or Eugène Lerminier⁴. Jeuland nevertheless admits that, “the notion of legal relationship has been relegated to second place, to favour subjective rights and the legal situation”⁵. The author has also identified an “Italian relational school”, influenced by Savigny, which might have been “overwhelmed by the normative theories which have incorporated the notion of legal relation conceived as a norm relation”. A further example is the “Coimbra, Bucharest, Moscow axis”, which professes “humanistic, objective and concrete relationism”⁶.

According to Professor Jeuland, the starting point of the German thought, especially the Kantian one, is more individualistic and normativist⁷. It is true that Michel Villey repeatedly insists that Kant mentioned an “*individualistic* language, which was conceived according to the person, his freedoms, his powers, his subjective rights”⁸ and that Kant “sees law only in relation to and from the *individual*” who “considers law as a springboard for his own personal fulfilment”⁹.

¹ E. JEULAND, *Théorie relationiste du droit*, op. cit., p. 262.

² *Ibid.*, p. 32.

³ *Ibid.*, p. 393.

⁴ E. LERMINIER, *Introduction générale à l'histoire du droit*, Paris, éd. Alexandre Mesnier, 1829, pp. 3-4. Pierre-Joseph Proudhon could also be cited, with Domat and Lerminier, as he denounced the risk that justice might lead « to its own subversion », which “would certainly still occur if, as under the Revolution, the substitution of the Rights of Men by the respect of the top resulted in making man an autolatrous, i.e. a God ». However, he wrote, justice “implies at least two terms, two people united by the common respect of their nature, which are different and rival for all the others » (*Justice*, 4 vol., Ed. Marcel Rivière, 1930, I, p. 421). Commenting this text, P. ANSART wrote that Proudhon’s concept is « relational » (« La critique de la relation public/privé par les philosophes anarchistes », in *Public/privé*, Paris, P.U.F., 1995, p. 82).

⁵ E. JEULAND, *Théorie relationiste du droit*, op. cit., p. 430 (Free translation).

⁶ *Ibid.*, pp. 407 et 425 et s.

⁷ *Ibid.*, p. 34.

⁸ M. VILLEY, « Préface », op. cit., p. 9.

⁹ *Ibid.*, p. 20.

However, while this critique is not unfounded, it cannot justify the automatic exclusion of Kant (and Fichte) from the relational school of thought.

In fact, Kant defines the concept of law as the “external and, in truth, practical relation of one person to another, in so far as they can influence upon each other, immediately or mediately, by their actions as facts”¹. Law is “the aggregate of those conditions under which the will of one person can be conjoined with the will of another in accordance with a universal law of freedom”. Accordingly, his universal principle consists in “every action which by itself or by its maxim enables the freedom of each individual’s will to co-exist with the freedom of everyone else with a universal law”². Kant eventually defines “public law” (i.e. State law as opposed to natural law) as “a system of laws for a people, that is a multiplicity of human beings, or a multiplicity of peoples, which, because they affect one another, need a rightful condition under a will unifying them, a constitution”³.

If it is difficult to challenge Kant’s emphasis on the legal relation. Yet, his theory remains distinct from the traditional (ancient) relational approach, it being built from the individual (more precisely from each individual’s free will), to be extended to other individuals and then to society as a whole. As such, it is one person’s individual freedom which prompts consideration of the other’s freedom; a third party (the law) is charged with ensuring that no one infringes the others’ rights. Legal relations are to be viewed in terms of equality and reciprocity, rather than, as with Aristotle, in a proportional way - in other words, on the register of identity rather than difference. The same idea is to be found with Fichte, who defines the concept of law as being “the concept of the relation which is necessary to be free with one another”. He then specifies that such a concept “must be a concept originating from pure reason”, which becomes necessary “because the reasonable being cannot consider himself as such, with self-awareness, without posing as an individual, as one, within a plurality of reasonable beings that he accepts besides him as soon as he accepts himself”⁴.

CONCLUSION

In recent years, relational approaches to law seem to have taken off again, thanks to the work of Jennifer Nedelsky, Alexander Somek and Emmanuel Jeuland⁵.

¹ E. KANT, *Métaphysique des mœurs. Doctrine du droit*, op. cit., p. 150.

² *Ibid.*, pp. 150 et 151.

³ *Ibid.*, p. 265 (our emphasis).

⁴ J.G. FICHTE, *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science*, translated by A. Renaut, Paris, P.U.F., 1984, pp. 23-25.

⁵ On those theories, see E. JEULAND, « L’approche relationniste dans les pays de droit civil », *Droit et relation : une approche comparative. Autour de Jennifer Nedelsky*, J.-Fr. BRAUNSTEIN and E. JEULAND (coord.), Paris, IRJS, 2018, pp. 27-42.

This can only be a positive development. Still, such analyses remain rooted in the origins of Western law.

It is against this backdrop that we suggest remobilising the traditional conception of legal relationships, as developed by Aristotle. Compared to the modern approach, which insists on the similarity between individuals, the traditional relational concept emphasises both the individual's singularity and the singularity of each relation, which almost always presents a different configuration. Let us not forget that, for the Stagirite, distributive justice requires thinking in the geometric terms of proportionality. When it comes to giving everybody his or her due, one must consider what is attributed to the other, or to others. Usually, the legal solution to a problem cannot be gleaned in an abstract way, without accounting for the specific circumstances of all parties concerned (and the way they will be impacted). In other words, the deciding public authority cannot take as its starting point each individual (and the predefined right he invokes or the interest he asserts). Rather, it must start from the existing configuration and take into account the various interests at stake in their particular arrangement.

The solution therefore no longer pre-exists, it is not a ready-made one but has to be built up by respecting the principle of proportionality, in relation to others. As Aristotle wrote, it is precisely because whoever possesses the virtue of justice "may use it for the others' benefit and not only for his own benefit" that "neither evening nor morning star is so lovely".

Revue juridique de la Sorbonne est une revue gratuite disponible sur <https://irjs.univ-parisi.fr/>, en *open access* et sous licences creative commons.



- Les propositions d'articles doivent être adressées au format word à : irjs-editions@univ-parisi.fr
- La Revue publie des articles d'actualité mais aussi des textes qui peuvent être republiés selon les conditions prévues par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.