HAL
open science

Dossier : "A qui profite le droit ?", Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 26 mars 2015, textes réunis par F. Brunel, I. Guilhen, D. Huet et P-H. Paulet, La Revue du Centre Michel de L'Hospital [En ligne], J-B. Perrier (dir.), n° 11, 2017, pp. 6-123

Fanny Brunel, Isabelle Guilhen, Davy Huet, Pierre-Henri Paulet

▶ **To cite this version:**

Fanny Brunel, Isabelle Guilhen, Davy Huet, Pierre-Henri Paulet. Dossier : "A qui profite le droit ?", Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 26 mars 2015, textes réunis par F. Brunel, I. Guilhen, D. Huet et P-H. Paulet, La Revue du Centre Michel de L'Hospital [En ligne], J-B. Perrier (dir.), n° 11, 2017, pp. 6-123. La Revue du Centre Michel de l'Hospital [édition électronique], n° 11, pp. 6-123, 2017. hal-01644742

HAL Id: hal-01644742

https://uca.hal.science/hal-01644742

Submitted on 22 Nov 2017

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

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

Centre
Michel de l'Hospital
EA 4232

La Revue

Dossier "A qui profite le droit ?"

Actes du colloque de Clermont-Ferrand

26 mars 2015

Textes réunis par
Fanny BRUNEL, Isabelle GUILHEN, Davy HUET, doctorants en droit privé
et Pierre-Henri PAULET, docteur en droit public

Numéro 11 - Juin 2017
La Revue (Centre Michel de l'Hospital) ISSN 2273-872X

ÉCOLE DE DROIT
Université Clermont Auvergne

La Revue

" A qui profite le droit ? "

Numéro 11 - Juin 2017

Sommaire

Les Annonces

Le Dossier :
A qui profite le droit ?
Actes du colloque du 26 mars 2015

LA CONTESTATION DU DROIT,
*par Lamia **EL BADAWI***

I - Réquisitoire contre le droit :
« Le droit profite d'abord aux initiés ! »

Premier grief : La norme au service des prescripteurs du droit ?

LE LEGISLATEUR SOUS L'INFLUENCE DU LOBBYING ?,
*par Grégory **HOUILLON***

LE ROLE DE LA DOCTRINE,
*par Luc **GRYNBAUM***

Second grief : La norme détournée par les destinataires du droit ?

LES SUBTILITES DU DROIT FISCAL,
*par Jean-Luc **ALBERT***

LE DETOURNEMENT DE LA REGLE DE PROCEDURE PENALE AU SERVICE DE LA REPRESSION,
*par Jean-Baptiste **PERRIER***

LE DROIT INTERNATIONAL AU SERVICE DES ÉTATS PUISSANTS ?,
*par Camille **MOISAN** et Enguerrand **SERRURIER***

II - Plaidoyer pour le droit : « Le droit profite surtout à chacun ! »

Premier alibi : Les normes protègent la partie faible

L'EXTENSION NORMATIVE DU DROIT DE LA CONSOMMATION,
*par Sandrine **TISSEYRE***

À QUI PROFITE LE DROIT DU TRAVAIL ?,
*par Michel **MORAND***

LE DROIT ADMINISTRATIF, PROTECTEUR DES ADMINISTRES,
*par Olivier **LAVAIL***

Second alibi : Les normes contribuent à la cohésion sociale

LE DROIT DE LA CONCURRENCE, INSTRUMENT DE PRESERVATION DES MERITES SUR LES MARCHES POUR LE BIEN-ETRE COLLECTIF,
*par Catherine **PRIETO***

À QUI PROFITE LA CITOYENNETE EUROPEENNE ?,
*par Christine **BERTRAND***

LA CONTRACTUALISATION DE LA PRODUCTION NORMATIVE EN DROIT DE LA FAMILLE ET EN DROIT DES PERSONNES : INCIDENCES SUR LA THEORIE GENERALE DU CONTRAT,
*par Jennifer **EXBRAYAT***

Verdict

RAPPORT DE SYNTHESE,
*par Hervé **LECUYER***

L'Etude :
L'évaluation de la dangerosité : le neurodroit ?

*par Laura **PIGNATEL***

Table des matières

Mentions légales

La Revue (Centre Michel de l'Hospital)
ISSN 2273-872X

éditeur
Centre Michel de l'Hospital CMH EA 4232
Ecole de Droit-Université Clermont Auvergne
41 boulevard F. Mitterrand
CS 20054
63002 CLERMONT-FERRAND Cedex 1
recherche.cmh@udamail.fr

directeur de la publication
Jean-Baptiste PERRIER, Professeur de droit privé et de sciences criminelles,
Directeur du Centre Michel de l'Hospital CMH EA 4232

réalisation
Audrey VITALIEN-CHARBONNEL, Secrétaire du Centre Michel de l'Hospital

comité de rédaction
Marie-Elisabeth BAUDOIN, Maître de conférences HDR en droit public à l'Université Clermont Auvergne
Anne-Blandine CAIRE, Professeur de droit privé et de sciences criminelles à l'Université Clermont Auvergne
Frédéric CHARILLON, Professeur de science politique à l'Université Clermont Auvergne
Allison FIORENTINO, Maître de conférences HDR en droit privé et en sciences criminelles à l'Université Clermont Auvergne
Anne JACQUEMET-GAUCHE, Professeur de droit public à l'Université Clermont Auvergne
Nicolas LAURENT-BONNE, Professeur d'histoire du droit et des institutions à l'Université Clermont Auvergne
Vincent MAZEAUD, Professeur de droit privé et de sciences criminelles à l'Université Clermont Auvergne

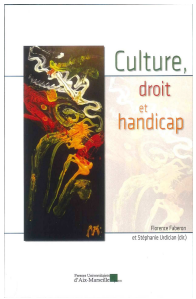
parution
n° 11, juin 2017

Les Annonces

Dernières publications

http://cmh.u-clermont1.fr/publication/1/all/0

Culture, droit et handicap. Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 10 avril 2015, sous la direction de Florence FABERON et Stéphanie URDICIAN.
Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2017, 212 p.



Manifestations scientifiques

http://cmh.u-clermont1.fr/event

- colloque **La protection des animaux d'élevage**, dans le cadre de la Ville Apprenante/UNESCO, sous la direction d'A-Blandine CAIRE et Allison FIORENTINO, 22 septembre 2017, Ecole de Droit-Université Clermont Auvergne
- conférence **Les relations diplomatiques entre le Brésil et la France**, par l'Ambassadeur du Brésil, avec le CELIS EA 4280, MSH Maison des Sciences de l'Homme de Clermont-Ferrand
- colloque **Quels territoires pour demain ?**, sous la coordination de Jennifer MARCHAND, 29 septembre 2017, Ecole de Droit-Université Clermont Auvergne, avec l'AFAC Association française des avocats-conseils auprès des collectivités territoriales
- journée d'étude **Les mutations médiévales (Auvergne, Europe, Méditerranée). En souvenir du Professeur Christian LAURANSON-ROSAZ**, sous la direction de Pierre GANIVET et Rémi OULION, 6 octobre 2017, Ecole de Droit-Université Clermont Auvergne
- conférence **Le droit en procès**, dans le cadre de la Fête de la science, sous la direction d'Anne JACQUEMET-GAUCHE, 12 octobre 2017, MSH Maison des Sciences de l'Homme de Clermont-Ferrand
- colloque **La légitimité de la norme en droit du travail**, sous la direction d'Allison FIORENTINO et Gwennhaël FRANÇOIS, 13 octobre 2017, Ecole de Droit-Université Clermont Auvergne
- colloque **Justice pour l'eau**, sous la direction de Philippe BOUCHEIX, 19 octobre 2017, Ecole de Droit-Université Clermont Auvergne, avec l'ANPER Association Nationale de Protection des Eaux et des Rivières, l'Agence de l'eau, le ministère de la Transition écologique
- colloque **Le non renvoi des QPC, unité ou diversité des pratiques de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat**, sous la direction d'Aurélia FAUTRE-ROBIN et Nathalie DROIN, 26-27 octobre 2017, Ecole de Droit-Université Clermont Auvergne, avec le CREDESPO-Université de Bourgogne
- colloque **L'influence du néo-libéralisme sur la conception de l'Etat aujourd'hui**, sous la direction de M-Elisabeth BAUDOIN et Karine BECHET-GOLOVKO, novembre 2017, Ecole de Droit-Université Clermont Auvergne, avec Comitas Gentium France-Russie
- conférence de méthode **Les paradigmes de la recherche en droit**, par Frédéric ROUVIERE, novembre 2017, Ecole de Droit-Université Clermont Auvergne

Le Dossier

A qui profite le droit ?

Actes du colloque du 26 mars 2015

Sous la direction de Charles-André DUBREUIL, Professeur de droit public, et avec les doctorants en sciences juridiques

La contestation du droit,
par Lamia EL BADAWI,
Maître de conférences en droit privé, CMH EA 4232, Université Clermont Auvergne

REQUISITOIRE CONTRE LE DROIT : **« L**E DROIT PROFITE D'ABORD AUX INITIES ! »

PREMIER GRIEF : LA NORME AU SERVICE DES PRESCRIPTEURS DU DROIT ?

Le législateur sous l'influence du lobbying ?,
par Grégory HOUILLON,
Maître de conférences en droit public, Université de Poitiers

Le rôle de la doctrine,
par Luc GRYNBAUM,
Professeur de droit privé et de sciences criminelles, Université Paris Descartes (Paris-V)
Doyen honoraire de la Faculté de droit de La Rochelle

SECOND GRIEF : LA NORME DETOURNEE PAR LES DESTINATAIRES DU DROIT ?

Les subtilités du droit fiscal,
par Jean-Luc ALBERT,
Professeur de droit public, Université d'Auvergne Clermont 1
Doyen honoraire de la Faculté de droit de l'Université Lumière Lyon 2

Le détournement de la règle de procédure pénale au service de la répression,
par Jean-Baptiste PERRIER,
Professeur de droit privé et de sciences criminelles, CMH EA 4232, Université Clermont Auvergne

Le droit international au service des Etats puissants ?,
par Camille MOISAN,
doctorante en droit public, ED 245, Université Clermont Auvergne
Enguerrand SERRURIER,
doctorant en droit public, ED 245, ATER, Université Clermont Auvergne

La Revue
" A qui profite le droit ? "
Numéro 11 - Juin 2017

PLAIDOYER POUR LE DROIT : **« L**E DROIT PROFITE SURTOUT A CHACUN ! »

PREMIER ALIBI : LES NORMES PROTEGENT LA PARTIE FAIBLE

L'extension normative du droit de la consommation,
par Sandrine TISSEYRE,
Professeur de droit privé et de sciences criminelles, Université de Pau et des Pays de l'Adour
chercheur associée au CMH EA 4232

À qui profite le droit du travail ?,
par Michel MORAND,
Avocat au Barreau de Clermont-Ferrand, chercheur associé au CMH EA 4232

Le droit administratif, protecteur des administrés,
par Olivier LAVAIL,
doctorant en droit public, Université d'Auvergne Clermont 1

SECOND ALIBI : LES NORMES CONTRIBUENT A LA COHESION SOCIALE

Le droit de la concurrence,
instrument de préservation des mérites sur les marchés pour le bien-être collectif,
par Catherine PRIETO,
Professeur de droit privé et de sciences criminelles, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

A qui profite la citoyenneté européenne ?,
par Christine BERTRAND,
Maître de conférences HDR en droit public, CMH EA 4232, Université Clermont Auvergne
Doyen de l'Ecole de Droit

La contractualisation de la production normative en droit de la famille
et en droit des personnes : incidences sur la théorie générale du contrat,
par Jennifer EXBRAYAT,
doctorante en droit privé, ED 245, Université Clermont Auvergne

VERDICT

Rapport de synthèse,
par Hervé LECUYER,
Professeur de droit privé et de sciences criminelles, Université Paris 2 Panthéon-Assas

La Revue
" A qui profite le droit ? "
Numéro 11 - Juin 2017

LA CONTESTATION DU DROIT

*Lamia **EL BADAWI**,*
Maître de conférences en droit privé, Centre Michel de l'Hospital EA 4232,
Université Clermont Auvergne

La contestation n'est pas étrangère au droit, elle lui est même étymologiquement liée. Ce terme est en effet issu du latin juridique *contestatio* dérivé du verbe latin *contestari* qui signifie plaider en produisant des témoins. Le sens premier du terme *contestatio* est ainsi judiciaire, avant tout. Introduit comme terme de procédure dès la fin du XVe siècle, son usage s'est répandu dans la sphère judiciaire et a connu une nouvelle vitalité depuis les événements de mai 68[1]. Sortie des prétoires, la contestation dans sa dimension politique sert à qualifier les manifestations d'agitation et de critiques radicales à l'égard des institutions lorsqu'elles s'expriment en dehors des cadres institutionnels d'opposition[2].

Émanation du pouvoir, le droit entretient un rapport d'autorité complexe avec ses destinataires dont les nombreux aspects de la vie n'échappent pas à une forme ou une autre de la régulation juridique. Une tension potentielle entre l'autonomie du citoyen et les prétentions normatives du droit devient alors envisageable[3]. En sa qualité d'instrument de la régulation sociale, le droit est de ce fait exposé à la contestation. Cependant, cette vision réductrice ne rend pas compte de la variété des usages contestataires du droit. En effet, il est courant de l'analyser comme un instrument contesté de la régulation sociale, mais il peut aussi être perçu, à travers son langage et ses institutions, comme une arme de la contestation politique et sociale. L'intégration du droit dans le répertoire des outils de la contestation politique n'est pas aussi évidente. En effet, le droit semble tout l'inverse de la contestation puisqu'il est le plus souvent perçu comme une arme aux mains et au service du pouvoir[4]. Si le droit n'est qu'un vecteur de domination, comment comprendre qu'il puisse parfois être invoqué à des fins contestataires ?

Il est certain que les pratiques politiques contestataires, lorsqu'elles sont tolérées, sont souvent encadrées par un droit qui en limite la portée et l'exercice. C'est, par exemple, le cas de la grève, qui est certes un droit constitutionnellement protégé, mais qui n'est pas non plus absolu[5]. Le droit délimite ainsi les formes de la contestation, et peut aller jusqu'à réprimer celles qui ne respectent pas le cadre qu'il fixe[6]. Les formes de la contestation tenue pour légale constituent par ailleurs indirectement une reconnaissance du rôle de l'État. Utiliser le droit pour contester renvoie dès lors à une double affirmation paradoxale, de défiance et de reconnaissance à l'égard des autorités. Le droit et la contestation, et plus précisément les mouvements contestataires, entretiennent ainsi des relations ambivalentes mais bien réelles. De cette ambivalence découle le grand éventail des modes d'action employés par les mouvements contestataires allant de l'action directe jusqu'au recours aux voies institutionnelles[7].

---

[1] A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, t. 1, Le Robert, 2012.
[2] G. LAVAU, « La contestation politique », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 1970/15, n° 480, p. 3.
[3] P.-A. PERROUTY, « Légitimité du droit et désobéissance », in *Obéir et désobéir - Le citoyen face à la loi*, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 59.
[4] L. ISRAËL, *L'arme du droit*, Presses de Sciences Po, coll. « Contester », 2009, p. 17.
[5] R. COLSON, *La légalisation de la désobéissance à la loi. Le cas du droit de grève et de l'état de nécessité*, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1996, n° 36, p. 125.
[6] L. ISRAËL, *L'arme du droit*, *op.cit.*, p. 19.
[7] C. SPANOU, « Le droit instrument de la contestation sociale ? Les nouveaux mouvements sociaux face au droit », in *Les usages du droit*, Curapp, PUF, 1986, p. 33.

Le droit ne constitue pourtant pas la limite de l'action de contestation. La plupart des mouvements contestataires tentent en effet de dépasser ces limites par des actions provocatrices, violentes ou pacifiques ou encore par un appel franc à la désobéissance civile pour contester l'application d'une loi considérée comme illégitime. L'actualité nous fournit régulièrement son lot d'individus se réclamant d'une telle désobéissance : que ce soient les faucheurs de champs d'OGM, les activistes en faveur de la régularisation des sans-papiers ou, encore plus récemment, certains opposants au projet de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes ou encore à celui du barrage de Sivens.

Face à la transgression de la loi, le système juridique ne peut qu'affirmer le principe d'une sanction, même si des tolérances sont parfois constatées. Il ne peut en effet laisser subsister en son sein un mécanisme qui subordonne l'application de la loi à la subjectivité de chacun, sauf à lui retirer toute force contraignante.

Ceux qui désobéissent à la loi cherchent à mettre leurs actes en conformité avec leur conscience ou leurs convictions. Mais ils visent aussi dans la plupart des cas un résultat concret : le changement de la loi ou des lois qu'ils contestent. Selon leur vision, la loi n'est jamais qu'un instrument au service de principes supérieurs de l'humanité. Lorsque cette dernière ne les respecte plus, elle aura beau être légale, elle ne sera plus dotée d'une certaine légitimité.

La désobéissance civile, qui apparaît *a priori* relever d'un dysfonctionnement des sociétés démocratiques, ne se situe pourtant pas totalement hors du droit. Elle pourrait être un moyen de remédier à la crise de la représentation[8], la désobéissance étant ainsi un moyen pour les citoyens d'exprimer leur désaccord lorsque leurs efforts légaux ont échoué. Ce qui explique que la désobéissance est parfois tolérée, voire même souhaitable, dans une démocratie.

Sans aller jusqu'à lui reconnaître une existence officielle, la désobéissance civile peut ainsi être considérée comme une forme de contestation qui s'inscrit à la périphérie du droit et non en opposition frontale avec lui. Le droit organise ou subit ainsi sa propre contestation (**I**), mais peut tolérer, sous certaines conditions, des contestations qui se situent à sa périphérie (**II**).

I. LA CONTESTATION « FIDELE » AU DROIT

Le recours au droit à des fins de contestation peut être perçu comme une illusion, car le système judiciaire peut ne paraître pour les contestataires ni politiquement neutre ni même équitable. Ces derniers ne s'attendent pas à une remise en cause de l'ordre établi, et bien au contraire le droit et la justice peuvent être dénoncés dans ce cadre pour leur reproduction ou leur aggravation des inégalités sociales. Pourtant, le droit peut être utilisé contre le pouvoir et peut, dans certaines circonstances, être retourné contre l'État et devenir un instrument de contestation. Il y a donc une certaine ambiguïté à utiliser le langage même du pouvoir pour le retourner contre lui (**A**), surtout que, dans les sociétés démocratiques, les motifs de la contestation dépassent souvent le cadre de la seule contestation des normes juridiques (**B**).

A. Les ambiguïtés de la contestation par le droit

Le droit occupe une place importante parmi les outils de la contestation sociale et politique. Il demeure en effet l'instrument privilégié de régulation des rapports sociaux, il est donc difficile pour les mouvements contestataires de ne pas formuler leurs revendications en termes juridiques[9].

[8] D. BOUGNOUX, *La crise de la représentation*, La Découverte, 2006.
[9] C. SPANOU, *op.cit.*, p. 32.

Ces mouvements de contestation peuvent ainsi se trouver piégés entre la méfiance qu'ils affichent vis-à-vis de l'État et une demande d'intervention de celui-ci qui semble parfois inévitable. Il y a surtout une méfiance vis-à-vis de toute tentative de récupération. L'attitude de méfiance vis-à-vis d'une prise en charge par l'État caractérise essentiellement la frange la plus contestataire de ces mouvements, mais qui s'étend bien au-delà. Par exemple, selon les époques, les syndicats du monde du travail ont oscillé entre la revendication de réformes législatives protectrices et la critique du droit perçu comme un produit de l'État faisant obstacle à l'action syndicale[10].

Le droit n'est donc pas épargné par la contestation puisqu'il est perçu comme le reflet des intérêts sociaux établis, mais paradoxalement, les mouvements contestataires sont de fait obligés de le solliciter pour satisfaire leurs revendications.

Rappelons par exemple que les mouvements féministes, très méfiants à leurs débuts à l'égard de l'État, n'ont obtenu les réformes législatives souhaitées que lorsqu'il y a eu une prise en charge par l'État et la création d'une structure ministérielle. Or accepter les règles du pouvoir n'est pas sans risque. Les contestataires se voient obligés de nuancer, de réviser certaines positions parfois peu compatibles avec leurs affirmations idéologiques originelles. Les contestataires sont eux-mêmes conscients de cette ambivalence, certaines féministes ont d'ailleurs pu exprimer ce paradoxe en ces termes : « *d'un côté notre intérêt de femmes à la recherche de l'égalité des droits, de la justice sociale, de l'autonomie, nous pousse à nous opposer fortement aux institutions. D'un autre côté, la réalité nous oblige à en tenir compte, ne serait-ce que pour s'y faire entendre* »[11]. Il s'agit manifestement d'une ambiguïté intrinsèque à tout mouvement contestataire qui ne souhaite pas s'enfermer dans la marginalité. Or, cet appel à la fonction protectrice du droit oblige les contestataires à accepter de nuancer certaines positions et à se plier aux exigences institutionnelles en réduisant l'intensité de leur critique initiale et l'étendue de leurs revendications.

Pourtant, le droit peut, dans certaines circonstances, être opposé au pouvoir sans que ne soit engagé un processus de compromis. Ces usages militants du droit ont été analysés et regroupés sous l'appellation de « *cause lawyering* », notion issue d'un courant nord-américain de recherche en sociologie juridique[12]. Ce courant vise à analyser certains mouvements sociaux qui se saisissent du droit pour appuyer la cause qu'ils portent ou afin de défendre des personnes considérées comme victimes en utilisant les compétences spécifiques issues du savoir-faire juridique. C'est dans ce cadre que l'on trouve la figure de l'expert militant qui met son savoir au service d'une activité militante[13]. Le *cause lawyer* est donc un avocat, à la fois militant et professionnel, qui défend une cause dans et hors des prétoires[14]. Le *cause lawyering* contredirait l'idée selon laquelle le droit et les avocats sont des agents neutres au travers desquels sont résolus les conflits qui traversent la société tout en n'étant pas affectés par ces derniers[15]. La figure du juriste engagé au côté d'organisations militantes n'est en effet pas rare. L'un des moyens d'action privilégié de cette stratégie est l'affaire judiciaire devenant le symbole d'une cause. Cette stratégie aboutit ainsi à une imbrication entre causes judiciaires ou juridiques et causes politiques[16].

---

[10] L. ISRAËL, *op.cit*., p. 23.
[11] Rencontre des lieux d'expression et d'initiatives de femmes, 7 et 8 décembre 1985, à l'initiative de la Maison des femmes de Paris (Texte imprimé), p. 4.
[12] L. ISRAËL, « Usages militants dans l'arène judiciaire : le *cause lawyering* », *Droit et société*, n° 49/2001, p. 793.
[13] D. LOCHAK, « La profession d'universitaire face à la question de l'engagement », in *Au cœur des combats juridiques - Pensées et témoignages de juristes engagés*, Dalloz, 2007, p. 38.
[14] L. ISRAËL, « Le droit mis au service de causes politiques - Un détour par le *cause lawyering*, un modèle d'origine nord-américaine », in *Au cœur des combats juridiques - Pensées et témoignages de juristes engagés*, *op.cit*., p. 9.
[15] S. SCHEINGOLD, « The Struggle to Politicize Legal Practice: A Case Study of Left-Activist Lawyering in Seattle », *in* A. SARAT & S. SCHEINGOLD (dir.), *Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities*, Oxford University Press, 1998, p. 118.
[16] L. ISRAËL, « Le droit mis au service de causes politiques - Un détour par *le cause lawyering*, un modèle d'origine nord-américaine », *op.cit*., p. 8.

Richard ABEL, qui a étudié plusieurs exemples historiques à l'échelle internationale, écrit ainsi que : « *parce que le droit est la matière même de l'État, il peut reconfigurer le pouvoir de l'État. Parce que l'État agit le plus souvent par l'intermédiaire de la loi, il peut être contraint par la loi* »[17]. Selon lui, droit et État sont si liés qu'il est possible de retourner le premier contre le second qui en est pourtant la source. Il cite à cet effet de nombreux exemples historiques dont les objecteurs de conscience pendant la guerre du Vietnam, GANDHI et ses disciples en Afrique du Sud puis en Inde, les militants pour les droits civiques aux États-Unis, les suffragettes, les campagnes anti-nucléaires, les militants pour les droits des animaux, etc. Des causes variées ont ainsi bénéficié de cette stratégie à des époques et dans des pays différents. Il existe ainsi un large éventail dans lesquelles peuvent se déployer la pratique du *cause lawyering*. Cette stratégie du retournement du droit contre l'État porte toutefois en elle ses propres limites.

Le caractère symbolique de ces victoires judiciaires, la légitimité que les juristes fournissent au système juridique et judiciaire qu'ils utilisent ou encore la dépendance vis-à-vis du juge ou du législateur, sont en effet autant de freins à l'obtention de résultats substantiels par le biais de ce mode d'action[18]. Le retournement du droit contre le pouvoir apparaît ainsi comme une stratégie « *plus utile comme bouclier contre les abus que comme un glaive* »[19]. Les marges de manœuvres dont disposent les juges et leur indépendance à l'égard du pouvoir constituent certes des avantages sur lesquels s'appuient les mouvements contestataires, mais l'institution judiciaire peut parfois manifester quelques hésitations à l'idée de s'exprimer sur des questions politiques de fond. Cette dernière peut cependant être utilisée afin de faire émerger une cause dans l'espace public et ainsi sensibiliser l'opinion publique.

En réalité, la contestation par le droit est susceptible d'avoir des effets positifs lorsque le pouvoir est engagé dans une démarche de réformes, ou du moins serait enclin à en accepter le principe. En dehors de ce cadre, l'usage du droit comme instrument de contestation paraît plus efficace afin d'assurer la défense contre les atteintes aux libertés que d'en conquérir de nouvelles[20]. Le résultat du recours au droit est ainsi incertain, car il dépend de la décision des magistrats lorsqu'il s'agit d'un procès. Derrière le procès, ce sont parfois les autorités publiques qui sont interpellées et les enjeux et motifs de la contestation peuvent dépasser le cadre de la seule cause soutenue.

B. Les motifs de la contestation du droit dans les sociétés démocratiques

Dans les États démocratiques, le pouvoir s'exerce par le biais des normes juridiques, avec pour conséquence que la légitimité du pouvoir est intrinsèquement liée à celle du droit. Par ailleurs, comme la norme juridique formule un impératif censé exprimer la volonté générale, elle ne devrait, dès lors, pas trouver lieu à contestation. En sa qualité d'expression de la volonté générale, la loi devient ainsi l'incarnation de la raison, elle ne saurait être injuste ou oppressive et se trouve mise à l'abri de toute contestation[21].

Par la contrainte, le droit force ainsi ses destinataires à prendre en compte les conséquences attachées à la transgression d'une norme juridique. La force obligatoire de la norme n'est en principe pas subordonnée à son acceptation par le corps social. L'approbation de la règle juridique ne conditionne pas de ce fait son caractère contraignant, contrairement à la règle morale. Le droit devrait ainsi être obéi pour lui-même en

[17] R. ABEL, « Speakin Law to power. Occasion for cause lawyering », in *Cause Lawyering: Political Commitments and Professional Responsabilities*, *op.cit.*, p. 103.
[18] L. ISRAËL, « Usages militants dans l'arène judiciaire : le *cause lawyering* », *op.cit.*, p. 798.
[19] R. ABEL, *op.cit.*, p. 103.
[20] L. ISRAËL, *L'arme du droit*, *op.cit.*, p. 31.
[21] J. CHEVALLIER, « La dimension symbolique du principe de légalité », *in* Ch.-A. MORAND (dir.), *Figures de la légalité*, Publisud, 1992, p. 62.

dehors de tout jugement d'ordre moral ou politique. Les excès de cette approche, dénoncée après la Seconde Guerre mondiale pour avoir permis au régime nazi de produire un droit valide selon les critères du positivisme juridique idéologique selon la classification de Norberto BOBBIO[22], ont eu pour effet de réintroduire une réflexion sur la nécessité d'une référence à des valeurs et d'une adhésion à la norme juridique. La validité formelle de la norme juridique conditionne certes sa force contraignante, mais cela n'est plus suffisant pour assurer son effectivité, encore faut-il qu'elle rencontre l'adhésion de ses destinataires[23].

Par la recherche d'adhésion, le droit cherche à ce que ses destinataires se conforment aux normes juridiques, non pas pour éviter une sanction, mais parce qu'ils estiment que le droit en vigueur est légitime et sont de ce fait prêts à lui reconnaître une véritable autorité. La prétention du droit à la légitimité a longtemps reposé sur des systèmes de légitimation qui lui sont exogènes, principalement d'ordre religieux ou métaphysique. Cette méthode pour asseoir la légitimité du droit produit inévitablement un certain nombre de conséquences. Tout d'abord, l'aura et le respect que ces systèmes exogènes inspirent aux destinataires rejaillissent sur le droit, lui permettant de bénéficier d'une autorité qu'il aurait été incapable de susciter du seul fait de ses qualités formelles. Ensuite, cette méthode permet de lier la question de la légitimité à celle de l'obéissance. En effet, si les destinataires adhèrent au système exogène invoqué, il leur sera difficile de contester les normes juridiques qui s'en imprègnent. Contester la norme juridique revient ainsi à contester le système de légitimation qui le sous-tend, ce qui peut être dangereux dans des sociétés profondément marquées par les préceptes religieux[24].

Dans la mesure où la légitimité du droit ne peut plus reposer ni sur la religion ni sur la raison, il convient de repenser la légitimité du droit. Divers auteurs ont tenté de proposer de nouvelles réflexions à la question de la légitimité du droit.

Parmi eux, Jürgen HABERMAS constate en effet que la légitimité des normes ne peut découler que de la procédure démocratique[25]. Dans le cadre de sa théorie de la discussion, les citoyens peuvent se concevoir comme les auteurs du droit auquel ils sont soumis en tant que destinataires[26]. Ces derniers en devenant aussi les auteurs du droit, ils peuvent plus aisément s'en approprier également le contenu. Pour que les lois deviennent légitimes, il convient dès lors qu'elles soient discutées rationnellement par les citoyens, et que l'intérêt de tous soit pris en compte équitablement durant la discussion. Ce postulat n'est pas à l'abri de la critique, car si la légitimité des normes repose sur le consentement des citoyens, comment contester la légitimité d'une loi qui a été adoptée dans les formes démocratiques et résultant d'un vote majoritaire sans remettre en cause en même temps les principes démocratiques ? On peut également relever le caractère largement fictif du consentement à la loi. Compte tenu de la crise du gouvernement représentatif et de l'absence de participation effective des citoyens à la confection de la loi, ce consentement semble tout à fait illusoire.

Dans sa *Théorie de la justice*[27], John RAWLS reconnaît que le gouvernement par la majorité est sans doute le meilleur moyen pour assurer une législation juste, mais il convient de distinguer la légitimité et la justice : les décisions et les lois sont légitimes dans une démocratie parce qu'elles sont promulguées en accord avec une procédure légitime et acceptée, mais la légitimité admet une certaine marge d'injustice. Et c'est parce que cette marge existe que se pose la question de savoir à partir de quel moment le droit

[22] N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, préf. R. GUASTINI, Bruylant-LGDJ, 1998, p. 24.
[23] S. CHASSAGNARD-PINET, La désobéissance civile face à la normativité du droit, *in* D. HIEZ et B. VILLABA (dir.), *La désobéissance civile - Approche politique et juridique*, Presses universitaire du Septentrion, 2008, p. 56.
[24] P.-A. PERROUTY, *Légitimité du droit et désobéissance*, *op.cit*., p. 60.
[25] D. ROUSSEAU, « Penser le droit avec Habermas ? », *RDP*, n° 6, 2007, p. 1476.
[26] J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, 1997, p. 97 et *seq*.
[27] J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Seuil, 1987, rééd. Points Essais, 2009.

de défendre ses libertés et le devoir de lutter contre l'injustice l'emportent sur le droit d'obéir aux lois promulguées par une majorité[28]. Pour être légitime et incontestable, il ne suffit donc pas que la loi ait été adoptée selon les formes prescrites par la Constitution, encore faut-il que son contenu soit conforme à des principes et des valeurs faisant l'objet d'un consensus[29].

Ce qui laisse une place à la contestation de la loi au nom de ces valeurs et principes communs, d'autant plus que ces valeurs et principes peuvent évoluer dans le temps et ne plus être en accord avec la loi. Cela ne résout pourtant pas la question de la légitimité du droit, car à supposer que ces principes fassent l'objet d'un consensus, ils sont en général suffisamment vagues pour donner lieu à des interprétations différentes, voire même opposées. Invoquer ces principes supérieurs contre la loi de la majorité, n'est-ce pas tout simplement faire prévaloir sa propre interprétation de ces principes sur celle de la majorité, et donc sa propre subjectivité? Il se peut que ces valeurs et principes communs aient été inscrits dans les textes constitutionnels ou dans des conventions internationales, ce qui fournit un fondement solide à la contestation.

Mais même inscrits dans un texte, ces principes n'échappent pas à l'interprétation du juge. En cas de conflit, c'est au juge qu'il revient de donner l'interprétation adéquate à ces principes. À partir du moment où existe un contrôle de constitutionnalité des lois permettant de vérifier que celles-ci n'ont pas violé les principes constitutionnels, qu'est-ce qui peut encore autoriser un individu ou un groupe à déclarer injuste la loi adoptée par les représentants du peuple et dont la conformité à la Constitution a été reconnue ? C'est sur cette interrogation qu'achoppent les tentatives de légitimation des mouvements refusant l'obéissance au droit, plus précisément à la loi. Tout un courant de pensée, celui de la désobéissance civile, s'est intéressé aux raisons qui peuvent justifier de refuser de se plier à certaines règles du droit positif considérées comme illégitimes.

II. LA CONTESTATION A LA PERIPHERIE DU DROIT

Les mouvements de désobéissance civile sont presque toujours liés à l'affirmation d'un droit : droit à l'avortement ou droit à la vie, droit à un environnement sain, droit au logement, etc. Si les désobéissants se placent sur le terrain du droit, c'est bien parce que le but principal de la désobéissance consiste à modifier le droit existant. De par son objectif, ce mode de contestation occupe une place particulière parmi les cas de désobéissance à la loi (**A**). La plupart des théoriciens de la désobéissance civile se sont pourtant attachés à démontrer que la désobéissance peut être analysée comme un élément de la vie démocratique et un facteur d'évolution du droit (**B**).

A. Le droit confronté à la désobéissance

Obéir apparaît toujours comme une nécessité pour les tenants du pouvoir qui présentent l'obéissance comme une règle sociale indispensable à la cohésion de la société[30]. L'idée de désobéir remonte pourtant au fond des âges, d'aussi loin qu'il y a eu des chefs et des sujets. On attribue traditionnellement à Étienne DE LA BOETIE, dans son *Discours de la servitude volontaire*, les fondements d'une réflexion sur les caractéristiques et les raisons de l'acte d'obéissance. D'autres auteurs classiques avant lui, et notamment SOPHOCLE, dans *Antigone*, ont mis en lumière la nécessité d'une remise en cause des lois injustes qui contrediraient des principes supérieurs.

[28] *Ibid.,* p. 392.
[29] D. LOCHAK, « Désobéir à la loi », in *Pouvoir et Liberté. Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 202.
[30] J. BOVE, G. LUNEAU, *Pour la désobéissance civique*, La découverte, 2004, p. 50.

L'expression « désobéissance civile », dans son acception moderne, a été introduite dans le vocabulaire politique par Henry David THOREAU en 1849. Pour protester contre la guerre qui opposait les États-Unis au Mexique et la politique esclavagiste pratiquée par les États du Sud, il a refusé de payer ses impôts. Après avoir passé une nuit en prison, il théorise son action, et invite, dans un pamphlet « *On the Duty of civil disobedience* » traduit en français sous le titre désobéissance civile[31], à la désobéissance face aux lois injustes.

Les différents mouvements de désobéissance civile continuent depuis lors à se réclamer de son inspiration à commencer par GHANDI qui lance un mouvement d'action non-violente contre les britanniques[32]. Martin Luther KING prône également le recours à la désobéissance civile pour dénoncer les lois américaines ségrégationnistes. Les actes de désobéissance civile, longtemps restés étrangers aux pratiques françaises, vont apparaître en France dans la seconde moitié du XXe siècle. On peut mentionner à titre d'exemple, le manifeste sur le droit à l'insoumission de 1960 par lequel 121 personnalités expriment leur soutien aux hommes qui refusent de combattre en Algérie. Ce sont également en 1971, les 343 femmes qui déclarent avoir avorté en violation de la loi qui réprimait alors l'IVG. Ce sont aussi, après 1975, les commandos anti-IVG qui, au nom du droit à la vie, s'opposent à la pratique d'avortements désormais légaux[33]. Depuis la découverte de ce mode d'action, ces actes n'ont cessé de se multiplier.

La résistance à la loi est certes un thème aussi vieux que la pensée politique depuis qu'Antigone s'est opposée à Créon, mais tous ces mouvements se suivent sans pourtant se ressembler. Dans les sociétés contemporaines, la notion de désobéissance civile est certes souvent mise en avant par les contestataires, mais en réalité tous les modes de contestation des normes juridiques ne relèvent pas de cette catégorie. Il est donc nécessaire de préciser les caractéristiques de la véritable désobéissance civile.

Dans la *Théorie de la justice*, John RAWLS a dégagé les éléments constitutifs de la désobéissance civile en élaborant la définition suivante qui recueille un large consensus. Il s'agit d'un « *acte public, non violent, décidé en conscience, mais politique, contraire à la loi et accompli le plus souvent pour amener à un changement dans la loi ou bien dans la politique du gouvernement* »[34]. Cette définition a le mérite d'insister sur les caractéristiques fondamentales de ce mode d'action.

L'acte de désobéissance serait ainsi tout d'abord un acte public et collectif qui vise à dénoncer une loi considérée comme injuste et à obtenir sa révision. Son caractère public permet de le distinguer d'une autre forme majeure de contestation de la norme juridique : l'objection de conscience. Comme le relève Hannah ARENDT[35], l'objection de conscience, qui est souvent confondue avec la désobéissance civile, résulte d'une démarche personnelle, fondée sur la conscience individuelle de l'objecteur alors que la désobéissance civile suppose un mouvement collectif d'opposition à la loi. En d'autres termes, l'objecteur de conscience peut s'estimer satisfait si on lui permet, à lui personnellement, par une exception à la loi commune, d'agir sans avoir à aller à l'encontre de ses convictions. Le désobéissant, lui, ne peut se satisfaire d'une exception individuelle tant que la loi contestée reste inchangée, il cherche à initier un mouvement de protestation. La législation prévoit d'ailleurs la possibilité de faire valoir cette objection de conscience dans certains domaines : citoyens appelés à porter les armes, les médecins appelés à pratiquer des avortements[36] ou, plus récemment, les maires qui ont invoqué en vain l'objection de conscience pour

[31] H.-D. THOREAU, *La désobéissance civile*, Paris, Mille-et-une-nuits, 1997.
[32] C. MELLON, « Émergence de la question de la désobéissance civile », in *La désobéissance civile - Approches politique et juridique*, *op.cit*. p. 37 et *seq*.
[33] O. DHAVERNAS, « Entrave à l'interruption volontaire de grossesse », *RSC*, 1997, p. 821.
[34] J. RAWLS, *op.cit*., p. 405.
[35] H. ARENDT, *Du mensonge à la violence*, Calman-Lévy, 1972, rééd. Pocket-Agora, p. 58 ; J. RAWLS, *op.cit*., p. 408.
[36] Art. L. 2212-8 du *Code de la santé publique*.

refuser de célébrer les mariages entre personnes de même sexe[37]. Si la loi autorise la désobéissance, c'est qu'il ne s'agit plus de désobéissance mais d'une simple exception légale.

Le désobéissant serait ensuite celui qui commet une infraction de manière consciente et intentionnelle et qui est prêt à assumer la sanction à laquelle il s'expose. Il œuvre pour « défendre des causes justes » et « rétablir la justice »[38], ce qui permet de le distinguer du délinquant de droit commun, même si la distinction peut parfois être juridiquement délicate[39]. Les désobéissants n'ont pas l'intention de renoncer à leur action, même s'ils prennent le risque d'être condamnés par les tribunaux. Depuis l'arrêt *Boissin* rendu en 1817[40], la Cour de cassation n'a jamais admis le principe de la résistance légale et la résistance aux ordres des autorités publiques, même manifestement illégaux, constituent une rébellion en vertu de l'article 433-6 du *Code pénal*[41]. Les procès sont d'ailleurs l'occasion pour les désobéissants de faire entendre publiquement leurs revendications et de produire des arguments favorables à leur cause tout en invoquant les exceptions à la loi pour leur défense, telles que l'état de nécessité[42].

Enfin, l'action de désobéissance menée est, en principe, non-violente, même si ce critère ne fait pas l'unanimité parmi les auteurs. Pour RAWLS, la désobéissance civile est non violente parce qu'elle exprime une « *désobéissance à la loi dans le cadre de la fidélité à la loi, bien qu'elle se situe à sa limite extérieure* »[43]. Le désobéissant enfreint certes la loi, mais la fidélité à la loi est illustrée par l'acceptation des conséquences légales de sa conduite. La désobéissance civile, selon cet auteur, ne saurait ainsi s'exercer que dans le cadre général d'un respect pour l'autorité établie et ne vise donc pas à susciter des changements radicaux. Cette caractéristique fondamentale permet de distinguer la désobéissance civile des mouvements révolutionnaires qui tendent à contester les fondements même du système politique en place et non à le faire évoluer. La non-violence ne semble pourtant pas être si déterminante pour d'autres auteurs. Ainsi, pour Hannah ARENDT, la distinction entre le révolutionnaire et le désobéissant n'est pas aussi aisée à établir. Sans admettre que la désobéissance civile puisse inclure la lutte armée, elle relève que le désobéissant, comme le révolutionnaire, peut souhaiter lui aussi des changements radicaux sans avoir à respecter le cadre de l'autorité établie. C'est par exemple le cas de GANDHI, dont l'action est souvent citée en modèle de la non-violence : il est difficile de soutenir qu'il respectait le cadre légal constitué à l'époque par la domination coloniale britannique[44]. Enfermer dès lors la désobéissance civile dans le respect du cadre légal établi semble discutable. Il est certain que la non-violence est toujours préférable, mais il peut être excessif de vouloir exclure toute forme de violence à la désobéissance[45].

La désobéissance civile se situerait ainsi entre la protestation légale et le déclenchement d'un procès, d'une part, et l'objection de conscience et les autres formes de résistance, d'autre part[46]. Parmi les différentes méthodes d'expression d'un rejet de la norme juridique, la désobéissance civile est celle qui

---

[37] F. DIEU, « Opposition des officiers d'état civil au mariage entre personnes de même sexe : vers la reconnaissance de l'objection de conscience ? », D. 2013, p. 1643 ; Cons. const., 18 octobre 2013, n° 2013-353 QPC, Dr. fam., 2013, n° 12, p. 14, obs. J.-R. BINET ; RJPF, 2013, n° 12, p. 12, obs. E. PUTMAN.
[38] R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « La désobéissance civile : une source du droit ? », *RTDciv.*, 2005, p. 73.
[39] H. ARENDT, *op.cit*., p.75.
[40] Cass., 13 mars 1817, S. 1817, I, 188, note Sirey.
[41] L'article 433-6 du *Code pénal* dispose que : « Constitue une rébellion le fait d'opposer une résistance violente à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public agissant, dans l'exercice de ses fonctions, pour l'exécution des lois, des ordres de l'autorité publique, des décisions ou mandats de justice ».
[42] V. par exemple : T. corr. Orléans, 9 décembre 2005, n° 2345/S3/2005, *Société Monsanto*, D. 2006, p. 814, note J.-F. FELDMAN - Décision infirmée par la CA Orléans, 27 juin 2006, Rev. jur. Env., 2007, p. 53, obs. S. MONTEILLET ; RD rur. 2006, comm. 358. Refus de reconnaître l'état de nécessité : Cass. crim., 7 février 2007, n° 06-80.108, D. 2007, p. 1310, note J.-F. FELDMAN ; Cass. crim., 31 mai 2007, n° 06-86.628, Rev. jur. Env., 2008, n° 4, p. 509, obs. V. JAWORSKI ; Cass. crim., 3 mai 2011, n° 10-81.529, Rev. jur. Env., 2012, n° 1, p. 195, obs. V. JAWORSKI.
[43] J. RAWLS, *op.cit.,* p. 407.
[44] H. ARENDT, *op.cit*., p. 78.
[45] P.-A. PERROUTY, *Légitimité du droit et désobéissance*, *op.cit*., p. 73.
[46] J. RAWLS, *op.cit.,* p. 407.

affronte le plus directement la force contraignante de la loi tout en lui restant fidèle. D'abord, en raison de la motivation de la contestation puisqu'il s'agit de dénoncer le contenu d'une loi par une action collective. Ensuite, en raison de son objectif qui est d'écarter une loi considérée comme injuste et permettre l'émergence d'une loi juste. L'objectif paraît louable mais comment justifier une telle évolution dans un système démocratique ?

B. L'évolution du droit sous l'effet de la désobéissance

Victor HUGO disait avec regret que : « *La loi ignore presque le droit. Il y a d'un côté la pénalité, de l'autre l'humanité [...], il se passera du temps encore avant que la justice des hommes ait fait sa jonction avec la justice* »[47]. La même idée est exprimée par Henry David THOREAU qui considérait que « *le respect de la loi vient après celui du droit »*[48].

Cette distinction entre droit et loi, connue des juristes, correspond également à l'appréhension que se font les désobéissants de la valeur du droit. Que l'on se place du côté des jusnaturalistes ou des juspositivistes, la loi n'apparaît que comme une partie du droit[49]. Dans sa dimension formelle, la loi établit des dispositions présentant un caractère général, abstrait et permanent, tandis que le droit renvoie à une notion plus vaste regroupant l'ensemble des règles de conduite socialement édictées et sanctionnées s'imposant aux membres d'une société[50]. Il est dès lors parfaitement concevable qu'une disposition particulière entre en contradiction avec le droit, le juge chargé de trancher le litige pourra statuer sur cette contradiction[51].

La justification de la désobéissance civile serait donc à trouver dans un référentiel surplombant la loi. Il s'agirait de défendre les valeurs immuables et les principes intangibles du droit, contredits par une législation de circonstance. Car au nom de quoi peut-on dire qu'une loi est injuste, sinon en se référant à la subjectivité de sa propre conscience, en encore à des valeurs, c'est-à-dire à une forme de droit supérieur aux lois positives ?

Léon DUGUIT relevait dans son traité de droit constitutionnel[52] que : « *La loi n'est point, parce qu'elle est loi, vérité absolue. Demander à tous l'obéissance passive à la loi, c'est vouloir faire un peuple d'esclaves. L'obéissance à la loi est une nécessité sociale, mais chacun est libre d'apprécier la valeur d'une loi et de faire tout ce qu'il pourra, sans recourir à la violence, pour se soustraire à l'application d'une loi qu'il considère comme contraire au droit »*. Tout individu pourrait ainsi s'ériger en juge de la pertinence du contenu de la loi et refuser de s'y soumettre en raison d'une non-conformité de la loi au droit.

La justification de la désobéissance civile est au demeurant souvent à rechercher hors du système juridique. Des préceptes religieux sont parfois invoqués pour légitimer la transgression de la norme juridique à l'image d'Antigone qui, pour contester le décret de Créon, en appelle aux lois non écrites et intemporelles des dieux. Le droit naturel est, lui aussi, invoqué pour apporter une justification à la transgression de la loi. La conception traditionnelle du droit naturel considéré comme abstrait, immuable et universel a cependant évolué pour laisser place à un droit naturel contingent et variant selon les époques et les lieux. Par ailleurs, la référence au droit naturel peut être dangereuse, car chacun interprète

[47] V. HUGO, *L'Homme qui rit*, Gallimard, rééd. Folio, 2002, p. 506.
[48] H.-D. THOREAU, *op.cit.*, p. 12.
[49] D. HIEZ, « Les conceptions du droit et de la loi dans la pensée désobéissante », in *La désobéissance civile - Approches politique et juridique*, *op.cit.*, p. 76.
[50] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10e éd., PUF, 2014, p. 373.
[51] D. HIEZ, *op.cit.*, p. 75.
[52] L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Librairie E. De Boccard, t. III, 3e éd., 1923, p. 745.

les normes du droit naturel en fonction de sa propre subjectivité. Le caractère évolutif de son contenu ne permet pas dès lors d'en faire un fondement objectif à la désobéissance civile.

Ce qui explique peut-être les raisons pour lesquelles les désobéissants invoquent plus fréquemment les droits fondamentaux. Sont ainsi invoqués le principe de la dignité humaine, le droit à la vie ou encore le droit à un environnement sain. Dans l'esprit des désobéissants, le conflit entre la loi et le droit peut se résoudre à l'intérieur du système juridique par une confrontation des normes en présence. Les procès intentés contre les désobéissants sont autant d'occasion de contester le bien-fondé de la loi en vigueur. Les partisans de la désobéissance civile s'appuient d'ailleurs sur le développement d'un ordre public à l'échelle européenne qui renforce les obligations des États, notamment au regard des droits de la personne. Les désobéissants invoquent en effet des interprétations plausibles de dispositions constitutionnelles et des droits fondamentaux, même si elles ne sont pas retenues par les juges[53]. Le caractère abstrait des droits fondamentaux et leur développement ainsi que l'inflation des droits subjectifs contribuent très certainement à conférer un caractère plausible aux revendications exprimées par les désobéissants[54].

Selon le philosophe du droit Ronald DWORKIN, le droit de désobéir à la loi n'est pas un droit fondé sur la conscience, qui s'ajouterait aux autres droits contre le gouvernement. Il s'agirait d'un aspect des droits fondamentaux contre le gouvernement et il ne peut être nié en principe, sans que soit niée l'existence de tels droits[55]. Autrement dit, la désobéissance civile deviendrait le garde-fou des droits fondamentaux dans les sociétés démocratiques. Son acceptation dans les sociétés démocratiques reposerait dès lors sur les motifs à l'origine de la désobéissance. Il distingue à cet effet la désobéissance civile motivée par des raisons d'intégrité (« *integrity-based disobedience* »), qui intervient lorsque le gouvernement impose à un individu de choisir entre sa conscience et la règle de droit ; la désobéissance en réaction à une injustice commise envers l'ensemble de la société (« *justice-based disobedience* »), et enfin, la désobéissance justifiée par des raisons pragmatiques (« *policy-based disobedience* ») qui survient seulement en opposition aux politiques gouvernementales. Ce dernier cas étant le plus problématique, car la désobéissance peut empêcher la réalisation de politiques décidées par l'État dans l'intérêt général[56]. Une telle classification peut sembler séduisante, mais elle est difficile à mettre en œuvre, car elle suppose de sonder les intentions profondes des désobéissants.

Ce faisant, même si l'on admet que les destinataires de la loi puissent procéder à une appréciation de la légitimité de la norme juridique, faut-il pour autant admettre que le constat du caractère inique de la loi puisse légitimer sa transgression. En d'autres termes, le caractère injuste de la loi justifie-t-il la désobéissance civile ? Autoriser les citoyens à s'organiser pour faire changer une loi, par d'autres moyens que ceux qui sont prévus par la Constitution et les institutions, pourrait incontestablement conduire à affaiblir les régimes démocratiques. La désobéissance apparaît alors comme un dysfonctionnement des mécanismes démocratiques, et dans le pire des cas, comme un acte de rébellion contre le pouvoir et ses institutions.

La plupart des théoriciens américains de la désobéissance civile se sont pourtant attachés à réfuter cette objection en démontrant que la désobéissance civile pourrait au contraire être analysée comme un élément de la vie démocratique, voire un facteur de renforcement de la démocratie[57]. La désobéissance civile permet en effet de renouveler le discours sur la légalité en déniant aux autorités institutionnelles le

[53] S. TURENNE, *Le juge face à la désobéissance civile en droits américains et français comparés*, LGDJ, Bibl. dr. privé, Tome, 479, 2007, p. 50.
[54] *Ibid.*, p. 72.
[55] R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995, p. 289.
[56] D. DWORKIN, *Une question de principe*, PUF, 1996, p. 137 et *seq.*
[57] D. LOCHAK, *Désobéir à la loi*, *op.cit.*, p. 207.

monopole du droit[58]. Pour John RAWLS, il est possible de reconnaître à des citoyens le droit, au sens moral du terme, de ne pas respecter une loi dans le seul cas où les autorités publiques prennent des décisions portant gravement atteinte aux libertés individuelles et qu'aucun moyen légal pour tenter de remédier à la situation n'a été suivi d'effet. La désobéissance civile serait donc à manier à titre d'arme principalement « défensive » : elle doit défendre les droits contre un excès de pouvoir des gouvernants qui est toujours possible dans un régime démocratique[59]. Encore faut-il qu'il s'agisse d'atteintes graves, car RAWLS estime qu'il vaut mieux obéir à des lois injustes quand cette injustice reste limitée. La désobéissance civile doit dès lors intervenir seulement en dernier recours afin d'empêcher les manquements graves vis-à-vis de la justice.

La réflexion d'Hannah ARENDT est quelque peu différente. Elle considère que reconnaître à la désobéissance civile une utilité purement défensive, ce serait méconnaître son rôle politique positif qui est de faire progresser la démocratie[60].

La désobéissance civile serait même essentielle, selon elle, dans des sociétés qui évoluent rapidement, pour favoriser l'adaptation des lois et institutions aux évolutions sociales. Elle donne l'exemple de la grève, qui constituait hier une désobéissance à la loi, et qui est aujourd'hui légale. Elle s'efforce cependant de démontrer que la désobéissance s'inscrit parfaitement dans l'esprit de la Constitution américaine. Elle estime que la notion de consentement est « *à la base même du système de gouvernement américain et de l'esprit des lois »*[61], ce qui suppose la possibilité d'exprimer son désaccord. Elle préconise donc que l'on reconnaisse à la désobéissance civile un rôle proprement politique, analogue à celui que jouent les groupes de pression[62].

La désobéissance civile ne peut pourtant prétendre à la légalisation ou à la reconnaissance d'un nouveau « droit à », car l'illégalité est constitutive de ce mode d'action. La transgression, même non violente, de la loi demeure très certainement un acte grave, rien qu'en raison du risque de voir une minorité imposer son point de vue à la majorité. Cependant, il n'est plus possible de s'en tenir à une simple répression des désobéissants. C'est par la réflexion que suscite la transgression que l'on est amené à examiner le bien-fondé d'une loi. Loin d'être dangereuse pour la démocratie, la désobéissance civile peut contribuer à la nourrir et à la maintenir en vie. Désobéir à la loi ne doit peut-être pas être perçu comme un mode de contestation « hors la loi », mais à la périphérie du droit.

[58] S. TURENNE, *op.cit.*, p. 311.
[59] J. RAWLS, *op.cit.,* p. 411 et *seq*.
[60] H. ARENDT, *op.cit*., p. 84.
[61] *Ibid.,* p. 90.
[62] *Ibid.*, p. 102.

La Revue
" A qui profite le droit ? "
Numéro 11 - Juin 2017

I - Réquisitoire contre le droit : « Le droit profite d'abord aux initiés ! »

Premier grief : La norme au service des prescripteurs du droit ?

LE LEGISLATEUR SOUS L'INFLUENCE DU LOBBYING ?

*Grégory **HOUILLON**,*
Maître de conférences en droit public, Université de Poitiers

Si le lobbying ne bouleverse pas la nature de la loi ou de l'acte administratif, on ne peut plus affirmer aujourd'hui en doctrine que sa pratique, toujours plus accélérée, n'a aucune incidence sur l'élaboration et le contenu du droit.

Avant de se demander si les lobbies ont une influence normative ou non, une définition du lobbying – pratique analysée que très récemment sous l'angle du droit public[63] – s'impose. L'exercice du lobbying regroupe un ensemble de pratiques très variables mises en œuvre par des organismes très divers (comme ont pu le montrer les précédentes contributions sociologiques), qu'il est possible de synthétiser sous la définition – juridique – suivante : le lobbying consiste en une action d'influence motivée par un intérêt particulier, catégoriel, fractionnel, qui s'exerce sur un auteur ou auprès d'un organe producteur de norme juridique impérative. La pratique vise à obtenir de la part de l'auteur de l'acte la production d'un effet ou son inertie sur l'ordonnancement juridique, dans le sens de l'intérêt défendu par le lobbyiste. Il consiste donc pour le lobbyiste à solliciter au bénéfice d'un intérêt particulier la protection de la souveraineté étatique ou de la puissance publique[64].

[63] M. L. BASILIEN-GAINCHE, « Le lobbying européen : bénéfices et préjudices du fonctionnalisme dans l'optique communautaire », *RDP*, 2004, n° 3, p. 755 ; O. DUFOUR, « Faut-il réglementer le lobbying en France », *LPA*, 5 mai 2008, n° 90, p. 3 ; J. LAPOUSTERLE, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes. Illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, Dalloz, Nouvelle bibl. des thèses, vol. 88, 2009, 412 p. ; M. MEKKI, « L'influence normative des groupes de pression : force vive ou force subversive ? », *JCP G*, 2009, n° 44, p. 47 ; M. MEKKI, « La force normative des groupes d'intérêts : entre ombre et lumière », *in* C. THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruylant-LGDJ, 2009, p. 233 ; M. L. BASILIEN-GAINCHE, « Le Parlement européen face au lobbying », *LPA*, 11 juin 2009, n° 116, p. 81 ; ainsi que « Réflexions sur les outils juridiques de la transparence politique : une évaluation de l'Initiative européenne en matière de transparence », *in* P. MBONGO (dir.), *Le phénomène bureaucratique européen – l'intégration européenne à l'épreuve de la technophobie*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 57-66 ; D. CHABANET, « Les enjeux de la codification des groupes d'intérêts au sein de l'UE », *RFSP*, 2009, vol. 59, p. 997 ; M. L. BASILIEN-GAINCHE, « La régulation des stratégies politiques des acteurs économiques : comment promouvoir un lobbying responsable ? », *RAE*, n° 3, 2009-2010, pp. 535-554 ; F. FAGES, F. ROUVILLOIS, « Lobbying : la nouvelle donne constitutionnelle », D. 2010, n° 5, p. 277 ; M. L. BASILIEN-GAINCHE, « Comment encadrer le lobbying ? Régulation ou réglementation », J.-P. NIOCHE et M. ATTARÇA (dir.), *Les stratégies politiques des entreprises*, Presses de Science Po, 2011 ; A. VIDAL-NAQUET, « L'institutionnalisation du lobbying » *in* P. DE MONTALIVET, (ss. Dir.), *Gouvernance et participation*, Bruylant, 2011 ; M. MEKKI, (dir.), *La force et l'influence normative des groupes d'intérêts. Identification, utilité et encadrement*, Ed. Gazette du Palais, 2011, 220 p. ; G. HOUILLON, « Corruption and conflicts of interests in the perspective of lobbying », *in* J.B. AUBY (dir.) *Travaux de la chaire « Mutations de l'action et du droit public »*, Sciences Po, 2012. V. aussi en droit communautaire : J. RIDEAU, « Les groupes d'intérêts dans le système décisionnel communautaire », RAE 1993, n° 3, p. 49 ; M. PETITE, « Les lobbies européens », *Pouvoirs*, n° 48, 1989, p. 95 ; S. POILLOT-PERUZZETTO, « Le lobbying des entreprises françaises auprès des institutions communautaires », *AFRI*, 2001, vol. 2, p. 393 ; M. M. VLAICU, « Accessibilité du droit et réglementation du lobbying : l'influence du système des Etats-Unis sur l'Union européenne », *Jurisdoctoria*, 2008, n° 1, p. 143 ; J. L. CLERGERIE, « L'influence du lobbying sur les institutions communautaires », Mél. G. Vandersanden, Bruylant, 2008, p. 89.
[64] Pour un développement de cette définition : G. HOUILLON, *Le lobbying en droit public*, Bruylant-Larcier, coll. administrative law, 2012, p. 11 s.

Au sens juridique, le lobbying ne lie pas, n'engage pas : il ne peut que suggérer, proposer, sinon il empruntera alors les qualifications d'instruction impérative, voire de corruption. Toutefois, en proposant ou suggérant un intérêt, un sens désiré, une orientation à l'intervention de la puissance publique, en recherchant à convaincre, le lobbying introduit dans l'élaboration du droit une forme de négociation[65]. Tout lobbying est donc une proposition de négociations qui pourrait alors ressembler dans les faits à l'« *invitation à entrer en pourparlers* »[66] que connaît le droit civil. Influencer l'auteur d'un acte afin que son contenu prenne en compte des intérêts implique initialement une divergence d'intérêts, et, par voie de conséquence, une confrontation, un dialogue entre deux (ou plusieurs) intérêts. Un intérêt fractionnel, distinct de celui recherché par l'auteur de l'acte (administration ou législateur) qui représente l'intérêt général déterminé par l'État, recherche à l'infléchir, à obtenir de ceux qui en ont la charge, une concession au profit d'un autre intérêt. En somme le lobbying recherche l'obtention d'une concession de la part de la puissance publique ou de la souveraineté dans le contenu d'un texte – fût-ce au prix de concessions réciproquement consenties. Dialogue, confrontation, recherche de concessions réciproques amènent à penser que tout lobbying, dès lors qu'il est écouté, et sans nécessairement être pris en compte, engendre une négociation.

Malgré une timide[67] et récente[68] tentative de réglementation de sa seule « phase parlementaire », le lobbying demeure encore en grande partie *informel* en droit français, à la différence du droit communautaire qui le reconnaît comme un mode normal de collaboration à la production législative[69] et l'incite largement[70]. Le problème du lobbying en droit français est qu'il représente en réalité un saut dans « *l'innégociable* »[71], ou le droit ne permet pas de négocier. En tant qu'incitation à négocier le contenu de la loi ou de l'acte administratif, le lobbying apparaît en l'état actuel du droit français comme une influence néfaste. Si le droit est essentiellement « *une politique qui a réussi* »[72], le but d'intérêt général[73] qu'il doit nécessairement poursuivre diverge de l'intérêt particulier poursuivi par le lobbying. D'autant que si l'expertise, l'information proposée par le lobbying est partiale et intéressée, elle s'adresse à des pouvoirs publics qui recherchent l'impartialité[74].

Le lobbying s'oppose *a priori* aux principes fondamentaux du droit français. D'abord la loi qui est traditionnellement « *l'expression de la volonté générale* »[75] et qui exclurait donc toute revendication particulière. Le principe de la souveraineté nationale implique, aux termes de l'article 3 de la Constitution qu'« *aucune section du peuple ne* [puisse] s'[…] *attribuer l'exercice* » de la souveraineté en dehors des représentants. Et que sont les lobbies sinon une « *section* » du peuple ? Ensuite, les règlements des

---

[65] G. HOUILLON, « Lobbying et progression du droit négocié » *in* F. ROUVILLOIS, M. DEGOFFE (dir.), *La privatisation de l'Etat*, Ed. du CNRS, 2013, pp. 165-194.
[66] J. CARBONNIER, *Théorie des obligations*, PUF, Thémis, 1ère éd., 1963, n° 100, p. 103.
[67] G. BERGOUGNOUS, « La prévention des conflits d'intérêts au sein des assemblées : soft Law et droit parlementaire », *Constitutions*, 2011, n° 2, p. 188-190 ; Décision du Bureau de l'Assemblée nationale du 6 avril 2011, *relative au respect du Code de déontologie des députés*, art. 1er. V. de ce point de vue la proposition récente de le renforcer : C. SIRUGUE, *Rapport du groupe de travail sur les lobbies à l'Assemblée nationale*, Ass. Nat., 27 février 2013.
[68] Art. 26 III, B de l'Instruction générale du Bureau de l'Assemblée ; Arrêté de Questure n° 2010-1258 du 1er décembre 2010 définissant les droits d'accès au Palais du Luxembourg des représentants des groupes d'intérêt.
[69] Règlement du Parlement européen, Annexe IX.
[70] Art. 11 du Traité sur l'UE ; V. aussi : Décision du Parlement européen du 11 mai 2011 sur la conclusion d'un accord interinstitutionnel entre le Parlement européen et la Commission sur un registre de transparence commun (2010/2291(ACI)).
[71] P. DABEZIES, « Réflexions sur l'innégociable », in *Pouvoirs*, 1980, n° 15, *La négociation*, p. 91.
[72] E. GIRAULT, cité par J. GICQUEL, J. E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, 20e éd., 2005, p. 20. L'auteur reprend aussi la formule de P. Avril selon laquelle, comme les organes habilités à poser des règles sont l'expression de la volonté majoritaire, « *la politique crée le droit* ».
[73] D. LINOTTE, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, Thèse dact., Bordeaux I, 1971 ; J. CHEVALLIER, « L'intérêt général dans l'administration française », RISA 1975, p. 327 ; D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, LGDJ, 1977 ; G. VEDEL, P. DELVOLVE, *Droit administratif*, t. 1, 12e éd., 1992, PUF, Thémis, p. 517 s.
[74] G. HOUILLON, « Corruption et conflits d'intérêts : le lobbying en perspective », *RRJ*, 2012, n° 1, p. 35.
[75] Art. 6 de la Déclaration de 1789.

assemblées interdisent la constitution de « *groupements d'intérêt particulier* » en leurs seins[76]. Enfin, la « *pression* » exercée par la voie du lobbying est enfin rapprochée par les pouvoirs publics de la qualification pénale de trafic d'influence[77]. Ces considérations empêchent ainsi le droit français de reconnaître la pratique du lobbying telle qu'exercée devant l'ensemble des pouvoirs publics et non seulement devant les chambres parlementaires. La négociation qu'il peut entraîner semble s'opposer en effet tant au principe représentatif dans l'hypothèse d'un lobbying législatif, qu'à l'unilatéralisme dans l'hypothèse d'un lobbying administratif.

Pourtant, dans les faits, la pratique s'accroît auprès des organes publics producteurs de droit, qu'il s'agisse de l'administration, de l'exécutif, ou des assemblées. C'est de ce point de vue qu'il faut indéniablement constater *l'influence* que produit le lobbying sur le contenu des règles, qui devient, en conséquence, une influence que l'on peut qualifier de *normative*. *Influence* normative certes, mais n'allant pas jusqu'à une *force* normative car le lobbying vise seulement à convaincre et ne peut en aucun cas contraindre. Seul le droit le lui permet et le lobbying demeure factuel.

La négociation qu'apporte le lobbying constitue la principale explication de la croissance de son exercice auprès du législateur comme du pouvoir réglementaire. Cette négociation permet non seulement au lobbyiste de faire entendre son intérêt, mais aussi d'informer l'auteur de l'acte sans l'engager. En favorisant un droit au contenu toujours plus négocié, prenant en compte le destinataire de la règle de droit, le lobbying remplit deux fonctions : la première est celle de conseil auprès des pouvoirs publics, la seconde est celle de garantir le consentement du destinataire à l'application. Un droit mieux compris et appliqué gagne à l'évidence en efficacité[78].

On le voit, le lobbying – entendu comme l'activité des lobbies au sens large –, produit des effets toujours plus importants sur la règle de droit et sur la nature de notre système juridique. Il n'est donc pas sans influence sur le droit, à tel point que l'on peut affirmer aujourd'hui à l'évidence que le droit ne peut plus se comprendre sans le lobbying et que le lobbying ne peut plus échapper au droit. L'influence du lobbying sur le droit est en réalité double : d'une part, comme le poursuit son objectif et par définition, le lobbying produit son influence sur le *contenu* de la règle de droit. D'autre part, il faut ensuite constater à l'analyse que cette influence normative engendre plus largement des conséquences sur les *modes de production* du droit et donc sur notre système juridique.

I. L'INFLUENCE NORMATIVE DU LOBBYING SUR LE CONTENU DU DROIT PRODUIT

L'exercice du lobbying, qui constitue une invitation – souvent d'origine privée – à négocier l'élaboration du droit, améliore également son efficacité[79]. Celle-ci s'explique par les deux fonctions que remplit le lobbying auprès des pouvoirs publics producteurs de droit : d'une part, il remplit *a priori* une fonction de conseil et d'information lorsqu'il est effectué, même informellement, durant *l'élaboration* de la règle **(A)**, d'autre part il contribue *a posteriori* à garantir davantage le consentement du destinataire de la règle *une fois la*

[76] Art. 23 et 79 du R.A.N. et art. 5 al. 6 du R. S.

[77] Service central de prévention de la corruption, Rapport d'activité pour l'année 1993/94, *Lobbying et trafic d'influence* ; Rapport d'activité pour l'année 2006, juin 2007, Ch. III, « Pour une activité plus transparente du lobbying », pp. 101-109 ; G. HOUILLON, « Corruption et conflits d'intérêts : le lobbying en perspective », *op. cit*.

[78] R. A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 6e éd., New York, Aspen Publishers, 2003, spé. pp. 11-14; E. ZOLLER, *Introduction au droit public*, Précis Dalloz, 1ère éd., 2006, n° 172, p. 168 s. ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2e éd. (1934), trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962, pp. 281-289; H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, (1944), intr. A J. TREVIÑO, Libr. of Congress, Transaction Publishers, 2005, spé. p. 39 ; H. KELSEN, *Théorie générale des normes* (1979), trad. O. Beaud et F. Malkani, PUF, Léviathan, 1996, p. 4 ; J. CARBONNIER, « Les phénomènes d'incidence dans l'application des lois », in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 6e éd., LGDJ, 1988, p. 138 ; F. ROUVILLOIS, *L'efficacité des normes, réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique*, coll. Etude, Fondation pour l'innovation politique, juin 2005, p. 39 et s.

[79] G. HOUILLON, « Jean Rivero, Démocratie et Administration », *RFDA*, 2009, p. 1057 ; « Pédagogie et efficacité du droit », *in* M. HECQUARD-THERON, Ph. RAIMBAULT, (dir.), *La pédagogie au service du droit*, LGDJ – Presses de l'université Toulouse I Capitole, 2011, pp. 327-355.

décision prise **(B)**. Ces deux fonctions que revêt l'exercice d'un lobbying encadré deviennent alors des facteurs d'influence normative.

A. Une influence *a priori* par l'information de l'auteur

Le lobbying remplit indéniablement une fonction de conseil. Toute sollicitation de lobbying revient, pour un intérêt à proposer sa consultation dans le cadre de l'élaboration d'une norme. Ecouté par l'auteur de l'acte et la plupart du temps spontanément exercé, le lobbying revient, de façon informelle, à l'informer et donc conseiller. C'est de ce point de vue que l'on peut observer une certaine forme d'influence, qui, lorsqu'elle est fructueuse, verra se rencontrer le contenu de la norme et l'intérêt défendu par le lobbie, rendant alors cette influence « normative ».

Dans les faits, il existe un double besoin que le lobbying permet de combler : la société civile, d'une part, exprime le besoin de participer toujours davantage à l'élaboration des règles dont elle est destinataire immédiate ; les pouvoirs publics d'autre part, expriment le besoin de recevoir une information extérieure, que le destinataire de la règle projetée, par son caractère intéressé, est à même de produire. Toutefois l'information émanant d'un lobbie étant toujours intéressée, elle implique alors une certaine forme de transparence et de contradiction afin de permettre à l'auteur de l'acte d'en faire la synthèse utile à la détermination de l'intérêt général.

Le recours à un degré de publicité minimal n'est pas une pratique nouvelle : Outre les modalités de publicité prévues en droit américain par l'*Administrative Procedure Act*[80], et destinées à stimuler le lobbying, il existe aussi la technique du *green paper*[81] utilisée depuis 1967 en droit anglais. Cette technique est aujourd'hui systématiquement reprise en droit de l'Union européenne où tout projet de texte, dans le respect des objectifs de « *gouvernance européenne* »[82], doit faire l'objet d'une large consultation[83]. C'est cette consultation qui permet l'exercice d'un lobbying de la part de nombreux intérêts souvent contraires. Le livre vert permet de stimuler le lobbying qui fera remonter une information adaptée à l'autorité compétente. Celle-ci, mieux informée, prendra une décision plus adéquate, notamment si l'intérêt particulier qui lui est exprimé rejoint l'intérêt général qu'elle poursuit. La France peut aussi avoir recours à la technique du livre vert, mais ce recours reste encore trop rare et informel. Il permet d'organiser en certaines circonstances une véritable concertation, notamment lorsque la règle projetée intervient dans un domaine technique et complexe ou les erreurs d'interprétation sont plus nombreuses. En effet, il est arrivé au gouvernement de s'adresser à l'ensemble des acteurs du BTP lors de l'élaboration de l'ordonnance de 2004 *relative aux contrats de partenariats*[84]. Les futurs destinataires de la norme ont ainsi pu formuler leurs observations[85] sur les effets du projet auprès du gouvernement, qui en a tenu compte lors de l'élaboration du projet final, qui demeurait toutefois entre les mains de l'Etat, c'est-à-dire du gouvernement sur délégation du Parlement[86]. Le lobbying exercé à la suite de la diffusion d'un document préalable à l'élaboration d'une règle apporte une information utile permet certes une première évaluation de ses éventuels effets et conséquences concrètes, mais il permet aussi, à travers l'information

[80] *Administrative Procedure Act* (1946), Public Law n° 79-404, 11 juin 1946; codifiée: 5 U.S.C. 551 et s.
[81] D. DERO-BUGNY, « Le livre vert » de la Commission européenne », *RTDE*, vol. 41, 2005, n° 1, p. 82.
[82] Commission européenne, *Gouvernance européenne. Un livre blanc*, 25 juillet 2001, COM (2001) 428 final, pp. 12 ; 14-23 ; Communication de la Commission de 2003, *Gouvernance européenne : mieux légiférer*, COM (2002) 275 final/2 ; D. GADBIN, « Les principes de bonne gouvernance européenne », Mélanges G. Isaac, PUSS, 2004, p. 589.
[83] Art. 11 du Traité sur l'Union, préc.
[84] Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat*, JO, 17 juin 2004, p. 10994.
[85] Par exemple pour le cas de l'ordonnance n° 2004-559, préc., le projet de texte a été diffusé de façon informelle aux principaux intéressés le 1er août 2003, avec un exposé des motifs mis à jour le 20 août. Pour un exemple du contenu des contributions, V. la contribution de l'Institut pour la Gestion Déléguée (IGD) in *La lettre de l'IGD*, juillet 2003, n° 4, p. 1.
[86] Art. 38 de la Constitution.

apportée, de pouvoir indirectement influencer le contenu de la norme à produire. De plus, l'évaluation *ex ante* conduit ainsi à un « *partage de la responsabilité d'évaluer la norme entre les autorités chargées de son adoption et celles qui ont la charge de sa mise en œuvre* »[87].

Toutefois, les informations qui parviennent aux pouvoirs publics sont des informations qui, dès lors qu'elles ne proviennent pas de sources officielles, ne sont pas désintéressées. Ce caractère intéressé révèle un avantage, mais aussi un inconvénient. En effet, si l'intérêt qui guide l'information offre l'avantage de *l'adéquation*, il révèle aussi l'inconvénient de la *partialité*. Cette information qui parvient à l'administration ou au législateur est en effet loin d'être impartiale. Elle est une information orientée en fonction de l'intérêt défendu qui n'est jamais réellement l'intérêt général, dont seule la puissance publique détient le monopole en raison des principes inhérents à l'exercice de la souveraineté nationale. Toutefois, s'il n'existe pas explicitement de principe d'impartialité de l'administration[88], M. DEGOFFE a pu montrer que les principes généraux du service public, le droit pénal de la fonction publique, ainsi que les règles relatives à la responsabilité personnelle de l'agent public permettaient d'y suppléer[89]. Ainsi, le principe d'égalité devant le service public impliquant la neutralité de l'agent, il est possible de déduire une « *obligation de désintéressement* » de l'agent public[90]. C'est donc à cette administration, rendue impartiale[91] par les principes inhérents tant à la puissance publique qu'au service public, qu'il revient de faire la synthèse de ces intérêts, souvent exprimés dans le cadre d'une compétition de fait dont la démonstration peut employer des moyens très pragmatiques. L'objectif d'intérêt général qui guide l'administration ne lui interdit pas de s'informer, mais, à l'instar du législateur qui ne peut se lier en raison du principe représentatif, elle ne pourra en aucun cas être engagée. Ainsi si influence normative des groupes de pression il doit y avoir, celle-ci ne peut en aucun cas être directe sous peine de remettre en cause le système lui-même de prise de décision[92].

Toutefois, lorsque l'administration ou le législateur s'ouvre à l'expression des destinataires intéressés, la compétition qui se crée entre ces intérêts peut avoir deux vertus : la première est d'engendrer une négociation informelle dont l'auteur de l'acte reste l'arbitre impartial ; la seconde, un débat très utile à la manifestation de l'intérêt général, confirmant alors son évolution « néo-moderne » tirant parti des intérêts particuliers. La mise en place d'un tel débat, notamment lorsque une réforme est très technique ou controversée, peut se révéler particulièrement salutaire car en raison de la nullité du mandat, et de l'impartialité de l'administration, il ne profitera qu'à la détermination de l'intérêt général. Ce débat permet en outre d'éviter « l'influence » ou la « pression », souvent assimilée au lobbying et amenant les pouvoirs publics à considérer le lobbying néfaste en l'état actuel du droit.

Ainsi, la généralisation de l'étude d'impact obligatoire essaie d'améliorer l'efficacité et la qualité de la loi en évitant qu'elle produise des effets non prévus par la volonté de son auteur. Or l'obligation de recourir à l'étude d'impact ainsi que son contenu, tels que prévus par la loi organique, révèlent incontestablement un besoin de pédagogie du législateur[93].

---

[87] F. ROUVILLOIS, *L'efficacité des normes, réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique*, coll. Etude, Fondation pour l'innovation politique, juin 2005, p. 51.
[88] M. DEGOFFE, « L'impartialité de la décision administrative », *RFDA*, 1998, p. 711 ; E. MITARD, « L'impartialité administrative », *AJDA*, 1999, p. 478. V. encore, pour une application procédurale : G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, LGDJ, Bibl. de droit public, t. 79, 1968, p. 419 s.
[89] M. DEGOFFE, « L'impartialité… », *op. cit*.
[90] E. PEUCHOT, *L'obligation de désintéressement des agents publics*, thèse, dact., Paris II, 1987, p. 89.
[91] F. ROUVILLOIS, « La notion d'Etat exemplaire » *in* F. Rouvillois, M. Degoffe (ss. Dir.), *La privatisation de l'Etat*, *op. cit*.
[92] Sur ce point, Voy. partie II.
[93] G. HOUILLON, « Pédagogie et efficacité du droit », *in* M. HECQUARD-THERON, Ph. RAIMBAULT, *op. cit.*

En dehors de certains textes limitativement énumérés[94], le gouvernement a en effet l'obligation d'assortir les projets qu'il dépose au Parlement d'une étude d'impact depuis la loi organique du 15 avril 2009 qui est venue appliquer les dispositions de l'article 39 de la Constitution[95]. La généralisation de telles études révèle non seulement le besoin d'insuffler davantage de pédagogie dans l'information du législateur, mais aussi plus largement des pouvoirs publics.

Toutefois c'est surtout la question des intervenants et de leur implication dans ces études préalables qui reste à poser. Il est en effet question de recourir à l'expertise de l'administration des différents ministères afin d'élaborer de telles études d'impact[96]. Or l'élaboration de ces études pourrait constituer une opportunité d'intégrer le lobbying, exercé parallèlement auprès des chambres et du gouvernement et de le reconnaître définitivement, notamment au regard de l'obligation de fournir une analyse des coûts et bénéfices, qui est la spécialité des lobbies ainsi que de l'obligation de mentionner les consultations menées avant même la saisine du Conseil d'État. C'est pourquoi de nombreux auteurs préconisent, parfois depuis longtemps, l'externalisation de l'élaboration des études d'impact[97]. En effet, quel rôle joue le lobbying en termes de pédagogie au regard d'un texte à élaborer ou en cours d'élaboration sinon un rôle similaires – quoique plus diffus, mais très souvent, même informellement, contradictoire – à ces études d'impact ? L'ouverture de l'élaboration des études d'impact au lobbying permettrait aussi de redonner de l'intérêt à de telles études en introduisant une négociation transparente et contradictoire très en amont d'un projet. Pour A. HACQUET, « *l'étude d'impact est une contrainte qui n'a de sens que si elle peut inciter le rédacteur d'un texte à renoncer à son projet. Mais, en bonne logique, comment peut-on espérer que l'initiateur du texte envisage de l'abandonner ?* »[98]. Le lobbying constitue certes une information partiale et intéressée, et peut mener aussi bien au pire qu'au meilleur, soit parce qu'il serait une incitation à déposer un projet surabondant, soit inversement parce qu'il permettrait de convaincre le gouvernement de l'inutilité du projet. Mais l'expertise extérieure d'un lobbying véritablement contradictoire peut alors contribuer à réduire ce défaut inhérent à l'étude d'impact.

Le lobbying par la sollicitation, la proposition, la suggestion remplit indéniablement une fonction d'information de l'élu, mais aussi des autres lobbies lorsque celui-ci est exercé contradictoirement. C'est en somme une proposition de collaboration à l'élaboration du texte, comme a pu très tôt le montrer F. ROUVILLOIS[99]. Lorsque plusieurs intérêts opposés sont exprimés et écoutés par la puissance publique, la situation se rapproche donc nettement de la concertation. Y prendre part revient aussi pour la société civile intéressée, à se tenir informée de l'évolution du contenu du texte. En effet, c'est en négociant que les « parties » s'informent mutuellement. La concertation et la collaboration recèlent donc une vertu pédagogique tant pour l'auteur du texte que pour les acteurs qui sont amenés à participer à son élaboration[100]. La négociation qui peut démarrer sur la base d'une sollicitation intéressée d'un groupe lui permet à tout le moins, même si les arguments développés ne sont pas retenus par l'auteur de l'acte, de comprendre la décision. La confrontation du lobbying à la prévalence de l'intérêt général confirme la vertu explicative et pédagogique qu'il remplit aussi au profit de la société civile. Et le Conseil d'État, dans son rapport pour 2008, d'ajouter : « *reconnaître toute sa place au contrat c'est aussi permettre aux acteurs*

---

[94] C'est ainsi le cas des projets de révision constitutionnelle, de loi de finances et de financement de la sécurité sociale, de programmation prévues à l'article 34 de la Constitution, ou encore les projets de loi prorogeant un état de crise.

[95] Sous réserve des conditions posées par les considérants 12 à 18 de la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-579 DC du 9 avril 2009, *Loi organique relative à l'application des art. 34-1, 39 et 44 de la Constitution*, JO, 16 avril 2009, p. 6530.

[96] Circulaire du Premier ministre du 15 avril 2009 *relative à la mise en œuvre de la révision constitutionnelle (procédure législative)*, JO, 16 avril, p. 6546.

[97] S. BRACONNIER, « La technique de l'étude d'impact et le renouveau de l'action publique », *RDP*, 1998, n° 3, spé. p. 828 ; A. HACQUET, préc., p. 1992.

[98] *Id*.

[99] F. ROUVILLOIS, *L'efficacité des normes, réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique*, coll. Etude, Fondation pour l'innovation politique, juin 2005, p. 32.

[100] Pour le développement de cette thèse : G. Houillon, « Pédagogie et efficacité du droit », *in* M. HECQUARD-THERON, Ph. RAIMBAULT, *op. cit.*

sociaux de jouer pleinement ce rôle de veille législative et de proposition des adaptations à apporter à la loi jugée obsolète »[101]. À ce titre, la négociation notamment permise par le lobbying et son essai (ou sa tentative) d'influence, est un puissant facteur d'efficacité normative[102]. En effet, si la participation à l'élaboration constitue une première hypothèse d'influence de la société civile sur le contenu d'un texte, la garantie de l'adhésion du destinataire de la règle constitue elle aussi – *a posteriori* cette fois – une consolidation de cette influence normative.

B. L'influence *a posteriori* par la garantie de l'adhésion du destinataire

Le lobbying, en engendrant une négociation informelle avec le destinataire de la règle, garantit au stade de son application l'*adhésion* de celui-ci à la volonté exprimée par l'auteur, comme le relève explicitement Jean RIVERO[103]. Cette adhésion s'explique essentiellement par la légitimation[104] que permet la négociation permise par le lobbying. Une acceptation du lobbying par les pouvoirs publics peut apporter un surcroît de légitimité[105] à la règle de droit. Cette légitimité provient de la recherche – formelle ou non – du consentement du destinataire. Qu'il s'agisse de la loi, de moins en moins générale, ou du règlement déterminé à partir d'un intérêt général en évolution, l'expression de l'intérêt particulier confère au droit qui s'applique par les moyens de l'autorité et de la puissance, une meilleure acceptabilité. Ce droit mieux accepté permet de rapprocher les volontés individuelles de la volonté générale, de rapprocher l'intérêt du destinataire de l'intérêt général recherché par l'auteur de l'acte, déterminant quant à son efficacité.

Deux hypothèses peuvent exister lorsqu'un acte juridique a fait l'objet d'un lobbying. Soit le lobbying a été exercé, mais n'a pas été retenu par l'autorité compétente pour élaborer et édicter l'acte. Soit le lobbying a été exercé et a été entendu par l'auteur de l'acte qui a pris en compte tout ou partie de ses arguments dans le contenu de la décision.

Dans la première hypothèse, la négociation proposée par le lobbying n'a pas abouti mais le seul fait qu'il ait été écouté lui conserve une vertu explicative qui rapproche le consentement du destinataire de la volonté exprimée par l'auteur de l'acte.

Dans la seconde hypothèse, l'acte demeure *formellement* une loi ou un acte unilatéral, mais il a été en réalité *matériellement* négocié. Or, c'est bien le contenu de l'acte qui intéresse le destinataire, car ce sont les dispositions qui y figurent qui vont créer à son profit des droits ou mettre à sa charge des obligations qui serviront son intérêt.

Le besoin de participation à l'élaboration du droit, exprimé par la société civile révèle un rejet croissant de la contrainte étatique. Ce rejet est plus largement le résultat d'une « crise de la représentation » dont les solutions actuelles sont recherchées dans les théories de la démocratie délibérative[106], voire même participative[107]. L'intérêt général évolue, il se nourrit toujours davantage des intérêts particuliers. De ce point de vue, comment concevoir la légitimité d'une décision autrement qu'en les consultant ? C'est, de

[101] Rapport du Conseil d'Etat pour 2008, *EDCE*, n° 59, 2008, p. 147.
[102] F. ROUVILLOIS, *op. cit.*
[103] J. RIVERO, « A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration » in *Mélanges J. Savatier*, 1964, p. 821, spé. p. 823. V. nos développements sur cette question in *RFDA*, 2009, p. 1057.
[104] Sur cette fonction : J. RIVERO, « Consensus et légitimité », *Pouvoirs*, 1978, n° 5, p. 57 s.
[105] N. BOBBIO, « Sur le principe de légitimité », *Droits*, n° 32, 2000, p. 147 ; B. KRIEGEL, « Le principe de légitimité », in *Mélanges Terré*, PUF-Dalloz, 1999, p. 47.
[106] G. DUMONT, *La citoyenneté administrative*, *op. cit*., p. 217.
[107] F. ROBBE (dir.), *La démocratie participative*, Colloque organisé par le Centre de droit constitutionnel de l'Université Jean Moulin Lyon III, 21 octobre 2005, L'Harmattan, 2007, pp. 11-32.

même, « *la coopération et la recherche de leur adhésion* »[108] qui légitime la décision publique au regard des principes de la « bonne gouvernance »[109]. La négociation permet à l'intérêt de l'auteur de se rapprocher de celui du destinataire. Une décision à laquelle le destinataire est associé à de meilleures chances d'être appliquée dans le sens recherché par les pouvoirs publics dans le sens où, formellement ou informellement, les deux volontés ont pu se rencontrer. L'acceptation du lobbying permet alors de dépasser l'effectivité du droit pour lui conférer une réelle efficacité.

L'influence normative, en termes d'efficacité, est aisément constatable :
On peut supposer d'abord que le droit, matériellement négocié à travers une ouverture au lobbying, est d'abord moins contesté. En prenant en compte le point de vue des destinataires intéressés, il réduit singulièrement le risque contentieux, tant en ce qui concerne les demandes d'annulation que d'engagement de la responsabilité. S'il peut être compréhensible de contester ce qui nous est imposé, il est plus rare de contester ce à quoi l'on a consenti. La baisse du contentieux – elle-même génératrice d'une plus grande efficacité – peut alors représenter un facteur de stabilité juridique et de sécurité. Alors que le prétoire apparaît encore comme un mode de contestation légitime[110], un droit négocié en amont permet d'endiguer la judiciarisation[111] qui se développe en aval, perçue comme l'un de ses excès.

On peut ensuite supposer que ce droit matériellement négocié gagne en qualité. La qualité de la norme est devenue depuis 2004 une préoccupation des pouvoirs publics. La fonction de conseil remplie par le lobbying permet en d'informer les pouvoirs publics de façon plus adéquate par rapport aux besoins de la société. Cette adéquation permet ainsi l'élaboration d'un droit plus adapté à son destinataire, entretenant par voie de conséquence son consentement. En outre, la qualité du droit – facteur d'efficacité – n'est pas sans effets sur son attractivité[112].

Mais au-delà du contenu de la norme elle-même c'est plus largement sur les modes de production du droit et les principes structurants qui les gouvernent, que l'influence normative des lobbies peut produire des effets.

II. L'INFLUENCE NORMATIVE DU LOBBYING SUR LES MODES DE PRODUCTION DU DROIT

La recherche de participation de la société civile à laquelle répond le lobbying produit des effets sur la loi, dont l'élaboration est régie par le *principe représentatif*, et sur le règlement, dont l'élaboration est traditionnellement *unilatérale*. S'opposant frontalement aux règles relatives à la représentation qui excluent tout mandat, il affaiblirait en outre l'unilatéralisme, qui deviendrait alors fiction. Le législateur et

[108] J. CHEVALLIER, « La gouvernance et le droit », Mélanges P. Amselek, Bruylant, 2005, p. 190.
[109] D. BOURMAUD, « La gouvernance contre la démocratie représentative ? Concept mou, idéologie dure », *in* R. BEN ACHOUR, J. GICQUEL, S. MILACIC (dir.), *La démocratie représentative devant un défi historique*, actes du colloque de Tunis des 7 et 8 avril 2005, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 77 ; M. TIRARD, *La gouvernance aux Etats-Unis : Etude comparative des conceptions américaine et française du droit public*, Thèse, dact., Paris II, 2009, 505 p. ; P. DE MONTALIVET, (dir.), *Gouvernance et participation*, Bruylant, 2011 ; J. CHEVALLIER, « La gouvernance et le droit », Mélanges P. Amselek, Bruylant, 2005, p. 190. Sur l'application du principe en droit de l'UE : Commission européenne, *Gouvernance européenne. Un livre blanc*, 25 juillet 2001, COM (2001) 428 final, pp. 12 ; 14-23 ; Communication de la Commission de 2003, *Gouvernance européenne : mieux légiférer*, COM (2002) 275 final/2 ; D. GADBIN, « Les principes de bonne gouvernance européenne », Mélanges G. Isaac, PUSS, 2004, p. 589.
[110] A.-M. LE POURHIET, « Judiciarisation et discrimination », *in* F. ROUVILLOIS (dir.), *La société au risque de la judiciarisation*, *op. cit.*, p. 67 ; H. MOUTOUH, « Contribution à l'étude juridique du droit des groupes », *RDP*, 2007, p. 479.
[111] F. ROUVILLOIS (dir.), *La société au risque de la judiciarisation*, colloque organisé le 31 janvier 2006 par la Fondation pour l'innovation politique, Litec, colloques et débats, 2008, 149 p. ; G. HOUILLON, « La société au risque de la judiciarisation. A propos d'un équilibre à retrouver », *Procédures - Revue mensuelle Jurisclasseur*, juin 2008, n° 19, p. 2-3.
[112] Banque Mondiale, Rapport *Doing Business 2004. Understanding Regulations*, World Bank-International Finance Corporation, Oxford University Press, 2004. Sur l'évolution de la méthode d'appréciation des législations, V. *Doing Business 2009*, Banque Mondiale, 2008, pp. v-ix, ou encore p. 7.

la doctrine ont pourtant régulièrement tenté de concilier la pratique avec ces principes fondamentaux de l'ordre juridique français liés à la souveraineté nationale, d'une part et à la puissance publique que justifie l'intérêt général, d'autre part.

A. Influence normative des lobbies et principe représentatif

En introduisant, même informellement, de la négociation dans un processus qui n'en permet qu'entre représentants lors des débats, le lobbying introduit dans l'élaboration de la loi des pratiques qui peuvent le rapprocher du mandat impératif.

Cette pratique qui visait à lier les députés à leurs commettants lors des Etats-Généraux, sous peine de démission, a été rejetée par les révolutionnaires qui firent prévaloir la représentation nationale. Le député, selon la formule reprise par SIEYES[113], représente alors la nation et non les intérêts de ceux qui l'ont élu. Le refus du mandat impératif participe de la représentation politique telle qu'elle découle de la proclamation de la souveraineté nationale dès la déclaration de 1789[114]. Autrement dit, afin de garantir la liberté de délibération du député et l'unité de la représentation, le système représentatif prohibe toute instruction impérative de l'électeur à son représentant, et tout « mandat impératif ». Cette règle, reprise par l'ensemble des régimes politiques depuis 1789, relève aujourd'hui de l'article 27 de la Constitution, qui en proclame la nullité. Et la prohibition de tout groupement d'intérêt particulier au sein des assemblées en est une application. Négocier avec les représentants pourrait alors déboucher sur un mandat. Mais cette règle est-elle encore suffisamment efficace pour interdire tout lobbying ? De plus, lobbying et mandat impératif se confondent-ils vraiment ? Enfin, le droit ne permet-il pas de concilier mandat impératif et lobbying ?

Nombreux sont les auteurs qui ont montrés qu'en raison de l'absence de sanctions et à force d'« *accommodements* »[115], le principe représentatif était sérieusement affaibli. D. TURPIN a montré dans sa thèse que, si le mandat impératif était prohibé *de jure*, il restait pratiqué *de facto*[116], puis, J. C. MASCLET de relever les nombreuses « *sollicitations* » dont le député pouvait faire l'objet. Au terme de l'évolution des pratiques parlementaires, plusieurs d'entre-elles tendent à confirmer cette idée.

La première est la pratique de l'« *amendement suggéré* »[117], ou « *amendement clé-en-main* » qui consiste pour un député, à déposer lors des débats un amendement pré-rédigé par un lobbie ou un syndicat[118]. Les grands débats s'en sont fait régulièrement l'écho, qu'il s'agisse de la loi sur l'alcoolisme et le tabagisme[119], de la loi sur le téléchargement illégal[120], ou encore de certaines modifications de la

---

[113] E. J. SIEYES, Séance du 7 septembre 1789, Archives parlementaires, t. 8, p. 593. Formulation régulièrement reprise, not. lors des débats relatifs à la loi organique du 30 novembre 1875 avec l'intervention du député Ricard, repr. *in* Duvergier, t. 75, p. 542 (notes). Sur l'origine de la formule : Sir Edward COKE, *The Fourth Part of the Institutes of the Laws of England : Concerning the Jurisdiction of Courts* (1644), London, W. Clarke and Sons, 1809, (Ch. I), p. 14. Sur le rapport avec le lobbying : P. FRAISSEIX, *Le député français : élu local ou législateur ?*, Thèse, dact., Paris II, (dir. D. Levy), 1991, pp. 114-127.

[114] Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, art. 3.

[115] J. C. MASCLET, *Le rôle du député et ses attaches institutionnelles sous la Ve République*, LGDJ, Bibl. constitutionnelle et de science politique, t. 61, 1979, p. 193 s.

[116] D. TURPIN, *De la démocratie représentative*, Thèse dact., Paris XIII, 1978, t. 1, p. 101.

[117] B. BAUFUME, *Le droit d'amendement et la Constitution sous la Cinquième République*, LGDJ, Bibl. constitutionnelle et de science politique, t. 77, 1993, p. 280.

[118] Pour des exemples, V. not. : V. NOUZILLE, H. CONSTANTY, *Des députés sous influence, le vrai pouvoir des lobbies à l'Assemblée nationale*, Fayard, 2006, p. 366.

[119] JO, Deb., AN, n° 98, 13e séance du 14 octobre 2004, p. 7866 s.

[120] JO, Deb., AN, 2e séance du 9 mars 2006, 10 mars 2006, pp. 1715-1716, (D. Richard) ; V. aussi les exemples cités *in* J. LAPOUSTERLE, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes. Illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, Dalloz, Nouvelle bibl. des thèses, vol. 88, 2009, pp. 145-151, n° 343 à 353.

fiscalité[121]. La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 tend à lutter, en même temps que l'obstruction, contre de telles pratiques en ne permettant de débattre un amendement que s'il a préalablement été voté en commission[122].

La seconde, plus importante, est une conséquence de la spécificité du droit du travail et de la protection sociale [123]. Cette pratique, qui existe depuis longtemps [124] consiste pour le législateur à recourir préalablement au contrat pour déterminer le contenu de la loi. Deux méthodes sont alors utilisées par le législateur : soit il reprend le contenu de l'accord dans le texte de la loi qu'il délibère et vote, soit il l'annexe purement et simplement. La loi du 31 janvier 2007 a ainsi institué dans le *Code du travail* une obligation à la charge du gouvernement de consultation préalable des partenaires sociaux[125], sans qu'elle ne limite le pouvoir d'initiative du législateur, puisque le gouvernement peut l'écarter en cas d'urgence[126]. Cette modification radicale de la technique d'élaboration de la norme, inspirée en partie par les principes de bonne gouvernance européens[127] et internationaux[128], traduit une volonté du législateur de se rapprocher de la société civile destinataire de la loi. Le Conseil d'État, dans son rapport pour 2008, va encore plus loin, en parlant d'une « *volonté de délégation* »[129]. Cette technique, consistant à donner à la loi un rôle supplétif dans l'élaboration de la norme[130], par la transposition pure et simple d'accords préalables peut venir heurter le principe de la représentation politique et la prohibition du mandat impératif. En effet, si l'accord préalable conclu entre les partenaires sociaux ne s'impose pas en droit au législateur, force est de constater que ce dernier se retrouve lié dans les faits, car il reprend presque systématiquement les termes de l'accord, ou, à tout le moins, l'essentiel de ses stipulations.

Alors que B. TEYSSIE parlait déjà d'« *écriture contractuelle de la norme* »[131], le Conseil d'État, dans son rapport pour 2008, qualifie les accords intervenant dans le cadre de cette pratique de « *conventions dictant le contenu de la loi* », et s'interroge sur ce point au regard de l'instruction impérative : « *une fois l'accord signé, sa reprise par le législateur soulève une série de questions quant à la marge de manœuvre du pouvoir législatif* » [132]. En effet, si, en droit, le législateur demeure souverain et libre de déterminer le contenu de la loi à élaborer, il s'avère qu'en pratique, renoncer à transposer les stipulations de l'accord,

---

[121] JO, Deb., AN, 1ère séance du 18 octobre 2002, 19 octobre 2002, p. 3625, (J.P. Brard).
[122] Révision du 23 juillet 2008 modifiant l'art. 40 de la Constitution. ; L.O. n° 2009-403 du 15 avril 2009, art. 13 à 19 ; CC, n° 2009-579 DC du 29 avril 2009 déclarant contraire à la Constitution le dernier alinéa de l'art. 13 et l'art. 14 ; L. DOMINGO, « La révision et le droit d'amendement », *LPA*, n° spé., n° 254, « Une nouvelle Constitution ? », 19 décembre 2008, pp. 74-76.
[123] Art. 34 de la Constitution ; Préambule de 1946, al. 8.
[124] Pour des exemples anciens : La loi du 23 août 1919 sur la journée de huit heures s'inspirait déjà d'un accord ; l'ancien art. L 351-8 du *Code du travail* fut repris d'un accord national interprofessionnel de 1958 ; la loi n° 71-575 du 16 juillet 1971 *sur l'organisation de la formation professionnelle continue dans le cadre de l'éducation permanente*, JO, 17 juill. 1971, p. 7035 reprend un accord du 9 juillet 1970 sur la formation et le perfectionnement professionnel ; la loi n° 78-49 du 19 janvier 1978 *relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle*, JO, 20 janv. 1978, p. 426, reprend intégralement un accord national interprofessionnel du 10 décembre 1977, annexé à la loi.
[125] Art. L.1 du *Code du travail* ; (loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 *de modernisation du dialogue social*, JO, 1er févr. 2007, p. 1944).
[126] La procédure de déclaration d'urgence ayant été remplacée par une « procédure accélérée », au terme de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 : Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 *de modernisation des institutions de la Ve République*, JO, 24 juil. 2008, p. 11890, art. 20 et 21, modifiant les art. 45 et 46 de la Constitution. V. aussi : J.-E. GICQUEL, « La nouvelle rédaction de l'article 45 de la Constitution », in *LPA*, n° spé., n° 254, « Une nouvelle Constitution ? », 19 décembre 2008, pp. 77-80, et les remarques d'O. DEBOUZY, *in* « Vers une réglementation du lobbying ? », *Les Echos*, 10 juin 2008.
[127] Commission européenne, *Gouvernance européenne. Un livre blanc*, 25 juillet 2001, COM (2001) 428 final, not. p. 12 s.
[128] Banque Mondiale, *Governance and Development*, Washington, nov. 1992 ; *Governance. The World Bank's Experience,* Washington, 1994 ; V. aussi : J. CHEVALLIER, « La gouvernance et le droit », Mélanges P. Amselek, Bruylant, 2005, p. 189 s. ; J. CHEVALLIER, « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? », *RFAP*, 2003, p. 203 s. ; L. M. SALAMON, « The New Governance and the Tools of Public Action : An Introduction », *in* L. M. SALAMON (dir.), O. V. ELLIOTT (Ass), *The Tool of Government, A Guide to the New Governance*, Oxford University Press, New York, 2002, p. 9.
[129] Rapport du Conseil d'Etat pour 2008, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, EDCE, n° 59, 2008, La documentation française, p. 150.
[130] *Idem*., p. 149.
[131] B. TEYSSIE, « Loi et contrat », *in* Actes du colloque *Vive la loi !* du 25 mai 2004, Sénat – cecp, Université Paris II, Paris, Les colloques du Sénat.
[132] EDCE n° 59, 2008, p. 148.

ou les modifier « *peut aboutir à ruiner des équilibres fragiles et difficilement obtenus* »[133]. Le Conseil d'État constate ainsi qu'il est « *peu d'exemples où le législateur ait pris le risque de s'écarter sensiblement du résultat de la négociation* ». D'autant plus que certaines stipulations, comme le relève le Conseil d'État, ne manquent pas de venir lier le législateur. Ainsi, la loi du 12 juillet 1990[134] a repris purement et simplement le contenu d'un accord dont les stipulations imposaient au législateur un délai d'entrée en vigueur[135] et une « *clause d'autodestruction en cas de retranscription infidèle* »[136]. De même, un accord de 2003 sur la formation professionnelle prévoyait que « *si les dispositions législatives* […] *n'étaient pas en conformité avec celles du présent accord, les parties signataires conviennent de se réunir pour examiner les conséquences de cette absence de conformité* ». Cette retranscription en pratique ne laisse le législateur souverain en la matière qu'en droit et conserve toute actualité à la formule de D. Turpin, qui parlait dans sa thèse de « *retour aux mandats impératifs de fait* »[137].

En réalité, le lobbying ne permet que de négocier, non de lier. Son exercice peut donc s'éloigner du mandat. Le mandat revenant à donner une instruction, à obliger, ou engager le représentant dans l'exercice de son activité législative, il est un acte juridique, alors que le lobbying relève essentiellement du fait, il est un acte matériel. Il existe ainsi une latitude d'action qui permet de pratiquer une certaine forme de lobbying, sans nécessairement aller jusqu'à donner mandat à son député : la déclaration royale du 23 juin 1789 opérait déjà cette distinction[138] : la prohibition de l'instruction n'empêche pas l'influence. Les plus grands auteurs confirmeront la distinction ensuite. Eugène PIERRE relèvera, par ailleurs, au début du siècle dans son *Traité* un extrait d'une décision de l'Assemblée nationale selon laquelle la profession de foi d'un candidat qui s'engagerait à repousser toute proposition tendant à l'abrogation d'une loi existante ne constituait pas un mandat impératif[139]. KELSEN lui-même, pourtant opposé aux mandats impératifs dans son ouvrage de 1932 relatif à *La démocratie, sa nature, sa valeur*, semble approuver la pratique du lobbying, qu'il veille à ne pas confondre avec l'instruction obligatoire[140]. Or, de quoi parle KELSEN lorsqu'il évoque la possibilité de pouvoir émettre des « *suggestions* » afin de pouvoir « *orienter* » le contenu de la loi sinon d'une véritable possibilité d'exercer le lobbying ? Cette conciliation avec le système représentatif contribuerait ainsi, selon l'auteur, à réconcilier les masses avec le parlementarisme[141] et résorber sa « *crise* »[142].

---

[133] *Idem*. : « cet exercice [i.e : écarter les stipulations de l'accord] est périlleux pour [le législateur] car, par nature, un contrat reflète un équilibre des concessions réciproques à un moment donné ».
[134] Loi n° 90-613 du 22 juillet 1990 *favorisant la stabilisation de l'emploi par l'adaptation des contrats précaires*, JO, 14 juill. 1990, p. 8322, reprenant l'accord national interprofessionnel obtenu le 24 mars 1990 relatif aux CDD et au travail temporaire.
[135] Art. 48 de l'accord national interprofessionnel du 24 mars 1990 relatif aux contrats de travail à durée déterminée et au travail temporaire, prévoyant l'entrée en vigueur des stipulations le premier jour du 4e mois suivant la publication au JO du texte de la loi.
[136] EDCE n° 59, 2008, p. 149. Sur cette clause, V. l'art. 47 de l'accord de 1990, préc., disponible sur le site internet de l'Union des industries et des métiers de la métallurgie (uimm), [https://uimm.fr/]
[137] D. TURPIN, *De la démocratie représentative*, Thèse dact., Paris XIII, 1978, t. 1, p. 101.
[138] Déclaration du Roi du 23 juin 1789, *in* Duvergier, t. 1, p. 24-25, art. 6.
[139] E. PIERRE, *Traité de droit politique, électoral, et parlementaire*, *op. cit*., n° 301, p. 312.
[140] H. KELSEN, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, 2e éd., Sirey, 1933, rééd. Bibliothèque Dalloz, 2004, p. 50. « si déjà les électeurs n'ont pas le droit de donner des instructions obligatoires à leurs hommes de confiance au Parlement, à tout le moins faudrait-il que des suggestions puissent se manifester du sein du peuple, qui permettraient au parlement d'orienter son activité législative. Le mandat impératif sous son ancienne forme ne peut sans doute pas renaître ; mais les indéniables tendances qui se manifestent aujourd'hui en ce sens peuvent jusqu'à un certain point être ramenées à des formes compatibles avec la structure de l'organisme politique moderne ».
[141] *Idem*.
[142] *Idem*., p. 34 ; V. aussi : G. SCELLE, « A propos de la crise actuelle de la représentation politique », *RDP*, 1911, p. 525 ; sur l'explication de cette crise : J. BARTHELEMY, « La crise de la démocratie représentative », rapport présenté à l'Institut International de Droit Public, octobre 1928, publié in *RDP*, 1928, p. 584, not. p. 587.

Le lobbying peut donc tout à fait se concilier avec la représentation et participer de l'essor d'un droit au contenu toujours plus négocié. Cette conciliation est d'ailleurs recherchée par les pouvoirs publics qui rechercheraient à institutionnaliser le lobbying, tout au moins devant le Parlement[143]. S'il s'agit d'une reconnaissance juridique du lobbying parlementaire, celle-ci s'avère largement insuffisante en ce que le lobbying touche aussi le dépôt d'un projet de loi et les décrets d'application[144], voire la saisine du Conseil constitutionnel[145]. Un rapport a été élaboré en ce sens[146]. Cela permettrait de concilier l'hypocrisie actuelle où l'interdiction pour un lobby de pénétrer à l'intérieur des locaux parlementaires est très largement contournée. La pratique des assistants de complaisance, des colloques parlementaires[147] ou la création de groupes d'études parlementaires[148] permettent très facilement aux groupes d'intérêt d'intervenir auprès des parlementaires tant à l'Assemblée ou au Sénat qu'à l'extérieur.

Bien que très critiquable, ce projet aurait pour mérite de définir le lobbying non comme un mandat ou un trafic d'influence, mais comme une information apportée au législateur, un nouveau canal de consultation[149]. Il permettrait de distinguer le mandat impératif prohibé du lobbying autorisé. Or l'exercice de ce lobbying encadré, surtout s'il est peut-être exercé contradictoirement, ne peut que renforcer l'évolution d'une loi négociée en amont avec les représentant de la société civile qui sera chargé de l'appliquer. Toutefois, si cette évolution ne modifie pas la compétence du législateur, elle demeure critiquable en ce qu'elle favorise, en dehors de la représentation étatique, l'émergence d'une « *représentation privée* »[150] chargée de collaborer à l'élaboration de son contenu. Si le lobbying législatif peut être adapté et concilié avec la représentation, il en est de même lorsqu'il est exercé auprès de l'autorité administrative. Il se confronte alors à la technique de l'unilatéralisme.

B. Influence normative des lobbies et unilatéralisme

En cherchant à introduire de la négociation dans l'élaboration de l'acte administratif, le lobbying viderait de sens une partie l'unilatéralisme, qui est le caractère des prérogatives exercées par l'administration. Le recours à l'acte unilatéral comme privilège lié à l'action administrative s'explique, pour le doyen VEDEL, par la souveraineté nationale[151]. L'administration dispose à ce titre de prérogatives de puissance publique, exorbitantes du droit commun, parmi lesquelles figure la technique de l'acte unilatéral qui demeure le procédé le plus caractéristique de l'action administrative. L'unilatéralité se caractérise notamment par l'absence de consentement ou d'adhésion des destinataires intéressés par l'acte[152]. Pourquoi cette absence de consentement ? La réponse se trouve chez le doyen RIVERO : « *pour* […] *permettre* [à l'administration] *de faire prévaloir l'intérêt général lorsqu'il se trouve en conflit avec des intérêts*

[143] Art. 26 III, B de l'Instruction générale du Bureau de l'Assemblée nationale ; Chapitre XXII *bis* de l'Instruction générale du Bureau du Sénat, préc. ; C. SIRUGUE, *Rapport du groupe de travail sur les lobbies à l'Assemblée nationale*, Ass. Nat., 27 février 2013.
[144] G. HOUILLON, « Corruption et conflits d'intérêts : le lobbying en perspective », *RRJ*, 2012, *op. cit*.
[145] G. VEDEL, « L'accès des citoyens au juge constitutionnel - La porte étroite », *La vie judiciaire*, 11-17 mars 1991, p. 1 ; « Réflexions sur la singularité de la procédure devant le Conseil constitutionnel », Mélanges R. Perrot, Paris, Dalloz, 1996, p. 549 ; « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *CCC*, 1996, n° 1, p. 57 s, § 11 ; J. BARTHELEMY, L. BORE, « Des portes moins étroites », *Constitutions*, 2011, n° 1, p. 72.
[146] J.-P. CHARIE, Rapport A. N. n° 613 du 16 janvier 2008 sur le lobbying, ou *Livre bleu du lobbying en France*, spé. pp. 41-66.
[147] La pratique reste possible à l'Assemblée. Toutefois, depuis 2009, l'article 4 du *Code de conduite des représentants d'intérêts au Sénat* la prohibe. Une telle disposition met aussi en relief la différence de régimes entre les chambres qui constitue l'un des défauts de cet embryon de réglementation.
[148] J.-M. PONTIER, « Les intergroupes parlementaires », *RDP*, 1981, p. 1163.
[149] Conseil d'Etat, Rapport public 2011, *Consulter autrement. Participer effectivement*, EDCE n° 62, (2 vol.), La documentation française, 2011, not. p. 91 s.
[150] L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'Etat*, PUF, Quadrige, 1992, p. 83, déjà abordée aux Etats-Unis par le Sénateur, puis président Kennedy, parlant alors de troisième chambre : J. F. KENNEDY, « Congressional Lobbies : A Chronic Problem Re-Examined », *Georgetown Law journal*, vol. 45, 1957, n° 4, p. 566.
[151] G. VEDEL, P. DELVOLVE, *Droit administratif*, *op. cit*., p. 35.
[152] P. DELVOLVE, *L'acte administratif*, *op. cit*., n° 12, p. 14.

particuliers »[153]. Le lobbying, qui vise à défendre un intérêt particulier, ne trouve pas sa place dans ce mode d'intervention de l'administration. En effet, lorsque, dans la poursuite de l'intérêt général, la volonté de l'administration rencontre celle des particuliers, l'administration n'utilisera plus alors l'acte unilatéral, mais, dans la mesure où les règles de compétence le lui permettent, pourra avoir recours au contrat[154]. Autrement dit, en cas de rencontre entre l'intérêt général défini par l'administration et les intérêts particuliers, le droit permet à l'administration de renoncer à l'unilatéralisme. La justification de l'unilatéralité, privilège de la puissance publique, s'explique donc par la nécessité d'imposer le contenu d'un acte motivé par l'intérêt général aux intérêts particuliers.

Ainsi, lorsque l'administration fait l'objet de sollicitations informelles de la part de représentants d'intérêts particuliers, peut-on dire que l'unilatéralité de l'acte est alors devenue une fiction ? Peut-on parler de « *perte d'unilatéralité* » des actes administratifs, ou d'évanescence de la décision administrative, comme ont pu l'affirmer plusieurs auteurs[155] ? Nous avons pu voir que même lorsque l'acte unilatéral était matériellement négocié, le juge lui conservait formellement la qualification d'acte unilatéral. Le privilège de l'action unilatérale reste aussi celui de refuser d'entendre le lobbying, de l'écarter de l'élaboration de l'acte, ou de l'écouter sans le prendre en compte, bref, de faire prévaloir l'intérêt général par ce procédé exorbitant que lui confère la puissance publique. L'administration ne perd pas sa compétence, la puissance publique demeure, et elle peut y recourir à tout moment. En effet, si elle décide d'écouter de façon informelle un lobbyiste dont l'intérêt particulier défendu rejoindrait l'intérêt général poursuivi, c'est encore par sa seule volonté, qui est justement l'un des critères de définition de l'unilatéralité. L'exercice du lobbying ou la négociation informelle du contenu d'un acte administratif avec ses destinataires laissent n'atténuent donc pas formellement l'unilatéralité de l'acte, que l'administration peut recouvrer à tout moment, aussitôt qu'elle le décide.

Ce recours à la concertation informelle de la part de l'administration afin de pouvoir connaître tous les points de vue des intéressés à l'élaboration d'une décision, s'explique principalement par une évolution de l'intérêt général. En effet, si l'intérêt général en droit français se détermine traditionnellement selon la conception volontariste d'un intérêt transcendant qui exclut par principe tout intérêt particulier, le premier tend de plus en plus à se nourrir des seconds. Comme l'affirme D. TRUCHET : « *notre société n'est plus assez simple pour que les deux types d'intérêts puissent être considérés comme exclusifs l'un de l'autre* »[156]. La doctrine a ainsi pu parler de l'émergence d'un intérêt général « *néo-moderne* »[157]. Cette conception de l'intérêt général se rapproche alors, sans toutefois s'y confondre, de la conception utilitariste anglo-saxonne d'un intérêt général déterminé par la somme des intérêts particuliers. Cette évolution est inspirée par une nouvelle conception de l'exercice de la puissance publique, passant alors du « gouvernement » à la « gouvernance », et qui n'est pas sans effets sur les fondements traditionnels du droit administratif[158]. Concept élaboré par la Banque Mondiale pour évaluer l'efficacité de l'action publique des États et conditionner l'octroi de financements[159], la gouvernance fut reprise par le droit

[153] J. RIVERO, *Droit administratif*, Précis Dalloz, 9e éd., 1980, n° 4, p. 11 ; V. encore, J. RIVERO, J. WALINE, *Droit administratif*, Précis Dalloz, 21e éd., 2006, n° 4, p. 3, et plus récemment : G. HOUILLON, « Jean Rivero, démocratie et administration », *RFDA*, sept. 2009, p. 1057.
[154] *Idem*.
[155] Y. WEBER, *L'administration consultative*, *op. cit.*, p. 293 ; G. DUMONT, *La citoyenneté administrative*, thèse, dact., Paris II, 2002, p. 278 ; J. CHEVALLIER, « La gouvernance et le droit », Mélanges P. Amselek, Bruylant, 2005, p. 189, spé. p. 205. V. aussi, en droit communautaire : D. DERO-BUGNY, « Le livre vert » de la Commission européenne », *RTDE*, vol. 41, 2005, n° 1, p. 81, spé. pp. 100-104.
[156] D. TRUCHET, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : retour aux sources et équilibre », EDCE n° 50, 1999, p. 371 ; V. aussi : J. CHEVALLIER, « Présentation », *in* CURAPP, *Public-Privé*, PUF, 1995, p. 12 ; G. DUMONT, *La citoyenneté administrative*, thèse, dact, Paris II, 2002, p. 272 ; J. CAILLOSSE, « Le droit administratif saisi par la concurrence ? », *AJDA*, 2000, p. 99, spé. p. 101-102.
[157] C.-A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, LGDJ, coll. droit et société, n° 26, 1999, p. 209 ; G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Bibl. Const., n° 121, 2005, p. 212 ; G. CLAMOUR, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Dalloz, Coll. Nouvelle bibl. des thèses, vol. 51, 2006, p. 215.
[158] Pour J. CHEVALLIER, *in* « La gouvernance et le droit », Mélanges P. Amselek, Bruylant, 2005, p. 189, spé. p. 205.
[159] C. SANTISO, « Good Governance and Aid Effectiveness: The World Bank and Conditionality », *Georgetown Public Policy Review*, 2001, vol. 7, n° 1, p. 1, spé. pp. 17-19.

communautaire[160], et produit aujourd'hui toujours plus d'effets en droit français[161]. Reposant sur la collaboration et la recherche d'adhésion, la gouvernance implique la participation des personnes privées à la détermination des décisions publiques. Le concept permet de justifier l'évolution de l'intérêt général, mais aussi le recours à la concertation dans l'élaboration des actes unilatéraux. La reconnaissance juridique du lobbying, considéré comme une collaboration et une aide à la décision, est aussi une conséquence de l'idéologie néo-libérale qu'appelle la gouvernance.

L'idéologie « anglo-saxonne » de « bonne gouvernance » n'est pas sans effets sur le droit[162]. C'est ainsi que le droit de l'Union européenne – même s'il n'est pas encore un droit étatique[163] – et le droit français prennent de plus en plus en compte cette modalité de participation des personnes privées à l'élaboration du droit qui les concerne. Ces modalités de participation se rapprochent de plus en plus du modèle américain d'élaboration des actes administratifs[164].

Le modèle américain d'élaboration des règlements par les agences administratives fédérales est régi par la *loi sur la procédure administrative*[165] de 1946. Cette loi impose à toute agence, dès lors qu'elle élabore un acte administratif à portée générale et impersonnelle, de recourir à une procédure spécifique de *rulemaking*[166]. Cette procédure se caractérise par deux principes : la transparence et la participation. La première permettant de garantir la seconde. Toute agence doit effectivement publier au registre fédéral son intention d'élaborer un règlement sectoriel. Cette publicité doit permettre à toute personne intéressée de faire parvenir son point de vue à l'agence en charge de l'élaboration de la règle. Autrement dit, cette consultation obligatoire organise de larges possibilités de lobbying. La procédure de *rulemaking* permet ainsi de rechercher l'adhésion du plus grand nombre de destinataires au règlement qui sera édicté. Ce lobbying est alors un véritable droit[167] opposable à l'agence, qui a l'obligation de l'examiner[168]. Toutefois, la jurisprudence des cours fédérales a pu préciser, sous l'influence du Juge POSNER[169], que si l'agence devait recevoir l'argument, elle ne pouvait être liée par celui-ci, ni même par les promesses qu'elle pourrait avoir faites[170]. Le juge utilise à ce titre la théorie économique de la « capture du régulateur » pour garantir l'indépendance des agences[171]. L'agence conserve donc la maîtrise de la décision et le lobbying

---

[160] Commission européenne, *Gouvernance européenne. Un livre blanc*, 25 juillet 2001, COM (2001) 428 final.

[161] La Constitution prend de plus en plus en compte des droits tirés de la gouvernance participative : art. 7 de la Charte de l'environnement ; droit de pétition citoyenne. Et plus largement en droit français : renforcement des partenariats publics-privés ; loi n° 2002-276 du 27 février 2002 *relative à la démocratie de proximité* ; organisation du débat public ; voire plus explicitement : Loi n° 2007-1199 du 10 août 2007 *relative aux libertés et responsabilités des universités*, (Titre II), « gouvernance des universités ».

[162] D. BOURMAUD, « La gouvernance contre la démocratie représentative ? Concept mou, idéologie dure », *in* R. BEN ACHOUR, J. GICQUEL, S. MILACIC (ss. Dir.), *La démocratie représentative devant un défi historique*, actes du colloque de Tunis des 7 et 8 avril 2005, Bruylant, 2006, p. 77 ; M. TIRARD, *La gouvernance aux Etats-Unis : Etude comparative des conceptions américaine et française du droit public*, Thèse, dact., Paris II, 2009, 505 p. ; P. DE MONTALIVET, (dir.), *Gouvernance et participation*, Bruylant, 2011.

[163] A. LAQUIEZE, A. PAYNOT, *L'Union européenne tend-elle à devenir un Etat ?*, Fondation pour l'innovation politique, 2004, pp. 19-30.

[164] B. SCHWARTZ, « La procédure administrative aux Etats-Unis », *RIDC*, 1951, p. 232 ; G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, LGDJ, Bibl. de droit public, t. 79, 1968, pp. 126-129 ; G. CAPT, *Les procédures administratives en droit américain*, Thèse, Lausanne, Chabloz S.A., 1989 ; E. ZOLLER, « Les agences fédérales américaines, la régulation, et la démocratie », *RFDA*, 2004, p. 757 ; L. DUBIN, R. NOGUELLOU, « La participation des personnes privées dans les institutions administratives globales », *in* 3e session du séminaire « droit administratif comparé, européen et global » : *L'émergence d'un droit administratif global*, Sciences-Po, chaire Mutation de l'Action Publique et du droit public, 11 mai 2007.

[165] *Administrative Procedure Act* (1946), Public Law n° 79-404, 11 juin 1946 (79th Congress, 2nd Session, « *the McCarran-Sumners Bill* »), codifiée *in* 5 U.S.C. 551 et s.

[166] 5 U.S.C. 551 (5).

[167] H. EASTMAN, *Lobbying, a Constitutionally Protected Right*, American Entreprise Institute for Public Policy, janvier 1977 ; A. P. THOMAS, « Easing the Pressure on Pressure Groups : Toward a Constitutional Right to Lobby », Harvard Journal on Legislation, 1993, vol. 16, n° 1, p. 149.

[168] 5 U.S.C. 553 (c).

[169] Cour d'Appel du 7e Circuit, *USA Group Loan Service v. Riley*, 82 F.3d 708 (1996).

[170] *Idem*., V. aussi : Cour d'appel, District of Columbia Circuit, *Natural Resources Defense Council, Inc. v. EPA*, 859 F.2d 156, 194 (1988) ; Cour Suprême, *Federal Crop Insurance Corp. v. Merril*, 415 U.S. 199, 235 (1947).

[171] F. LEVEQUE, *Économie de la réglementation*, coll. « repères » n° 238, La découverte, 2e éd. 2004, p. 4.

ne joue qu'un rôle d'information. L'intérêt pédagogique *a priori*[172] du lobbying mérite donc d'être souligné, notamment dans un droit où la recherche de la décision optimale se déduit du « libre marché des idées »[173].

L'influence des théories de la bonne gouvernance a produit un effet important sur la régulation par les agences. Ainsi, en 1990, le rôle du lobbying, en tant que mode reconnu de participation à l'action administrative, a été renforcé, appelant alors une nouvelle méthode de pédagogie par la négociation en direction des pouvoirs publics décisionnels. Le *Negociated Rulemaking Act*[174] a en effet introduit une procédure nouvelle de *rulemaking négocié*, à laquelle les agences sont incitées à recourir[175]. Un comité de négociation est alors composé à travers la publication d'un appel à candidature auprès de toute personne intéressée, et transmet un projet à l'agence qui ne pourra le modifier que sous conditions[176]. L'analyse de cette procédure administrative, dont le choix par les agences est croissant, fait clairement ressortir que l'objectif de la réglementation fédérale ne se contente plus seulement de *rechercher* l'adhésion du destinataire, mais fait véritablement en sorte, avec cette procédure, de l'*obtenir* par les moyens de concertation et l'ouverture à la pratique du lobbying.

Le droit européen a repris les théories de la gouvernance depuis le livre blanc de la Commission de 2001[177], où désormais toutes les règles qui émanent des institutions européennes sont élaborées à chaque étape de la procédure d'élaboration à partir de très larges consultations des lobbies[178], dont les interventions sont encouragées par le droit institutionnel. Le lobbying est en effet reconnu par le droit parlementaire[179] tout comme le droit administratif européen[180]. Les registres de la Commission et du Parlement européen sont d'ailleurs communs depuis 2011[181]. Il est en outre encouragé par plusieurs mécanismes juridiques. C'est le cas notamment du « livre vert »[182].

En droit français, la régulation sectorielle, qui vise à maintenir un équilibre sectoriel au sein de systèmes complexes, tend davantage à rechercher la coopération des opérateurs et destinataire des règles du secteur régulé qu'à utiliser la contrainte traditionnelle. C'est pourquoi elle permet naturellement l'élaboration d'un droit davantage négocié, avec par voie de conséquence une prise en compte du lobbying. La seule limite demeure l'indépendance du régulateur que le droit préserve de toute « *capture* »[183]. Les exemples des décisions d'autorisation d'émission du CSA[184], ou encore les pratiques de négociation menées avec les opérateurs par l'ARECEP l'attestent : à travers l'organisation d'auditions, de consultations publiques, d'appels à commentaires pour la mise en œuvre de ses pouvoirs consultatifs et

---

[172] G. HOUILLON, « Pédagogie et efficacité du droit », *in* M. HECQUARD-THERON, P. RAIMBAULT, (dir.), *La pédagogie au service du droit*, LGDJ – Presses de l'université Toulouse I Capitole, 2011, pp. 327-355.
[173] Opinion dissidente du Juge Holmes, *Abrams v. U.S.*, 250 U.S. 616, 630 (1919).
[174] *Negociated Rulemaking Act* (1990), Public Law n° 101-648, 29 novembre 1990, 5 U.S.C. 561 à 570. L'expérimentation fut pérennisée en 1996 avec l'*Administrative Dispute Resolution Act* (1996), Public Law n° 104-320.
[175] 5 U.S.C. 563 (a).
[176] 1 C.F.R. 305. 82-4 (1990).
[177] Commission européenne, *Gouvernance européenne. Un livre blanc*, 25 juillet 2001, COM (2001) 428 final.
[178] Art. 11 du Traité sur l'Union européenne, préc.
[179] N. CLINCHAMPS, *Parlement européen et droit parlementaire. Essai sur la naissance du droit parlementaire de l'Union européenne*, LGDJ, Bibl. constitutionnelle et de science politique, t. 124, 2006, pp. 2 et 8.
[180] J. B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2008, 1122 p. ; J. Schwarze, *Droit administratif européen*, Office des publ. officielles des communautés européennes - Bruylant, 1994, not. p. 14 ; V. aussi : S. CASSESE, « Le droit administratif européen présente-t'il des caractères originaux ? », Mélanges F. Moderne, Dalloz, 2004, p. 1183.
[181] Décision du Parlement européen du 11 mai 2011 sur la conclusion d'un accord interinstitutionnel entre le Parlement européen et la Commission sur un registre de transparence commun (2010/2291(ACI)).
[182] D. DERO-BUGNY, « ''Le livre vert'' de la Commission européenne », *RTDE*, vol. 41, 2005, n° 1, p. 82.
[183] B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, *op. cit.*, p. 507.
[184] Il s'agit d'autorisations unilatérales débattues entre le CSA et les demandeurs : CE, Ass., 8 avr. 1998, *Sté Serc Fun Radio*, Rec. p. 138 ; CE, 25 nov. 1998, *Cie luxembourgeoise de télévision*, Rec. p. 443 ; V. aussi : M. COLLET, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, LGDG, Bibl. de droit public, t. 233, pp. 74 et 76.

réglementaires[185]. Cette évolution de la production du droit qu'illustre la régulation révèle la volonté des pouvoirs publics de dépasser la contrainte pure pour rechercher, préalablement à l'édiction d'un acte, le point de vue du destinataire, voire son consentement. Cette progressive acceptation par le droit des besoins exprimés par la société civile s'explique essentiellement, au regard des théories de l'analyse économique du droit[186], par la recherche d'une plus grande efficacité des règles qu'il produit[187].

Influent facteur d'amélioration de la qualité[188], mais aussi de l'efficacité normative[189], le lobbying, qui se définit par une action d'influence ayant vocation à être « normative », constitue désormais une pratique normale dans une démocratie représentative moderne et transparente. L'influence normative du lobbying demeure donc bien réelle, tant sur l'écriture de la règle que sur les conséquences qu'introduit une pratique répétée sur les modes de production de la règle de droit. Et si le lobbying fait évoluer ces modes de productions qui structures notre système juridique, il ne va pas jusqu'à les bouleverser dans leurs fondements. L'influence normative des lobbies tend donc à devenir progressivement un acquis de la démocratie représentative, dès lors que son exercice demeure dans les limites d'une pratique contradictoire, transparente et encadrée par un minimum de règles déontologiques[190]. De ce point de vue, une ouverture encadrée à l'expression des intérêts de la société civile pourrait constituer un remède efficace à la nouvelle phase de « crise » dans laquelle entre actuellement le gouvernement représentatif, lui donnant, somme toute, un « souffle » nouveau.

---

[185] « Les pouvoirs réglementaires de l'Autorité », in *La lettre de l'Arcep*, mars/avril 2007, p. 16 ; B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, *op. cit.*, p. 491 ; « La corégulation en droit des communications électroniques », in *La lettre de l'Arcep*, nov./déc. 2008, p. 23 ; L. CALANDRI, *Recherches sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ, Bibl. de droit public, t. 259, 2008, pp. 217 et 295.

[186] R. A. POSNER, *Economic analysis of Law*, Little Brown, Boston, 3e éd., 1986, spé. pp. 10 s. ; 534 s ; 643.

[187] L'efficacité économique d'une règle signifie que celle-ci garantit une allocation optimale des ressources, au sens du critère de maximisation des richesses dit de « Kaldor-Hicks ». L'efficacité du droit en est une déclinaison, mais au regard d'autres critères comme le but que la règle s'est assignée. Le doyen CARBONNIER parlait à ce titre, en 1972, de « *phénomènes d'incidence* » : J. CARBONNIER, « Les phénomènes d'incidence dans l'application des lois », in *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 6e éd., LGDJ, 1988, p. 138.

[188] Sur ce point précis, nous renvoyons à notre contribution « *lobbying et qualité de la loi française* », *in* O. DUBOS, J. SAGOT-DUVAUROUX (dir.), *La qualité des normes*, Institut de science criminelles de l'Université de Bordeaux IV, novembre 2013, en cours de publication.

[189] G. HOUILLON, « Lobbying et progression du droit négocié » *in* F. ROUVILLOIS, M. DEGOFFE (dir.), *La privatisation de l'Etat*, Ed. du CNRS, 2013, pp. 165-194.

[190] G. HOUILLON, « Lobbying et déontologie », *Les cahiers de la fonction publique*, 2011, n° 316, pp. 13-17.

La Revue
" A qui profite le droit ? "
Numéro 11 - Juin 2017

LE ROLE DE LA DOCTRINE

*Luc **GRYNBAUM**,*
Professeur de droit privé et de sciences criminelles, Université Paris Descartes (Paris-V)
Doyen honoraire de la Faculté de Droit de La Rochelle

La doctrine n'échappe pas à la théorie généralisée du complot ; ce colloque montre qu'elle est suspectée comme les autres entités qui se présentent comme un corps constitué et détentrice d'un savoir légitime.

Définie par CARBONNIER comme les « *opinions émises par les auteurs dans leurs ouvrages, le droit tel que le conçoivent les théoriciens* »[191] ; elle semble une entité structurée et formalisée ; un rôle lui est attribué. Toutefois, elle est soupçonnée de manier une chose fongible, mais peu noble : de l'argent ; pire encore : faire de l'argent grâce au savoir ! La suspicion vient de l'Université elle-même : en dehors des juristes, les autres disciplines ne pratiquent guère la consultation. Mieux encore, au sein des juristes universitaires, certains soupçonnent d'autres de publier, de manière neutre et impartiale en apparence, commentaires d'arrêts et opinions en réalité commandités et stipendiés pour le faire.

Bref, le droit ferait donc vivre la doctrine, plus que la doctrine ne ferait vivre le droit.
L'accusation est suffisamment grave pour mériter une approche circonspecte de la question. On doit d'abord revenir sur le sens du terme « autorité » attribué à la doctrine (I), puis l'on évoquera la question de l'indépendance de la doctrine (II). On percevra alors que cette autorité épouse son époque ; elle est au service du droit contemporain (III).

I. DOCTRINE, UNE QUESTION D'AUTORITE

Il est usuel de qualifier la doctrine d'autorité dans le sens où elle est susceptible d'orienter l'évolution du droit sans pour autant constituer un lieu de création directe et légitime de la norme. Il n'en a pas toujours été ainsi ; les jurisconsultes de la République et de l'Empire ont été à l'origine de l'élaboration du droit privé romain[192]. Toutefois, quelle que soit la qualité des docteurs et des écoles du Moyen Âge à nos jours, le juriste accompagne, guide l'élaboration du droit (le met en forme : les coutumiers) ou l'inspire : DOMAT, POTHIER ; il ne le fait pas, au sens d'une conception moderne du droit qui suppose une certaine légitimité.

Dans les revues naissantes du XIXe siècle (La Thémis), la rubrique doctrine apparaît ; elle se conforte avec la montée en puissance du commentaire d'arrêt (le Sirey ; La Revue critique) et la distance prise avec la méthode exégétique. Chez les juristes du début du XXe siècle une inquiétude se fait jour : avec la fin de l'exégèse ; quelle méthode développer ? Sous l'apparence de la « libre recherche » proclamée, GENY érige le droit en science et contribue à donner un peu plus d'autonomie encore à la discipline. En outre, présenté comme facteur d'ordre social, le droit semble sommé d'apporter des réponses sans ouvrir des gouffres ; ce qui pourrait être reproché aux sciences sociales émergentes, telle que la sociologie.

[191] J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 25e éd. PUF, 1997, p. 265.
[192] Ph. JESTAZ, C. JAMIN, La doctrine, *D.* 2004, p. 24 et s.

Cette affirmation du droit en discipline scientifique et structurée à côté des autres sciences sociales est présentée par des auteurs contemporains[193] comme la création de ce qu'ils appellent une « dogmatique » (si l'on lit ces auteurs entre les lignes ; ils auraient dit naguère « pensée petite bourgeoise ») : c'est à dire une construction du droit en faisant abstraction des autres sciences sociales en les tenant pour accessoires. Selon ces auteurs[194], les membres de la doctrine utiliseraient la même langue, la même technique et les mêmes supports de diffusion pour construire un ou des systèmes de droit privé.

L'autre point de discussion sur la structuration de la doctrine réside dans l'origine même des auteurs : praticiens ou théoriciens ? Le XIXe siècle voit coexister les deux : MARCADIE, DUVERGIER (avocats) ; PONT, TROPLONG (magistrats) ; TOULLIER, PROUDHON, DURANTON, DEMANTE, VALETTE (professeurs).
Sans le dire vraiment, la doctrine serait celle des universitaires, les praticiens étant soupçonnés d'être partiaux et/ou de ne pas satisfaire à des critères scientifiques suffisants en termes de quantité et qualité de recherche préalable. Ce qui se murmure ou se sous-entend : la doctrine est nécessairement celle des professeurs. L'analyse du recrutement des docteurs et des professeurs de droit[195] ; l'existence du concours d'agrégation représentant la garantie d'un rituel suffisamment sélectif et républicain pour placer les élus, ou ceux qui au moins tentent de passer ce cap, au-dessus de tout soupçon. En outre, dans l'échelle des mérites français et dans la logique de l'honneur des élites françaises : le concours, national, académique, ne peut que se situer au sommet de la hiérarchie des valeurs. Le professeur de droit, agrégé parle donc d'or…

II. OPINION DOCTRINALE ET REMUNERATION : L'INDEPENDANCE

CARBONNIER dans l'introduction aux archives de philosophie du droit consacrées au thème « l'argent et le droit »[196] convoque la figure du *Mammon*, ce faux Dieu de la mythologie carthaginoise ; ce dieu Argent venue de Phénicie ; diabolisé, les individus y sacrifient tout. Dans le même volume des archives, les auteurs sont invoqués : MAUSS et son apologie ambiguë du don, WEBER qui permet de sortir de la stigmatisation de l'argent[197]. Toutefois HAYEK et sa recherche libérale du profit est opposé à HABERMAS qui préfère la richesse de la communication[198].

On l'aura compris, l'argent demeure une valeur peu recommandable, en France, quand on l'associe à des vertus intellectuelles. La discussion porte alors sur l'indépendance de la doctrine quand les universitaires bénéficient de consultations ; voire quand ils deviennent avocats[199]. Des collègues s'alarment sur le désinvestissement de jeunes universitaires qui s'associent à de « *grands cabinets d'avocats, comme si leur titre d'entrée à l'université leur servait de sésame ailleurs* »[200].

Certes, il est usuel d'invoquer la tradition de la consultation ; sans convoquer nécessairement les jurisconsultes, les professeurs de droit ont toujours consulté[201] et les auteurs prompts à pourfendre la « dogmatique » n'y voient, étrangement, pas malice[202].

---

[193] Ph. JESTAZ, C. JAMIN, *op. cit*. p. 141 et s.
[194] *Ibid*.
[195] Ph. JESTAZ, C. JAMIN, *op. cit*. p. 157 et s.
[196] *L'argent et le droit*, ADP t. 42, ed. Sirey 1998.
[197] P. DEMEULENAERE, *La légitimation et la dénonciation de la recherche de l'argent dans la modernité*, ADP t. 42 *préc*., p. 137 et s.
[198] *Ibid*.
[199] Ph. JESTAZ, C. JAMIN, *op. cit*. p. 180 et s.
[200] O. BEAU, R. LIBCHABER, « Où va l'Université ?, Les chemins de la liberté », *JCP G* 2014, 1264, n° 12.
[201] Ph. JESTAZ, C. JAMIN, *op. cit*. p. 181.
[202] *Ibid*.

Il paraît donc difficile d'affirmer que la doctrine devient la doctrine a de simples fins d'enrichissement personnel ; le doctorat et l'agrégation de droit ne constituent pas la voie la plus assurée pour accéder à un haut niveau de rémunérations ; sans doute qu'un troisième cycle de fiscaliste constitue un moyen plus prévisible.

On observera simplement que le niveau de rémunération d'un professeur de droit français est inférieur d'un tiers environ à celui de ses collègues allemands ou italiens. Aussi, aujourd'hui, les universitaires théoriciens coexistent-ils avec les universitaires consultants, voire avocats au sein des facultés de droit. Est-il avéré que la pratique à des fins de revenus qui dépassent le traitement de professeur permette réellement de nourrir la réflexion théorique ? La réponse est nécessairement biaisée.

Le conflit entre liberté de pensée et consultation n'est pas complètement avéré non plus. Un professeur non consultant a des opinions sur les matières qu'il illustre et un professeur consultant a aussi des opinions… sur les affaires qu'il traite ; peut-être cela devient-il délicat d'écrire pour ces derniers ; ils risquent de se retrouver un jour en contradiction entre posture académique passée et opinion à fournir sur commande.

Finalement cette question de l'enrichissement devient secondaire dès lors que l'intéressé répond aux impératifs de l'état d'universitaire : le temps consacré à l'Université, celui accordé à la recherche.
C'est peut-être cette répartition entre enseignement, recherche et, pour certains, pratique, qui permet le mieux de répondre aux évolutions du droit contemporain.

III. LA DOCTRINE AU SERVICE DU DROIT CONTEMPORAIN

Opinion, mise en ordre des matières, recherche de principes et élaboration de théories générale : telles sont les missions endossées par la doctrine. Elles n'ont pas beaucoup évolué ; les théories elles même sur lesquelles ces analyses peuvent se fonder demeurent inchangées : une approche plus ou moins sociale du droit/ une approche plus ou moins centrée sur les attentes des professionnels ou des entreprises.

On se plaît à souligner la différence avec l'Amérique du Nord où l'analyse économique du droit occupe la moitié des revues ou bien l'approche par les *critical studies* (*gender studies*, *race studies*) ou encore par la philosophie ont renouvelé la recherche scientifique en droit. Le divorce est alors encore plus grand, outre-Atlantique, entre la spéculation purement universitaire et le droit légiféré ou jurisprudentiel, autrement dit le droit positif.

En France rien de tel, il est difficile de percevoir un renouvellement de l'analyse du droit par l'économie ou une autre science sociale en droit privé ; bien qu'un ancien Président de la Cour de cassation (G. CANIVET) ait tenté d'apporter une approche plus économique du droit et que le droit de l'Union européenne, notre droit quotidien donc, soit entièrement sous tendu par un raisonnement économique. La discussion doctrinale française continue de porter sur des points éminemment classiques comme, par exemple, le soin de savoir s'il appartient à la Cour de cassation d'éclairer sa jurisprudence ou bien si ce rôle appartient exclusivement à la doctrine[203].

[203] Y. GUENZOUI, « Un conflit de doctrines, Doctrine universitaire versus Doctrine de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2014, p. 275.

On ne sait s'il faut se féliciter ou s'attrister de cette stabilité ; il reste certain que les auteurs universitaires continuent au quotidien d'analyser, de rationnaliser notre droit technique et évolutif. Son charme actuel réside d'ailleurs dans la multiplicité des sources : européennes, nationales, internationales avec beaucoup de droit mou ; à faire durcir ensuite pour obtenir la règle de droit. Aujourd'hui la quête de la norme applicable, mieux encore du bouquet de normes ou de la règle interprétée à la lumière d'une autre règle (laquelle ?, quelle lumière ?) ; le contrôle de ces normes par des normes supérieures : tout ce qui fait le charme du droit contemporain représente précisément le droit de la doctrine : le droit des sources, c'est le droit des professeurs.

Ces derniers restent donc au service du droit contemporain : à l'Université, comme expert, voire comme consultants, les trois fonctions occupées tour à tour dans une même journée.

Pour conclure sur la question de la doctrine et de l'intérêt personnel qu'il y aurait à faire du droit comme professeur, une nouvelle méthode s'ouvre en France. La pratique de la consultation n'est plus dévolue aux seuls universitaires ; ces derniers sont invités à ouvrir des cliniques du droit pour que les étudiants s'y exercent. Ils rencontreront sur leur chemin d'autres professionnels du droit qu'il va falloir amadouer car ils craindront de perdre des clients : les avocats !

La Revue
" A qui profite le droit ? "
Numéro 11 - Juin 2017

Second grief : La norme détournée par les destinataires du droit ?

LES SUBTILITES DU DROIT FISCAL

*Jean-Luc **ALBERT**,*
Professeur de droit public, Université d'Auvergne Clermont 1
Doyen honoraire de la Faculté de Droit de l'Université Lumière Lyon 2

Qu'est donc que la subtilité ? Le Larousse usuel définit celle-ci comme suit : caractère d'une personne, d'une chose subtile, pensée, parole d'une finesse parfois excessive. Est subtil ce qui a de la finesse, est ingénieux, perspicace mais aussi exige beaucoup de finesse, de sagacité. Ainsi la subtilité peut-elle conduire à l'excès et donc à un risque de complexité, voire à une certaine incompréhension, ce qui, s'agissant de la norme fiscale, n'est pas forcément nécessaire pour ne pas comprendre le *Code général des impôts*. Le terme même de « subtilité » se rencontre en fait de façon assez usuelle.

La « matière » fiscale est concernée sous une double acception : soit à raison de la grande compréhension par certains contribuables des mécanismes fiscaux pour chercher à réduire le poids fiscal voire à l'éliminer et cela peut conduire à l'optimisation fiscale voire au franchissement d'une ligne invisible et ce sera l'abus de droit fiscal, soit *a contrario* à se retrouver dans une situation inverse parce que le contribuable n'aura pas compris les « nuances » introduites par le législateur dans l'application de tel ou tel dispositif et de ce fait perdra un avantage fiscal ou se verra plus lourdement imposé.

Certaines de ces « subtilités » sont la conséquence de choix de politique fiscale, ou d'une lecture particulière qui peut être faite par l'administration fiscale au sein des instructions fiscales, ou même être la conséquence de « cadeaux » fiscaux faits à tel ou tel groupe économique, social, socio-professionnel venant introduire un traitement particulier par rapport au droit commun fiscal, faut-il encore pour en bénéficier répondre aux conditions parfois particulières que l'on peut identifier à la lecture du *Code général des impôts*.

Le domaine fiscal est un domaine juridique qui suppose une certaine compréhension de la norme. Le Conseil constitutionnel, sans doute trop rarement, a pu censurer des dispositions législatives parce que ne permettant pas aux contribuables tout simplement de comprendre de façon claire le sens et la portée d'une norme législative.

Ce contentieux relatif à l'accessibilité et à l'intelligibilité de la loi a été explicité par l'actuel Président du Conseil constitutionnel Monsieur Jean-Louis DEBRE lors d'un colloque organisé sur le thème de « Mieux légiférer », tenu à l'Assemblée nationale en novembre 2014. Le propos (que l'on retrouve sur le site du Conseil constitutionnel) était explicitement centré sur les excès quantitatifs de la production législative, la médiocrité de l'écriture juridique, l'instabilité de la norme et donc le développement d'un sentiment accru d'insécurité juridique, ce qui a amené ces dernières années au développement de nouveaux axes de recherche et de travail autour du thème de la légistique, et sur la tentative de définir une protection *a minima* du citoyen confronté à la règle de droit, même si les décisions de censure ont finalement été assez rares en ce domaine.

Monsieur Jean-Louis Debré mettait en avant un constat quantitatif que l'on reprendra ici : « *En 2002 le nombre de caractères des textes législatifs était de 1,87 million. En 2013, il a atteint 3,82 millions. Le volume des lois a ainsi plus que doublé en dix ans. De ce fait le nombre de pages nécessaires pour reproduire ces textes est passé de 1 152 à 2 440* ». Sur les amendements, « *A l'Assemblée nationale, pour la session 2012-2013, on dénombre 32 545 amendements, et pour la session 2013-2014, 21 051 déposés et 3 896 adoptés. Par comparaison, pour la session 2000-2001, ce nombre était de 7 821. Et pour la session 1999-2000 de 11 522. Là encore, le nombre a plus que doublé* »[204].

La matière fiscale n'échappe pas à ce processus, comme en atteste le texte relatif à la Contribution économique territoriale qui a remplacé la taxe professionnelle : 3 pages et demi au JO pour la loi du 29 juillet 1975 supprimant la patente et instituant la taxe professionnelle, 27 pages au JO pour la partie de la loi de finances pour 2010 consacrée à l'institution de la CET.

De fait, le droit fiscal est plus complexe et constitue, en raison de cette complexité même, un instrument au service de l'administration ou *a contrario* de certains contribuables (particuliers ou entreprises) qui disposent de la capacité à bénéficier d'une assistance, d'une expertise fiscale, ce qui en soi est une rupture de l'égalité devant l'impôt ; cette situation peut être considérée par certains observateurs comme conduisant à une forme particulière de relation entre administration et contribuable (développement des rescrits) pouvant mener jusqu'à la négociation de l'impôt voire sa contractualisation, ce qui peut être aussi considéré comme une rupture fondamentale du principe d'égalité devant l'impôt.

De la subtilité à la complexité, la frontière n'est guère discernable et dépend étroitement de la capacité de l'administré à comprendre la règle de droit qui le concerne et qui doit être appliquée par l'administration, il s'agit alors de partir à la recherche de la subtilité fiscale **(I)** tout en notant que le droit fiscal ne saurait, à l'instar des autres domaines juridiques, être trop subtil parce que devenant complexe et finalement inintelligible, et il faut alors voir comment sont formulées les limites de la norme fiscale et qui peut les clarifier ou les identifier **(II)**.

I. LA RECHERCHE D'UNE SUBTILITE FISCALE

En réalité, le doit fiscal suppose d'abord une compréhension de la norme adoptée et appliquée **(A)** tout en se révélant ensuite et parfois d'une certaine originalité qui peut laisser perplexe dans son appréhension première **(B)**.

A. La norme fiscale et sa compréhension

Le droit fiscal est d'abord fondé sur une écriture particulière qui impose sans doute un effort de compréhension, mais est-ce le seul droit qui requiert cela ?, mais aussi et surtout une qualification, une qualification juridique.

Quel sens donner à un mot, peut-on l'assimiler à ? Quelle en est la portée juridique, quel lien avec d'autres dimensions juridiques comme le droit civil, le droit administratif, le droit des sociétés… tout en s'interrogeant sur une démarche de lecture différenciée, influencée...

[204] Source Conseil constitutionnel.

Maurice COZIAN a toujours dénoncé ce qu'il appelait « la tarte à la crème » de l'autonomie et du réalisme du droit fiscal[205], alors même que Charles DEBBASCH a énoncé le contraire en mettant en avant « l'autonomie indiscutée et indiscutable du droit fiscal »[206], soutenant en cela la thèse du doyen TRAUTABAS lequel n'avait pas hésité à énoncer que « la loi fiscale possède une indépendance qui lui permet d'établir ses propres règles, le droit fiscal, comme « charbonnier » est maître chez lui »[207] !

Sans doute faut-il y voir une « dynamique » de l'école aixoise… ; curieuses approches à « front renversé » : le fiscaliste écarte l'autonomie tandis que l'administrativiste la consacre. En tout état de cause, le juge de l'impôt attend toujours une méthodologie spécifique, l'application de la loi fiscale exigeant une qualification juridique[208].

Il en résulte en réalité une double recherche : quelle a été l'intention du législateur, quelle est l'interprétation de l'administration au travers des instructions fiscales même si celles-ci ne sont opposables qu'à l'administration mais pas au contribuable qui peut ne pas en tenir compte.
Faut-il encore qu'il ose se hasarder en dehors du chemin tracé par l'administration et que sa « subtilité » juridique l'amène à formuler des options et compréhensions différentes. Quant au juge, il se doit d'intégrer le sens et la portée de l'article 12 du *Code de procédure civile*[209].

Jean-Claude MARTINEZ a présenté le droit fiscal comme un droit « cynique » ! Sans doute a-t-il quelque peu raison dans l'analyse du système fiscal, dans l'appréhension de ses mécanismes mais ce droit est la conséquence de décisions politiques qui conduisent à faire des choix, à favoriser certaines activités, certaines formes d'organisation… il appartient au contribuable de l'intégrer dans sa technicité mais que ce droit soit compréhensible du contribuable et non seulement de l'administration.

C'est en ce sens que la Cour d'appel de Versailles devait, en 2002, dans un contentieux en responsabilité opposant les membres d'une société écarter la mise en cause de l'une des personnes concernées en notant (en matière d'assujettissement à la TVA) que cette personne ne pouvait se voir reprocher « l'ignorance d'un mécanisme fiscal dont la complexité peut légitimement échapper à un professionnel de santé et dont l'incidence n'a manifestement pas été comprise… »[210]. On peut concevoir qu'un professionnel de santé ne soit pas aussi un professionnel en matière de fiscalité.

Mais dans le même sens, on peut aussi admettre (s'agissant de l'application de sanctions prévues par le CGI en matière de vente d'un bien), que des dirigeants de sociétés pourtant présentés comme des hommes d'affaires avisés ne soient pas « *au fait des subtilités de la hiérarchie ecclésiastique* », pas plus d'ailleurs que la Cour d'appel de Lyon qui n'avait pas accepté d'examiner « *les pouvoirs respectifs de l'évêque et du Pape dans le domaine de la gestion des biens cultuels* » au regard du droit canon[211] !
A contrario la « *subtilité des moyens employés* » par des gérants de sociétés pour les soustraire à la TVA a montré qu'il s'agissait d'une délinquance réfléchie, la subtilité des manœuvres d'un contribuable devient alors la preuve d'une fraude[212]. Certains dispositifs fiscaux ne sont cependant pas étrangers aux contribuables eux-mêmes, à des intérêts dont on perçoit parfois assez mal le sens ou la portée : pourquoi le caviar est-il au taux réduit de TVA ? Y aurait-il là une subtilité alimentaire cachée ?

---

[205] M. COZIAN, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, 2e éd., Litec, 1986, p. 3.
[206] « Finances publiques et droit administratif », in *Mélanges Trotabas,* LGDJ, 1970, p. 111.
[207] M. COZIAN, *ibid*, p. 4.
[208] CAA Nancy, 23 mars 1995, req. n° 89NC00944, *Consorts Vilain.*
[209] « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée... ».
[210] CA Versailles, 26 nov. 2002, *M. X.*
[211] Cass. Civ., 11 mars 1992, n° 90-13522, *SERIMO.*
[212] C. cass. Crim. 3 mai 2001, n° 00-82416.

B. La norme fiscale et sa finesse d'interprétation

Il est de multiples domaines marqués par des nuances de régime voire des différences de traitement tenant sans doute à des conditions objectives et rationnelles mais traduisant aussi des intérêts quelque peu masqués. Le droit fiscal est d'abord un espace juridique en quête de et du sens.

Qu'est-ce qu'un revenu, qu'est-ce qu'un objet lucratif, qu'est-ce qu'un service public… ? Parfois, il s'agit simplement de bon sens. Ainsi, l'article 1382 du CGI prévoit des domaines d'exonération permanente de certains biens publics au regard de la Taxe foncière sur les propriétés bâties qui frappe les propriétaires ; mais à deux conditions : leur affectation à un service public ou d'utilité générale, la non production de revenus.

En ce sens, la commune de Brest a pu obtenir l'assujettissement de l'État à cet impôt à raison des installations militaires sous-marines qui y sont localisées et sont pourtant affectées au service public de la défense parce que les installations avaient été utilisées par des tiers bénéficiant de prestations pour lesquelles un service de l'État avait été rémunéré[213]. La même approche peut être étendue aux universités qui ont accepté le transfert patrimonial et qui décident de « valoriser » leur patrimoine par exemple par des locations d'amphithéâtre. C'est dans le même sens qu'un département a bien été assujetti à cet impôt à raison d'une propriété certes affectée à un service public, propriété gérée dans le cadre d'un bail emphytéotique conclu avec une association qui comportait un loyer et donc un revenu[214]. Dans le même cadre fiscal, la recherche par un propriétaire du transfert de la charge fiscale, l'article 1400 du CGI permet de dissocier propriété juridique et propriété utile, effective, en prévoyant en son point II *que « lorsqu'un immeuble est grevé d'usufruit ou loué soit par bail emphytéotique, soit par bail à construction, soit par bail à réhabilitation ou fait l'objet d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitutive d'un droit réel* » il est permis d'établir la taxe au nom de l'usufruitier, de l'emphytéote du preneur à bail à construction ou à réhabilitation ou du titulaire de l'autorisation.

Certes, mais faut-il encore que l'on ne cherche pas à donner à cette liste une interprétation qui n'est pas celle du législateur. Ainsi, la CAA de Nantes a estimé en 2002[215] que cette disposition ne pouvait être considérée comme visant aussi les baux passés par les collectivités dans le cadre de BEA car mettant en cause certains principes fondamentaux du bail emphytéotique comme la libre cessibilité du bail élément majeur du bail emphytéotique, approche confirmée plus récemment par le Conseil d'État dans une autre affaire en raison de l'absence de cessibilité du droit au bail[216].

Ajoutera-t-on que si la loi du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux petites entreprises a commis le crime irréparable de remettre en cause des siècles d'enseignement du droit administratif en prévoyant en son article 72 qu'un fonds de commerce peut être exploité sur le domaine public sous réserve de l'existence d'une clientèle propre ce qui permet désormais [217] l'émergence de baux commerciaux sur le domaine public, cette réforme majeure n'a pas modifié l'article 1400 du CGI s'agissant du transfert de la charge fiscale ; pour autant, un bail commercial est une autorisation d'occupation temporaire, faut-il encore que le contrat conclu ait toutes les caractéristiques d'un bail commercial et ne soit pas déformé dans ses éléments fondamentaux par la collectivité publique propriétaire, auquel cas le transfert de la charge fiscale a de fortes chances d'être remis en cause.

---

[213] CE, 6 nov. 2009, n° 310642, *Min. de la défense.*
[214] CE, 24 nov. 2010, n° 323982, *Assoc. Lehugeur-Lelièvre.*
[215] CAA Nantes, 16 oct. 2002, n° 98NT00119, *OGEC Saint Vincent de Paul.*
[216] CE, 7 mai 2011, n° 320262, *SA d'HLM des élèves de l'école centrale des arts et manufactures.*
[217] CE, 24 nov. 2014, n° 352402, *Soc. des remontées mécaniques Les Houches-Saint-Gervais.*

Le droit fiscal est « truffé » de dispositifs pouvant mener à quelques interrogations. L'une de ces interrogations concerne la TVA et le chocolat. Si l'on s'en tient à l'article 278-0 bis A-1°-b du CGI, le chocolat est soumis à un taux de TVA de 5,5%, il s'agit bien, à l'instar du caviar, d'un produit de première nécessité ! En réalité, cet article, particulièrement mal rédigé ne vise que « le chocolat, le chocolat de ménage au lait, les bonbons au chocolat, les fèves de cacao et le beurre de cacao » ! En dehors de ce domaine c'est le taux normal ! Mais l'administration fiscale précise aussi que les produits relevant de certaines catégories (chocolat au lait, chocolat blanc, chocolat fourré, *chocolate a la taza*, *chocolate familiar a la taza*) sont soumis au taux normal. Soit, mais quel sens donner à certains de ces termes : le chocolat n'aurait-il pas aujourd'hui une interprétation large dans sa composition ?
Qu'est donc le chocolat de ménage au lait ? Dans le cadre de la transposition d'une directive européenne, un décret du 29 juillet 2003 est la source de référence de l'administration fiscale puisque l'annexe I de ce décret en son point A 1. 4 Chocolat au lait précise en son point 5 ce qu'est le chocolat de ménage au lait ; il s'agit d'un produit « *obtenu à partir de produits de cacao, de sucres et de lait ou produits de lait et qui contient : pas moins de 20% de matière sèche de cacao ; pas moins de 20% de matière sèche de lait provenant de la déshydratation partielle ou totale de lait entier, de lait partiellement ou totalement écrémé, de crème partiellement ou totalement déshydratée, de beurre ou de matière grasse lactique ; pas moins de 2,5% de cacao sec dégraissé, pas moins de 5% de matière grasse lactique, pas moins de 25% de matière grasse totale (beurre de cacao et matière grasse lactique)* », vous pouvez donc faire plus mais pas moins : vous disposez d'une marge de manœuvre de 27,5%.

Un autre doute peut saisir le lecteur de l'article : qu'est-ce qu'un bonbon au chocolat ? Sur ce point la réponse de l'administration fiscale est d'une particulière clarté puisqu'elle a été formulée dans une instruction fiscale et dispose là aussi d'une dimension réglementaire avec le point 10 du A de l'Annexe I au décret de 2003 précité : il s'agit de « produits de la taille d'une bouchée constitués : soit de chocolat fourré, soit d'un seul chocolat ou d'une juxtaposition ou d'un mélange de chocolat au sens des définitions figurant aux points 3, 4, 5 ou 6 et d'autres matières comestibles, pour autant que le chocolat ne représente pas moins de 25% du poids total du produit » ! Bref, un bonbon au chocolat peut ne comprendre que 25% de chocolat.

Mais alors se demandera-t-on au vu de cette définition particulièrement claire : qu'est-ce qu'une bouchée ? Le décret n'y répond pas. L'administration fiscale, elle, si ! En précisant que « *À titre de règle pratique, sont considérés comme des produits de la taille d'une bouchée les produits dont la dimension maximale n'excède pas cinq centimètres et dont la masse n'excède pas vingt grammes* ». Les artisans chocolatiers sont sauvés !

Ce débat fiscal autour du taux réduit de TVA concernant le chocolat n'est pas mineur et est ancien[218]. Ce questionnement n'est d'ailleurs pas l'apanage de la matière fiscale et se retrouve aussi par exemple en matière de marques commerciales au plan européen[219]. Mais les doutes interprétatifs peuvent demeurer avec parfois des changements de doctrine : qu'est donc qu'un « teacake » ? Un biscuit recouvert de chocolat ou un gâteau ? Dans le système britannique s'il s'agit d'un biscuit recouvert de chocolat c'est le taux normal ; s'il s'agit d'un gâteau c'est le taux zéro. Or, l'administration fiscale britannique a elle-même hésité : dans un premier temps elle a qualifié (en 1973) ce produit de biscuit recouvert de chocolat pour

[218] Taux réduit de TVA pour la vente au consommateur de poudres aromatisées pour boissons ayant le caractère de produits alimentaires car ne pouvant être regardée comme une opération portant sur des boissons dès lors qu'elle ne comporte pas la fourniture du liquide auquel ces produits sont destinés à être mélangés, CE, 28 févr. 1996, n° 126616, Min. de l'éco. Etc. ; le produit Nutella (7,5% de poudre de cacao) est une « pâte à tartiner consommée en l'état », composé de lait, d'huile, de noisette, de sucre et de cacao, mais est-ce une crème-dessert au chocolat bénéficiant du taux réduit ?, CE, 11 juil. 1977, n° 01929, SA Ferrero France.
[219] Sens du mot « doughnut » en anglais : « petit gâteau moelleux en forme d'anneau épais fait de pâte », mot qui ne parait pas exister en espagnol (équivalents : donut, rosquilla), qui ne peut être confondu avec une marque antérieure verbale espagnole « DOGHNUTS », CJUE, 8 mai 2014, aff. C-591/12 P, Bimbo SA c. OHMI et Panrico SA.

se raviser vingt ans plus tard (1994) et les assimiler à des gâteaux, soulevant inévitablement le contentieux de la répétition de l'indu[220].

Ces interrogations ne sont pas rares non plus en matière douanière au regard de l'application de la Nomenclature combinée. Ainsi, le règlement 2011 relatif au tarif douanier organisait la question du chocolat (« *cacao et ses préparations* ») en tenant compte de la teneur du produit, de sa nature[221]. De fait, un avocat général n'a pas hésité à montrer les contradictions dans la qualification sur cette base en se référant au « *Mozartkugeln* » « *spécialité autrichienne célèbre de massepain et de nougat recouvert de chocolat au lait* » : s'agit-il d'un dérivé du chocolat « *bien qu'il en contienne très peu* » et il ne se verrait pas appliquer le règlement ; s'agit-il d'un gâteau et il figurerait dans la liste du règlement bien qu'il contienne un pourcentage de chocolat[222].

De grandes interrogations que voilà. La subtilité de la norme fiscale amène à des questionnements d'une grande subtilité alimentaire.

II. LES LIMITES DE LA SUBTILITE DE LA NORME FISCALE

Le droit fiscal ne saurait être trop subtil **(A)** et être exploité de façon trop subtile par le contribuable **(B)**.

A. Un frein à la subtilité de la norme fiscale : l'inaccessibilité et l'inintelligibilité

Le droit fiscal, dans sa construction par le législateur, ne saurait devenir incompréhensible parce que trop savant, trop complexe, et parfois même trop subtil. Au vu de ce propos introductif, la simple lecture du *Code général des impôts* devrait conduire à la censure d'une part importante de celui-ci ; et pourtant ce n'est pas le cas. Quel sens donner à l'intelligibilité de la loi et donc de la loi fiscale ?

Par sa décision 99-421 DC du 16 décembre 1999, le Conseil devait énoncer que le non-respect de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi amenait à ce que l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et "*la garantie des droits*" requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ; qu'une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel "tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas" ; Cette inaccessibilité ou inintelligibilité de la loi peut passer par un vocabulaire imprécis, une formulation confuse, des renvois erronés, des calculs d'une certaine voire grande complexité, etc.

Au vu d'un tel énoncé, le paradoxe est de voir que si cette exigence constitutionnelle a souvent été évoquée, elle a en fin de compte peu conduit à la censure d'une disposition fiscale. Le Conseil a cependant jugé inconstitutionnelle une disposition législative ne répondant pas à l'exigence de clarté qui découle de l'article 34 de la Constitution : une disposition législative qui est incompréhensible et donc inapplicable est entachée d'incompétence négative ; en ce sens, une disposition fiscale susceptible de deux interprétations, entre lesquelles les travaux préparatoires ne permettaient pas de trancher, n'avait pas fixé les règles concernant l'assiette de l'impôt, est donc entachée d'incompétence négative (décision n° 85-191 DC du 10 juillet 1985). Le Conseil constitutionnel recourt à la formulation suivante : « *considérant qu'il*

[220] CJCE, 10 avr. 2008, *Marks & Spencer plc c. Commissioners of Customs & Excise*, aff. C-309/06.
[221] Cf. J-L ALBERT, *Douane et droit douanier,* p.144 et s., PUF, 2013.
[222] Concl. M. Damaso, sous aff. C-465/02 et C-466/02, R*ép. Féd. D'Allemagne et Royaume de Danemark c. Commission*.

incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui impose d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques » (n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009). De la même façon, dans sa décision n° 2005-530 DC, le Conseil constitutionnel a censuré l'intégralité de l'article 78 de la loi de finances pour 2006, notamment car sa complexité était excessive eu égard à sa finalité. Il s'agissait de fixer un plafonnement global des niches fiscales. Les contribuables devaient calculer par avance le montant de leur impôt, afin d'évaluer les conséquences des nouvelles règles de plafonnement sur tel ou tel de leurs choix. Ces calculs étaient d'une très grande complexité qui se traduisait notamment par la longueur de l'article 78 (9 pages de la "petite loi" et 14 801 caractères), par le caractère imperméable au profane (et parfois ambigu pour le spécialiste) de ses dispositions, ainsi que par les très nombreux renvois qu'il comportait à d'autres dispositions ».

Une telle approche amène à s'interroger sur l'existence ou non d'un contribuable modèle, étalon, qui serait la référence objective pour qualifier telle ou telle norme fiscale d'inaccessible ou d'inintelligible. On pourrait sans doute ici faire le lien avec la jurisprudence traditionnelle rencontrée en droit de la consommation et que l'on pourrait transposer ou adapter : ainsi dans un arrêt rendu le 11 mars 1993, la chambre criminelle de la Cour de cassation (n° 91-83655) avait pris comme référence le consommateur normalement intelligent ne pouvant raisonnablement croire certaines choses, le consommateur moyen qui est en mesure de faire la différence.

Or, le Conseil constitutionnel fait lui-même œuvre de subtilité juridique en énonçant que l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ne peut en lui-même être invoqué à l'appui d'une QPC (n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012 et n° 2012-283 QPC du 23 novembre 2012). Toutefois, un tel objectif, lorsqu'il est fondé sur la méconnaissance de la première phrase de l'article 2 de la Constitution, peut être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité (n° 2010-285 QPC du 30 novembre 2012). Le Conseil a ainsi jugé « *qu'aux termes du premier alinéa de l'article 2 de la Constitution : "La langue de la République est le français" ; que si la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution, l'atteinte à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité de la loi qui résulte de l'absence de version française d'une disposition législative peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité* » (cons. 12).

B. Un frein à la subtilité du contribuable

Il convient sans doute de connaître la norme fiscale, de la maîtriser mais si l'on a le droit de l'utiliser avec intelligence, il ne faut cependant pas vouloir être trop intelligent et forcer son « destin » fiscal. Trop de contribuables faisant preuve d'une conviction personnelle affirmée tentent de s'insérer dans les domaines les plus avantageux de la fiscalité, au risque d'une remise en cause de situations considérées parfois comme parfaitement établies et acquises.

Le refus d'une requalification, le refus d'un montage, d'une assimilation par l'administration sont le reflet de certaines limites qui impliquent là encore une réelle interrogation sur les stratégies des contribuables. L'objectif est toujours le même, à savoir se situer dans le champ des exonérations, des taux réduits, super réduits… en matière d'imposition, nonobstant les questions de fraude fiscale, d'escroquerie qui ne relèvent pas de la présente analyse.

En ce domaine l'instrument majeur est bien entendu l'abus de droit fiscal qui constitue l'une des armes à disposition de l'administration fiscale pour remettre en cause des montages, des organisations fondées sur une exploitation la plus astucieuse que possible de la norme fiscale et dès lors que l'objectif est exclusivement fiscal.

L'arrêt *Janfin* en avait montré la portée en mettant en avant l'inopposabilité d'un acte de droit privé à l'administration lorsque « se révèle une fraude commise en vue d'obtenir l'application de dispositions de droit public et d'y faire échec même dans le cas où cette fraude revêt la forme d'un acte de droit privé, ce principe s'appliquant également en matière fiscale dès lors que le litige n'entre pas dans le champ d'application des dispositions particulières de l'article L.64 du LPF, qui lorsqu'elles sont applicables font obligation à l'administration fiscale de suivre la procédure qu'elles prévoient »[223]. L'article L.64 du LPF prévoir pour sa part, le droit pour l'administration d'écarter comme ne lui étant pas opposables les actes constitutifs d'un abus de droit (fictifs ou application littérale textes ou décisions) lorsque l'objectif est d'éluder totalement ou partiellement l'impôt.

Le quotidien du droit fiscal repose aussi sur une interprétation extensive de sa situation aux fins de se voir conférer un traitement fiscal plus favorable. Hélas, bien souvent cette approche est écartée. Ainsi, une société civile agricole exploitant un parc zoologique ne pouvait être assimilée à une exploitation agricole et de ce fait bénéficier de l'exonération accordée aux exploitants agricoles, fallait-il encore que l'on définisse ce qu'est un parc zoologique[224]. Le Conseil d'État avait en outre précisé que les animaux sauvages étaient des immobilisations corporelles dont la valeur « locative » doit être comprise dans les bases de la taxe professionnelle[225].

Dans le même sens, une association religieuse fut assujettie à la taxe professionnelle parce qu'elle tirait principalement ses ressources de livres et de disques et employait des méthodes commerciales[226].

Hésitations, incertitudes, tentatives d'assimilation ont marqué la vie des arbitres professionnels. Quel est leur statut fiscal ? Le Conseil d'État devait y répondre par des décisions successives : ils ne sont pas des sportifs et ils ont une activité professionnelle. En ce sens, « *l'activité d'un arbitre de football consiste à veiller au respect de la réglementation technique du football pendant le déroulement d'une compétition et ne peut être assimilée à la pratique de ce sport* » ce qui les a empêchés de bénéficier d'une exonération de la taxe professionnelle[227], n'étant pas liés à la « *Fédération française de football par un lien de subordination caractérisant l'exercice d'une activité salariée* »[228].

On peut aller plus loin dans les interrogations. Un livre est-il un livre ? Voilà une question curieuse dont la réponse fiscale est *a priori* évidente : oui et de fait le taux de TVA applicable est habituellement le taux réduit, variable selon l'État concerné.
Or, si l'on accole au mot livre une forme plus particulière comme celle de livre électronique la réponse sera différente puisque l'on va se demander ce qu'est un livre électronique pour savoir si le sens qu'on lui donne permet tout autant d'appliquer le taux réduit de TVA ou *a contrario* un autre taux.

[223] CE, 27 sept. 2006,n° 260050, *Soc. Janfin*.
[224] CAA Bordeaux, 24 juil. 2001, n° 98-351, *SCA Fauna Flora Amazonica.*
[225] CE, 1er mars 1989, n° 70518, *SA Le Parc zoologique et de loisirs de Thoiry.*
[226] TA Limoges, 7 nov. 1987, *Assoc. internationale pour la conscience de Krishna*.
[227] CE, 18 janv. 2008, n° 303816, *Min. de l'éco*.
[228] CE, 5 nov. 2008, n° 311951, *Min. du budget.*

C'est ce que vient de faire la CJUE dans son arrêt du 5 mars 2015, *Commission c. Grand-Duché de Luxembourg* (C-502/13), alors même que l'annexe III de la directive TVA énonce que dans la catégorie des prestations « *pouvant faire l'objet de taux réduits de TVA* », il y a la « *fourniture de livres ; sur tout type de support physique* ».La question devrait donc être réglée pour le livre électronique ; c'est un livre ; cependant, la Cour note qu'un tel livre nécessite pour être lu un support physique qui n'est « *cependant pas compris dans la fourniture de livres électroniques* ». Cela a amené la Cour à estimer que la fourniture de livres électroniques est une prestation de service et non une livraison de bien, le livre électronique n'étant pas qualifié de bien corporel, dès lors que le support physique permettant la lecture de ce livre, « *qui pourrait être qualifié de « bien corporel » est absent de la fourniture* ». Bel exemple de subtilité juridique !

Dans le même ordre d'idée, la question de la tarification douanière illustre bien les difficultés inhérentes à certains mécanismes, les tentations attractives et la nécessité de s'accorder sur des concepts. À cet égard, c'est la CJUE qui est un acteur décisif dans l'interprétation du classement tarifaire des marchandises (au regard de ses éléments substantiels !) comme le traduit la célèbre affaire de la viande de chameau ! Par l'arrêt *Deli Ostricht NV c. Belgische Staat* du 27 octobre 2011 la Cour a cherché à identifier le classement de la viande de chameau congelée en provenance d'Australie[229]. S'agissait-il, à l'occasion d'une demande de remboursement de droits d'importation, d'un produit à classer en rubrique 0208 90 95 « *Autres* » (dans la rubrique « *0208 Autres viandes et abats comestibles, frais, réfrigérés ou congelés* ») ou d'un produit relevant de la sous-position 0208 90 40 « *autres* » mais concernant le gibier à poil, à plume… alors même que la Cour notait que les deux parties (déclarant et administration) étaient en accord pour indiquer que ces chameaux ne sont pas des chameaux d'élevage ? Leur différence d'analyse portait en fait sur le critère pertinent de classification : s'agissait-il d'animaux sauvages ou d'animaux habituellement chassés (ce qui ne serait pas le cas des chameaux). La Cour constate que la viande de chameau n'est pas visée explicitement par « *le libellé des positions* » et se réfère à un arrêt précédent de 1973 rendu à propos de la viande de renne[230], le terme de gibier étant alors défini comme visant « les catégories d'animaux qui vivent à l'état sauvage et font l'objet de la chasse ».
Il en résulte une décision favorable à la thèse de l'entreprise : « *… la Commission a fourni, dans ses observations écrites, des éléments factuels qui confirment qu'une grande partie de la population de chameaux en Australie est retournée à l'état sauvage et que ceux-ci font effectivement l'objet de prélèvements réguliers notamment à des fins de transformation en aliments, faits dont il peut, le cas échéant, être inféré que la viande en cause provient de chameaux ayant fait l'objet de la chasse.*
En conséquence, il y a lieu de répondre à la question posée que la NC doit être interprétée en ce sens que la viande de chameau doit être classée dans la sous-position 0208 90 40 en tant que « autres viandes de gibier » si les chameaux dont provient cette viande vivaient à l'état sauvage et ont fait l'objet de la chasse ».

Cette subtilité d'analyse autour de la nomenclature douanière se perçoit de façon tout aussi évidente dans un arrêt de la CJUE du 20 novembre 2014[231] « Utopia », selon lequel, « *l'article 60 du règlement (CEE) n° 918/83 du Conseil, du 28 mars 1983, relatif à l'établissement du régime communautaire des franchises douanières, tel que modifié … doit être interprété en ce sens que, si les animaux spécialement préparés pour être utilisés en laboratoire qu'un importateur fait entrer sur le territoire de l'Union européenne sont*

[229] CJUE, 27 oct. 2011, aff. C-559/10, *Deli Ostricht NV contre Belgische Staat*.
[230] CJCE, 12 déc. 1973, aff. 149/73, Witt, *Rec*. p. 1587.
[231] Demande de décision préjudicielle de la Cour de cassation - France) – Direction générale des douanes et droits indirects, Chef de l'agence de poursuites de la Direction nationale du renseignement et des enquêtes douanières, Direction régionale des douanes et droits indirects de Lyon / Utopia SARL, (Affaire C-40/14) *(Renvoi préjudiciel – Union douanière et tarif douanier commun – Franchise des droits à l'importation – Animaux spécialement préparés pour être utilisés en laboratoire – Établissement public ou d'utilité publique ou privé agréé – Importateur ayant pour clients de tels établissements – Emballages – Cages servant au transport des animaux)*

destinés à un établissement public ou d'utilité publique, ou privé agréé, ayant pour activité principale l'enseignement ou la recherche scientifique, cet importateur, bien qu'il ne soit pas lui-même un tel établissement, peut bénéficier de la franchise de droits à l'importation prévue à cet article pour ce type de marchandise. Toutefois, La règle générale 5, sous b), de la nomenclature combinée figurant à l'annexe I du règlement (CEE) n° 2658/87 du Conseil, du 23 juillet 1987, relatif à la nomenclature tarifaire et statistique et au tarif douanier commun, telle que modifiée… doit être interprétée en ce sens que des cages servant au transport d'animaux vivants destinés à la recherche en laboratoire ne relèvent pas de la catégorie des emballages qui doivent être classés avec les marchandises qu'ils contiennent », ce qui conduit à l'application d'une autre classification et tarification !

Subtilité juridique qui n'est pas toujours perçue dans sa plénitude par les entreprises !

La Revue
" A qui profite le droit ? "
Numéro 11 - Juin 2017

LE DETOURNEMENT DE LA REGLE DE PROCEDURE PENALE AU SERVICE DE LA REPRESSION

*Jean-Baptiste **PERRIER**,* [232]
Professeur de droit privé et de sciences criminelles, Centre Michel de l'Hospital EA 4232, Université Clermont Auvergne

Après avoir organisé, il y a deux ans, un colloque sur le thème « *Sexe et droit* », l'ACDD nous surprend encore. Le thème est polémique, provocateur ; il offre aussi une très grande liberté, dans la façon de l'aborder, dans le choix des réquisitions ou dans la défense qui sera adoptée. Mais cette liberté à un prix, car réfléchir au détournement de la norme pénale par les initiés, suppose de répondre à une question difficile : qui sont les initiés en matière pénale ?

La réponse n'est pas aisée, tout au plus peut-on dire que le sens est ici beaucoup plus large que les initiés, primaires ou secondaires, visés par les infractions boursières de délit et de manquements d'initiés. L'initié, en droit pénal, serait donc plus large, il renverrait à celui qui connaît la règle de droit, à celui à qui elle se destine.

L'on pense alors aux auteurs d'infraction et certains sont de véritables initiés, des délinquants aguerris qui connaissent parfois mieux la règle de droit que le jeune conseil, désigné pour venir les assister lors de la garde à vue, ou plutôt convient-il de dire, pour venir assister à la garde à vue, tant l'assistance de l'avocat est passive.
Toutefois, cette catégorie renvoie plus au respect, ou au détournement profitable de la règle de droit pénal, au sens des incriminations générales que tout un chacun doit respecter. Or, l'enjeu de la question de savoir à qui profite le droit, en matière pénale, se situe sans doute plus sur la règle de procédure pénale. Dès lors, la question se précise : Qui doit respecter les règles de procédure pénale ? Et donc qui pourrait profiter de leur détournement ?

La réponse apparaît alors avec plus d'évidence : ce sont les services d'enquête, les services de police judiciaire, mais aussi les magistrats, la justice pénale, qui doivent respecter les prescriptions du *Code de procédure pénale*. Certes, certains détournements de la règle de procédure pénale peuvent profiter aux auteurs d'infractions, mais ils ne sont chargés ni de les respecter ni de les faire respecter.

Si l'on présente le *Code de procédure pénale* comme le code des malfrats, il ne faut jamais oublier que les règles de procédure pénale ont pour objectif d'assurer un équilibre, entre l'objectif répressif et le respect des droits des personnes suspectées. Ce n'est que lorsque la norme est détournée de cet équilibre, lorsqu'elle ne permet pas d'atteindre cet objectif en respectant les grands principes énoncés dans l'article préliminaire du *Code de procédure pénale* qu'il y a détournement, au sens du détournement de son objectif initial.
Et à bien y regarder, sous l'angle de la protection des droits, ce sont bien les autorités de poursuites, au sens large, qui ont intérêt au détournement de la norme et ce sont elles qui en ont la possibilité. Puisque la procédure pénale se veut être un droit d'équilibre (ce qu'elle n'est que très imparfaitement), parfois vu comme un obstacle à la poursuite des infractions, le détournement vise justement à contourner l'obstacle.

[232] L'auteur a choisi de conserver le style oral de sa présentation.

Cela étant, face aux principes en jeu, l'on pourrait s'attendre à ce qu'un tel détournement soit empêché, sinon sanctionné. La réalité est toute autre, tant il apparaît que dans certains cas, le détournement de la procédure pénale est admis. Reste à savoir pourquoi il est admis, et s'il est toujours admis.
Ces deux questions font apparaître l'enjeu de cette intervention consacrée au détournement de la procédure pénale au service de la répression : quelle en est la raison **(I)** et quelle en est la limite, quel en est le rempart **(II)**. Il apparaît alors que la raison, c'est le pragmatisme, et que le rempart, c'est la loyauté.

I. LE PRAGMATISME POUR RAISON

Le pragmatisme est cette raison pour laquelle le détournement de la procédure pénale est accepté. Il s'agit en effet de voir pourquoi, dans certaines hypothèses, et alors que la norme de procédure pénale a, à l'évidence, été détournée, la Cour de cassation ne sanctionne pas ce détournement.
Pour bien comprendre une telle situation, *a priori* inacceptable, l'exemple est utile et le plus parlant est sans doute celui de la garde à vue.

L'on se rappelle en effet qu'après quelques tergiversations, quelques hésitations, la Cour de cassation a reconnu sans ambiguïté l'inconventionnalité des gardes à vue réalisées sans que l'intéressé ait reçu notification de son droit de garder le silence et sans qu'il ait pu être assisté par un avocat. Rendues en Assemblée Plénière, le 15 avril 2011, et largement reprises par la chambre criminelle les semaines suivantes, ces décisions semblaient condamner à une inévitable nullité toutes les gardes à vue ainsi réalisées.
L'on retrouvait les spectres de ce séisme que d'obscurs oracles nous annonçaient, prédisant le funeste sort que connaîtraient les procédures en cours, si la Cour de cassation devait reconnaître l'inconventionnalité des gardes à vue.

Cela étant, sur ce point, il fallait bien observer que, dans de très nombreuses hypothèses, l'inconventionnalité reconnue par la Cour de cassation ne pouvait être utilement invoquée dans les procédures en cours. L'inconventionnalité devait en effet avoir été soulevée avant toute défense au fond, à défaut de quoi l'article 385 du *Code de procédure pénale* s'opposait à ce qu'elle puisse être soulevée pour la première fois en appel, ou devant la Cour de cassation.
Les procès en cours étaient donc épargnés, et lorsque l'on se rappelle l'important taux de comparutions immédiates, l'on devine l'impact limité de telles décisions.

Par ailleurs, dans les affaires sensibles, ou dans les affaires les plus graves, c'est-à-dire celles donnant lieu à l'ouverture d'une information judiciaire, les dispositions applicables verrouillent plus encore cette possibilité de soulever la nullité. Elle doit en effet l'avoir été dans les six mois suivant l'interrogatoire de première comparution, à défaut de quoi une telle demande est irrecevable, selon l'article 173-1 du *Code de procédure pénale*.

Les termes utilisés par la Cour Suprême du Royaume-Uni, dans l'affaire *Cadder*, le 26 octobre 2010 résonnent, lorsqu'elle reconnaissait l'inconventionnalité de la garde à vue écossaise, avec effet immédiat, et ce quelles que soient les conséquences (*whatever the consequences*). Mais ils sonnent creux, tant l'on remarque que, pour la garde à vue française, les conséquences sont somme toute limitées, en ce que le *Code de procédure pénale* vient lui-même encadrer la possibilité d'en soulever la nullité.

Reste que, pour les autres hypothèses, celles où ni l'article 173-1, ni l'article 385, ni aucune autre disposition ne s'opposent à la possibilité de soulever la nullité, celle-ci existe. Et face au détournement de la règle de procédure pénale, elle semblait devoir être prononcée… sauf que la chambre criminelle a

développé une jurisprudence étonnante, en indiquant, dans certaines affaires, qu'en effet, la garde à vue était nulle, et que les juges du fond s'étaient fourvoyés en refusant de la reconnaître, mais sans pour autant casser la décision rendue.
Comment une telle situation est-elle possible ? Comment expliquer un tel paradoxe ? La garde à vue devait être annulée, les juges du fond ont pourtant refusé cette nullité, la Cour régulatrice constate cette erreur, mais ne casse pas la décision des juges du fond.

La raison d'une telle situation tient ici au pragmatisme de la Cour de cassation. Dans ces affaires, elle reconnaît l'erreur des juges, mais refuse de censurer leur décision, car les juges ne se sont fondés « *ni exclusivement, ni même essentiellement sur les déclarations recueillies au cours de la garde à vue* ».

L'argument mérite d'être souligné : quoique la garde à vue soit nulle, la condamnation n'est pas annulée car les juges ne se sont fondées ni exclusivement ni même essentiellement sur elle. La Cour de cassation l'explique dans des décisions, dès 2011, et le rappelle régulièrement depuis.
L'argument mérite d'être souligné, et sans doute d'être partagé. À quoi bon ? À quoi bon en effet casser, renvoyer devant une nouvelle juridiction pour que celle-ci, ignorant les déclarations faites au cours de la garde à vue, condamne l'intéressé sur la base des autres éléments du dossier, c'est-à-dire en arrive au même résultat, mais en écartant expressément la garde à vue… ?

Il faut ici rappeler que le contentieux pénal, hors instruction, concerne pour l'essentiel des faits de faible gravité, les cinq infractions les plus commises sont, pour trois d'entre elles, des délits routiers (conduite sous l'emprise d'un état alcoolique, conduite sans assurance et conduite sans permis), les autres étant le vol et l'usage de stupéfiants. Or, pour ces infractions, à l'occasion de la poursuite desquelles l'intéressé aura peut-être tout avoué en garde à vue, les preuves recueillies hors garde à vue suffisent très souvent à la condamnation de l'auteur. L'intéressé reconnaît qu'il avait bu, ou qu'il n'a pas d'assurance, ou qu'il était en train de consommer des stupéfiants. La belle affaire ! Sans cette reconnaissance, les constatations réalisées suffisent amplement à emporter la conviction du juge.

L'on comprend alors qu'il serait inutile, et au surplus chronophage, de renvoyer l'intéressé devant une juridiction pour qu'il y soit de nouveau jugé, alors que l'on peut d'ores et déjà considérer que la condamnation s'appuie (*et donc s'appuiera*) sur d'autres éléments.
L'on découvre ici le pragmatisme de la Cour de cassation, qui traduit néanmoins un détournement de la règle de droit, au profit de ses destinataires. L'entorse est acceptable, mais l'on voit néanmoins poindre le risque, celui de l'erreur : comment savoir ce qui aura, dans son for intérieur, déterminé le juge, essentiellement ou partiellement ?
L'on comprend donc ce pragmatisme, mais l'on ne peut ignorer ce risque. Et ce risque est d'autant plus grand lorsque la Cour de cassation vient, pour la détourner, réécrire la norme pénale !
En effet, le raisonnement de la Cour de cassation sur ce fondement ni exclusif, ni même essentiel, n'est pas nouveau ; il n'a pas été créé pour la nullité de la garde à vue. Il avait déjà été appliqué à d'autres aveux, à la reconnaissance de culpabilité faite au cours d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, au cours d'une CRPC.
Dès l'introduction de ce dispositif, le législateur avait pris conscience d'une difficulté : que faire des aveux, de cette reconnaissance de culpabilité, en cas d'échec de la procédure simplifiée ? Peut-on l'utiliser par la suite, si l'intéressé, après avoir reconnu sa culpabilité, refuse la peine proposée, ou si le magistrat refuse d'homologuer l'accord conclu ?

Face au risque de détournement, le législateur a répondu par la négative, en indiquant, à l'article 495-14 du *Code de procédure pénale* que, dans de telles hypothèses, le procès-verbal reprenant les formalités accomplies ne peut être transmis à la juridiction d'instruction ou de jugement, et ni le ministère public, ni

les parties ne peuvent faire état devant cette juridiction des déclarations faites ou des documents remis au cours de la procédure.

Le principe posé est clair, il vise à éviter un détournement de la norme pénale, une CRPC mise en œuvre pour recueillir des aveux, en vue de les utiliser par la suite.
Le principe est clair, opportun, et la Cour a dû rappeler à l'ordre des juridictions qui avaient ignoré cet article 495-14, pour utiliser expressément les déclarations faites dans le cadre d'une procédure inaboutie, pour fonder la condamnation prononcée à l'issue de la procédure mise en œuvre à la suite de l'échec de la CRPC.
Cette décision, du 17 septembre 2008, venait ainsi censurer le fait qu'il avait été fait état ***par*** la juridiction des déclarations faites dans la procédure de CRPC échouée. Or, l'on remarque que l'article 495-14 interdit qu'il soit fait état de ces déclarations ***devant*** la juridiction. *Par* la juridiction ou *devant* la juridiction, la distinction sémantique a-t-elle un sens ?

À la lecture d'une autre décision, celle du 30 novembre 2010, il semblerait que oui. La situation est ici celle d'une CRPC mise en œuvre, mais qui avait échoué ; le procès-verbal avait pourtant été transmis à la juridiction de jugement, qui l'avait écarté, mais qui avait néanmoins statué. L'intéressé conteste cette condamnation, en soulevant la méconnaissance de l'article 495-14. Cette méconnaissance semblait évidente, pourtant la Cour de cassation refuse de censurer la décision des juges du fond sur ce point. Selon la chambre criminelle, s'il avait été fait état de ces déclarations *devant* la juridiction, il n'en avait pas été fait état *par* la juridiction.
Dès lors que les juges du fond ne s'étaient pas fondés sur cette pièce pour asseoir en tout ou partie leur conviction sur la culpabilité, il n'a pas été porté atteinte aux intérêts du prévenu, et donc l'arrêt n'encourt pas la censure.

L'on retrouve ici, en filigrane, ce raisonnement que la chambre criminelle tiendra quelques temps plus tard pour la garde à vue. Dès lors que la juridiction ne s'est fondée ni exclusivement, ni même essentiellement sur la reconnaissance de culpabilité ainsi faite, la décision de condamnation n'est pas censurée.

L'on pourrait, ici encore, louer ce pragmatisme, tant il pourrait sembler inutile de renvoyer à une nouvelle juridiction, pour que celle-ci statue de nouveau, sans connaître des déclarations, et sans doute condamne de nouveau, à la vue des autres pièces du dossier.
Mais la situation est ici différente, en ce que le pragmatisme de la chambre criminelle la conduit à réécrire la loi, à réécrire l'article 495-14.

Accepter un certain détournement ou contournement de la norme, pour des raisons pragmatiques, est une chose ; réécrire la loi en est une autre.
Surtout, au-delà de l'exigence de respect de la norme, la difficulté vient ici de ce que le texte, ainsi réinterprété, pourrait conduire à de nouveaux détournements, bien plus gênants.
Rien ne s'opposerait désormais à ce qu'un procureur, fort mal intentionné, mette en œuvre une CRPC, uniquement pour obtenir une reconnaissance de culpabilité, quitte à proposer une peine qui sera nécessairement refusée. Puis il glisse le procès-verbal dans le dossier, que la juridiction peut lire, sans en faire état elle-même.

En consacrant un détournement de la norme, au lieu de simplement le condamner, la chambre criminelle ouvre la voie à d'autres détournements, qui traduirait ici une déloyauté du magistrat, qui n'est bien sûr qu'hypothétique. Mais la question se pose alors, face à ce détournement, face à cette déloyauté, de savoir s'il n'existe aucune limite, aucun rempart.

II. LA LOYAUTE POUR REMPART

Face à ce risque, il apparaît que la loyauté est, fort opportunément, ce rempart, qui s'oppose à un détournement sans limite de la procédure pénale.
Pourtant, l'on enseigne traditionnellement que la déloyauté est admise en procédure pénale. L'on se rappelle encore, la décision du 30 avril 2014, où la chambre criminelle accepte qu'une preuve puisse être rapportée à la suite de la mise en place d'un forum de fraude à la carte bancaire (mis en place par les autorités américaines), et où l'auteur s'était incriminé. L'on se rappelle surtout de l'affaire dite du *testing*, qui avait conduit la Cour de cassation à admettre, le 11 juin 2002, une preuve déloyale, rapportée par une partie privée.

Ces exemples témoignent de ce que la déloyauté est admise, dans les preuves rapportées par les parties privées, sous réserve de l'habituelle distinction entre provocation à la preuve, qui est admise, et provocation à l'infraction, qui est refusée. Cela étant, cette question des parties privées dépasse notre propos, en ce qu'elles ne sont pas les destinataires de la règle de droit, en ce qu'elles ne sont pas chargées d'en assurer le respect.
Dès lors, la question se pose de savoir si les services d'enquête, si la police judiciaire, ou encore le juge, peuvent adopter des comportements déloyaux. L'on serait d'abord tenté de répondre non, en rappelant le principe posé dans l'affaire *Wilson*, en 1888.

L'on serait tenté de répondre non, mais pourtant, à bien y regarder, la réponse semble être positive. En effet, lorsque des interceptions de communications émises par voie de télécorrespondance sont réalisées - des écoutes téléphoniques -, il s'agit assurément de mettre en œuvre un procédé par principe déloyal, inévitablement déloyal, puisque l'intéressé est enregistré à son insu. Les sonorisations et fixations d'images relèvent de la même logique, tout comme la loi sur la géolocalisation qui permet de localiser une personne, à tout moment, à son insu. De même, les dispositions relatives à l'infiltration permettent à un enquêteur de cacher son identité et de se faire passer pour ce qu'il n'est pas, ce qui est encore un comportement déloyal.

Les enquêteurs, sous le contrôle d'un magistrat, peuvent donc recourir à des procédés en eux-mêmes déloyaux pour rapporter la preuve des infractions… à condition toutefois que ce procédé soit prévu et encadré par la loi, et que le cadre ainsi posé soit respecté.
La licéité (la légalité pour certains) est alors la condition de cette déloyauté admise. Et à dire vrai, dès lors que la règle de droit est respectée, elle n'est donc pas détournée, de telle sorte que la loyauté n'est pas un rempart contre le détournement, mais plutôt l'inverse.

En revanche, lorsque la déloyauté n'est pas permise par la loi, le procédé déloyal doit être refusé, car l'exigence de loyauté s'oppose à ce que l'on puisse ainsi détourner la norme pénale. C'est ce que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a rappelé le 6 mars 2015, concernant les écoutes réalisées dans les cellules de garde à vue.
La Cour a en effet considéré, pour censurer la décision des juges du fond, que « *le placement, durant les périodes de repos séparant les auditions, de deux personnes retenues dans des cellules contiguës préalablement sonorisées, de manière à susciter des échanges verbaux qui seraient enregistrés à leur insu pour être utilisés comme preuve, constitue un procédé déloyal d'enquête mettant en échec le droit de se taire et celui de ne pas s'incriminer soi-même et portant atteinte au droit à un procès équitable* ».

À l'évidence, la Cour vient ici sanctionner le détournement de la norme pénale, et l'on se rassure en observant que la Cour n'a pas appliqué ici son raisonnement, consistant à vérifier si le juge s'était ou non fondé exclusivement ou même essentiellement sur ces déclarations. Certes, il s'agissait d'une décision de la chambre de l'instruction, portant sur la validité d'un tel enregistrement, de telle sorte que la décision du juge portait sur ces déclarations. Mais à travers la fermeté de la Cour, l'on voit bien ce refus d'admettre un tel procédé déloyal, même s'il n'est pas le seul fondement d'une condamnation à venir.

La loyauté est ici un rempart contre un détournement de la norme pénale. Certes, il faut ici observer que rien n'interdit expressément un tel enregistrement, mais rien de l'autorise non plus, et c'est donc la déloyauté qui vient refuser le détournement de la norme pénale, entendu au sens du détournement de la norme pénale de ses finalités, lorsque celle-ci est utilisée afin de faire échec au(x) droit(s) de la personne concernée.

La loyauté retrouve sa place, lorsqu'elle n'est pas admise par la loi. Mais alors, la question se pose de savoir si, vis-à-vis des hypothèses précédentes, une norme pénale ne pourrait pas autoriser un tel stratagème, comme elle autorise les écoutes téléphoniques ou la sonorisation du domicile de l'intéressé.

L'on voit bien que la déloyauté ne s'applique qu'en cas de détournement de la norme, qu'en cas de non-respect des dispositions du *Code de procédure pénale*, qu'en cas de non-respect des principes s'imposant en cette matière. Lorsque le *Code de procédure pénale* permet un comportement déloyal, celui-ci est admis. Dès lors, lorsque la Cour indique, le 6 mars 2015, que « *porte atteinte au droit à un procès équitable et au principe de loyauté des preuves le stratagème qui en vicie la recherche par un agent de l'autorité publique* », l'on serait tenté de rajouter « *et qui n'est pas autorisé par la loi* ».

Pour l'heure, la loi se refuse à assumer ainsi un tel rôle, à assumer cette capacité à mettre en place, à autoriser des comportements déloyaux en toute hypothèse ; elle ne l'admet que pour certains procédés probatoires, nécessaires pour permettre les investigations.
De plus, lorsqu'elle admet un tel procédé, ce n'est pas la loi qui est détournée, mais l'exigence de loyauté qui est contournée. Et sur ce point, il est important de veiller à ce que ces contournements soient aussi rares que possible, et à chaque fois nécessaires.
Car, en cette matière comme en d'autres, il serait choquant que la loi vienne ainsi autoriser la sonorisation de locaux de garde à vue, comme elle autorise déjà la sonorisation d'un domicile.
Dès lors, dans ce réquisitoire contre le droit, il faut être tout autant vigilant sur le fait que les destinataires ne détournent pas la norme pénale, mais aussi sur le fait que la norme pénale, elle-même, ne se détourne pas de son objectif, de cet équilibre qui doit être recherché et préservé.

La Revue
" A qui profite le droit ? "
Numéro 11 - Juin 2017

LE DROIT INTERNATIONAL AU SERVICE DES ÉTATS PUISSANTS ?

*Camille **MOISAN**,*
doctorante en droit public, ED 245, Université Clermont Auvergne
*Enguerrand **SERRURIER**,*
doctorant en droit public, ED 245, ATER, Université Clermont Auvergne

« *Les alliances, les traités, la foi des hommes, tout cela peut lier le faible au fort et ne lie jamais le fort au faible. Ainsi, laissez les négociations aux Puissances, et ne comptez que sur vous-mêmes* »[233]. J.-J. ROUSSEAU, par cette aigre introduction au *Projet de Constitution pour la Corse*, exprime le peu d'estime qu'il éprouve pour le droit international en déniant à la matière des traités la force du droit, pour la réduire au droit de la force. Cette affirmation manichéenne du maître genevois n'est pas isolée. Un siècle plus tôt, T. HOBBES affirme déjà sans ambages dans le *Léviathan* que *« Les conventions, sans épées, ne sont que des mots »*[234]. Le scepticisme est dès lors devenu un lieu commun dans l'appréciation du droit des gens.

À en croire les classiques, le droit international ne serait que l'instrument de la volonté des grandes puissances, qui imposeraient leurs desseins aux moindres. Cette critique est ancienne et constante. Citons R. ARON, plus proche de nous : « *la politique internationale est toute de puissance, sauf pour quelques juristes ivres de concepts ou quelques idéalistes qui confondraient leurs rêves avec la réalité* »[235].

De ce constat négatif transparaît l'originalité du droit international public parmi les autres branches du droit. C'est l'un des rares domaines où les juristes sont taxés d'utopie et cette contestation revient, au fond, à rejeter la validité du droit international public[236]. Ceci dit, il ne faut pas s'étonner qu'au sein d'un droit de nature contractuelle et hétéroclite, les grandes puissances jouent un rôle déterminant. Mais, pour aller plus loin en utilisant une métaphore artistique, le concert des nations, et la mélodie qui y est jouée, sont-ils purement et simplement sous l'entière maîtrise des États puissants ? Se poser cette question, c'est interroger l'indépendance du droit international et la réalité de son existence en tant qu'objet opposable.

Pragmatisme est le maître mot face à une source fluctuante. Ainsi, le droit international moderne, depuis les traités de Westphalie de 1648 consacrant la souveraineté égale de tous les États, est né de la volonté séculaire de la France d'abaisser la Maison d'Autriche[237]. C'est donc d'un intérêt politique et circonscrit qu'a émergé le fondement juridique incontournable des relations entre les nations. La contingence de la source n'empêche pas, en droit international, la pérennité de la règle : ceci constitue une première brèche permettant une influence accrue des grandes puissances sur l'ensemble du groupe.

Quant à l'application de la règle, elle aussi paraît différer selon le temps et l'espace, en fonction des intérêts des Grands[238]. Ainsi, pour ce qui est de la souveraineté, ce principe, tant défendu entre elles par les Puissances européennes, ne fut pas appliqué aux peuples colonisés et aux États formés par eux : le régime

[233] J.-J. ROUSSEAU, *Projet de Constitution pour la Corse* (nouvelle édition augmentée), Arvensa, 2014, p. 28.
[234] *« Et sont sans force aucune pour mettre qui que ce soit en sécurité »* (T. HOBBES, *Le Léviathan*, t. 1, chap. XVII).
[235] R. ARON, *Paix et guerre entre les nations*, Paris, Calman-Lévy, 1962, p. 115.
[236] G. DUBE, « Le rapport entre la politique et le droit dans l'ordre international », *Les Cahiers de droit*, vol. V, n° 2, 1963, p. 52.
[237] L'objectif a été atteint en suscitant la reconnaissance internationale des quelques trois cent cinquante principicules germaniques, au détriment de l'empereur Habsbourg.
[238] S. LAGHMANI, « Faut-il rire ou pleurer du droit international ? », *ADI*, fév. 2003, 5 p.

du protectorat en est ainsi la négation[239] justifiée par le « degré de civilisation », un argument repris jusque dans les mandats de la Société des Nations[240]. L'application universelle du principe de souveraineté resurgira avec toute sa vigueur, non pas avec le traité de Versailles et la proclamation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes en 1919, mais avec la vague de décolonisation des années 1950-1960, face aux pressions des nouvelles Puissances américaine et soviétique pour liquider les vieux empires européens[241]. Dans cette logique, les Grands battent donc la mesure, ils jouent avec nuance ou vigueur selon leurs intérêts, tantôt *pianissimo* tantôt *fortissimo*, de sorte que la musique dépende de leur *tempo*.

Quelle attitude adopter face à un droit de la société internationale issu du « *concert des puissances* », selon l'expression de Talleyrand ? Il faut procéder par analogie, en empruntant une image du *maestro* italien R. MUTI, qui donne sens à notre approche : « *Un orchestre symphonique est la plus belle métaphore de la société [...]. Chacun est indispensable, mais doit savoir s'effacer pour faire vivre une réalité supérieure* »[242].

C'est pourquoi nous nous proposons d'étudier la prédominance, certes incontestable mais nuancée, des grandes puissances vis-à-vis du droit international, dont elles demeurent les grands solistes, les « premiers violons » **(I)** ; dans un second temps, il sera présenté les évolutions récentes du concert des puissances vers un concert des nations plus attentif aux besoins de tous **(II)**.

I. L'ORCHESTRE SYMPHONIQUE CLASSIQUE, INTERPRETE PRIVILEGIE DE LA « GRANDE MUSIQUE »[243] DU DROIT INTERNATIONAL

L'orchestre des États, façonné sur le socle de Westphalie, est marqué par l'ascendant des Puissances européennes **(A)**. Cela va sans compter les bouleversements amorcés à l'aube du XXe siècle qui illustrent *de jure* le caractère parfois inadapté du droit international à la nouvelle musique **(B)**.

A. Le jeu des cordes : un droit international classique façonné par l'Occident

1. Une partition adaptée à la formation musicale classique

Dès l'origine, le droit international apparaît comme une composition permettant de renverser les forces en présence. Puisque cela va sans dire, cela ira mieux en le disant : c'est en plaçant les négociations avec les Coalisés sous l'égide protectrice du Droit public des nations que TALLEYRAND préserve au mieux les intérêts de la France dans la défaite napoléonienne ; l'œuvre musicale, déjà notable, ne paraît pourtant écrite que pour ses interprètes, les États européens, et ne connaît pas l'universalité.

La période post-1918 et le Traité de Versailles[244] renforcent d'ailleurs ce constat. Ce traité est l'occasion d'une redistribution des forces par le droit et marque également la naissance de la Société des Nations, organisation internationale dont l'objectif est le maintien[245] de la *« paix du monde »*[246]. Consacrée au cœur

[239] L'article 22 §1 du *Pacte de la SDN* est éloquent : « Les principes suivants s'appliquent aux colonies et territoires qui, […] sont habités par des peuples non encore capables de se diriger eux-mêmes dans les conditions particulièrement difficiles du monde moderne. ».
[240] L'article 22 §3 du *Pacte de la SDN* précise que « Le caractère du mandat doit différer suivant le degré de développement du peuple, […]. ».
[241] V., par ex., N. KINDA, « Les États-Unis et le nationalisme en Afrique noire à l'épreuve de la décolonisation (Deuxième guerre mondiale – 1960) », *Revue française d'histoire d'outre-mer*, 1992, vol. 79, n° 297, pp. 533-555.
[242] B. DERMONCOURT, « Riccardo Muti : La musique, c'est une école de la vie en société », *L'Express*, 8 janv. 2012.
[243] Nom donné communément à la musique classique par opposition à la musique dite « populaire ».
[244] *Traité de Versailles*, Versailles, 28 juin 1919.
[245] L'expression « maintien de la paix » est employée à l'article 8 §1, ainsi qu'à l'article 21 du Pacte de la SDN.
[246] L'expression « paix du monde » est employée à plusieurs reprises dans le Pacte, par exemple, aux articles 3 et 4 du Pacte de la SDN.

même du Traité de paix, la SDN, chef d'orchestre de la société internationale, a pour membres de droit les Alliés et apparaît comme le fer de lance d'un droit au service des puissants : les vainqueurs de la Grande Guerre[247]. Elle contribue, par exemple, à la redistribution des territoires sous mandats et, ce faisant, installe l'orchestre des nations dans une dynamique classique : les cordes, c'est-à-dire les États occidentaux, dominent la formation musicale. Les États-Unis bien qu'alliés[248], prennent leur distance et jouent en soliste ; ils observent l'Organisation sans y prendre part.

Cependant, affirmer que le droit international n'est alors que le droit des États est réducteur puisque, sporadiquement, d'autres acteurs font leur apparition. La SDN, bien qu'elle ne soit que la « chose » des États européens lors de sa création, s'élargit progressivement au Japon, à la Russie, à l'Éthiopie, au point de devenir un auditoire comportant un début d'universel. L'individu, également, voit ses intérêts prendre corps *pianissimo* au travers la protection diplomatique[249]. Là encore les États demeurent les vecteurs du droit international ; toutefois, force est de constater que les prémisses d'une adaptation musicale différente prennent corps.
Ainsi, le droit international de la première moitié du XXe siècle ne se limite plus au *ius publicum europaeum*[250], c'est-à-dire un droit public fondé sur la coexistence des Puissances coloniales européennes. Il s'ouvre vers d'autres horizons et les insère progressivement dans le jeu de l'orchestre.

D'un point de vue matériel, il convient de noter également que ce droit interétatique connaissait déjà, des branches qui pourraient être qualifiées de désintéressées par rapport aux objectifs de puissance des États : il s'agit par exemple du droit international humanitaire, établi par les conventions de La Haye de 1907 ; il s'agit encore du droit international social[251], développé par le BIT à partir de 1919. Des branches encore en formation mais bien existantes, qui laissent entrevoir le changement de ton à venir.

2. Le difficile maintien de la formation musicale originelle

L'époque contemporaine post-1945 a vu le bouleversement sociologique des acteurs du droit international, et il est de plus en plus difficile pour les Puissances occidentales de garder la mainmise sur un orchestre étatique hétérogène[252].
Le changement est venu du contexte géopolitique d'après-guerre qui vit le triomphe des deux Grands – USA et URSS – et l'effacement, puis la liquidation des empires coloniaux durant les décennies 1950-1960. Les Puissances occidentales passèrent d'un système de relations bilatérales pour l'essentiel à des relations multilatérales au sein du forum mondial universel qu'est devenu l'ONU : un monde complexe, étant donné l'explosion numérique du nombre d'États membres et leurs profils très variés, ce qui n'était pas le cas du temps de la SDN hormis le cas singulier de l'Ethiopie. Ce renouveau du genre étatique, porté par des États faibles mais majoritaires, a été l'occasion d'une tentative de réforme des normes internationales, dissonante aux yeux des classiques[253].
Les États en développement, souvent Non-Alignés, avaient l'espoir de régénérer le droit international public. Usant de sa majorité écrasante à l'Assemblée générale de l'ONU, le Tiers-monde tenta de constituer un ensemble de normes adaptées à sa situation[254], remettant en cause la partition dont il n'était pas

[247] P. MOREAU-DEFARGES, « De la SDN à l'ONU », *Pouvoirs*, 2004/2, p. 20.
[248] *Traité général de renonciation à la guerre comme instrument de politique (Pacte Briand-Kellogg)*, 27 août 1928, *L.o.N.T.S.*, vol. XCIV, n° 2137, p. 57.
[249] CPIJ, *Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Royaume-Uni)*, arrêt, 30 août 1924, *CPIJ*, Rec. 1924, Série A, n° 2.
[250] C. SCHMITT, *Le Nomos de la Terre dans le droit des gens du jus publicum europaeum*, Paris, PUF, 2012, 368 p.
[251] V., J.-M. THOUVENIN et A. TREBILCOCK (dir.), *Droit international social*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 2 t., 2072 p.
[252] Cela amène à repenser la sociologie du droit international autour de principes partagés au niveau universel : v. O. DE FROUVILLE, « Une conception démocratique du droit international », *Revue européenne des sciences sociales*, vol. XXXIX, n° 120, 2001, pp. 101-144.
[253] P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité », *RCADI*, 1996, pp. 94-95.
[254] M. VIRALLY, « Vers un droit international du développement », *AFDI*, vol. XI, 1965, pp. 3-12.

l'auteur, ce droit international classique perçu comme le relais inégalitaire des Puissances[255]. Cette tentative s'inscrit dans l'élaboration d'un droit international du développement[256].

La crainte du premier violon de voir l'orchestre lui échapper s'illustre ici : alors qu'un pan entier du droit international est en voie d'émancipation multilatérale, les États-Unis portèrent un coup d'arrêt à ce mouvement en votant – seuls contre tous – contre l'adoption de la Déclaration sur le droit au développement de 1986[257], refusant de se joindre au consensus.

De même, en droit international de l'environnement, un point d'orgue, le protocole de Kyoto visant à réduire les émissions de gaz à effet de serre, un processus multilatéral quasi-unanimement ratifié, ne le fut pas par les États-Unis, l'un des plus gros pollueurs de la planète. C'est encore une fois l'opposition de la superpuissance qui amène à parler d'un bilan en demi-teinte de cet accord[258], au point que la Conférence sur le climat devant se tenir à Paris est présentée comme capitale pour rattraper le retard. Ajoutons que la signature récente d'un accord bilatéral entre la Chine et les États-Unis relatif au climat ne fait que conforter un constat : les Puissances rechignent à se soumettre aux règles multilatérales de l'orchestre, qu'elles maîtrisent de moins en moins, et ont recours à des biais bilatéraux pour l'éviter[259].

Ainsi, les cordes, soucieuses de maintenir l'ordre orchestral originel, se sont heurtées aux discordances d'États qui s'évertuent à renverser la gradation établie dans la formation musicale. La désorganisation de l'orchestre révèle un certain recul du « classicisme » en droit international.

B. Débuts de cacophonie : une œuvre musicale inadaptée aux mutations de la communauté internationale

1. L'émergence de nouveaux acteurs sur la scène internationale

Le tumulte de la seconde moitié du XXe siècle, révélateur du caractère inadapté de l'œuvre musicale classique, peut-être en partie imputé à l'émergence de nouveaux acteurs sur la scène internationale.
L'ONU est depuis 1945 devenue le nouveau chef d'orchestre, non seulement parce que son aura se déploie aujourd'hui à 193 États membres, mais aussi parce qu'elle a étendu son domaine de compétence outre les sphères de la paix et de la sécurité[260]. Sa Cour internationale de justice fait autorité tant en matière consultative que contentieuse et a, par son célèbre avis *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*[261] octroyé la personnalité juridique aux organisations internationales, érigeant ainsi un nouvel acteur grandissant aux cotés des États. En dépit d'un développement fulgurant - en témoigne le nombre d'États membres - les cinq membres permanents du Conseil de sécurité[262], organe exécutif et d'initiative, demeurent inchangés depuis l'origine. L'emprise supposée de ces États sur l'Organisation

[255] M. BENNOUNA, *Droit international du développement. Tiers-monde et interpellation du droit international*, Paris, Berger-Levrault, 1983, 335 p.
[256] G. FEUER, « Le droit international du développement : une création francophone », *in* C. CHOQUET (dir.), *État des savoirs sur le développement*, Paris, Karthala, 1993, pp. 87-96.
[257] ONU, AG, *Déclaration sur le droit au développement*, 4 déc. 1986, A/RES/41/128.
[258] « Peut mieux faire » dit en somme le Rapport sur la table ronde ministérielle de haut niveau sur le renforcement du niveau d'ambition des engagements au titre du protocole de Kyoto, 4 sept. 2014, FCCC/KP/CMP/2014/3.
[259] Z. LAÏDI, « Négociations internationales : la fin du multilatéralisme », *Esprit*, n° 399, nov. 2013, pp. 108-117.
[260] V. en ce sens, les organisations autonomes reliées à l'ONU par des accords spéciaux telles que l'OIT, l'OMS, l'UNESCO, etc.
[261] CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif du 11 av. 1949, *CIJ*, *Rec*. 1949, p. 174.
[262] La Chine, les États-Unis d'Amérique, la France, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la Russie constituent les cinq États membres permanents du Conseil de Sécurité.

semble d'ailleurs renforcée par le droit de veto, susceptible de générer une paralysie du Conseil[263] - comme ce fut le cas lors de la guerre froide ; susceptible également d'ouvrir la voie à une intervention armée non autorisée - comme ce fut le cas pour l'intervention américaine en Irak.

Autre acteur sur la scène internationale : l'individu. Si la protection diplomatique a permis son intrusion dans la société des États depuis 1924 et l'affaire *Concessions Mavrommatis en Palestine*[264], il reste qu'elle demeure soumise à la volonté souveraine. En conséquence, ce sont les organisations régionales dédiées à la protection des droits de l'Homme qui ont contribué à sa reconnaissance. C'est le cas de la Cour européenne des Droits de l'Homme, qui depuis 1990 et le protocole n° 9, admet les recours individuels. C'est le cas également, dans une moindre mesure, de la Cour interaméricaine des Droits de l'homme qui, bien que n'octroyant pas le *locus standi* aux individus, prévoit cependant un mécanisme de plaintes individuelles devant la Commission qui, seule, décidera de l'opportunité de saisir la Cour. C'est le cas enfin de la Commission et de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, dont la saisine est possible pour les individus et les ONG ayant le statut d'observateur.

La prise en compte de l'individu reste l'exemple parlant des profondes mutations du droit international. La Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne de 2009[265] en constitue l'illustration tant elle révèle l'évolution profonde de l'Organisation initialement économique.
Le spectre de la protection des droits et libertés emporte dans son sillage son indispensable revers : l'engagement de la responsabilité des individus. La multiplication des tribunaux temporaires et spécifiques a révélé la nécessité d'une Cour pénale internationale permanente. Dernier recours contre l'impunité, la compétence de la Cour reste toutefois soumise au bon vouloir des États qui, faisant usage de leurs titres de compétences, peuvent ne pas donner droit à l'adage *aut dedere, aut judicare*. Dans pareilles hypothèses, le droit international, texture malléable, devient un rempart contre le droit, voire le foyer de l'impunité[266].

Enfin, il ne peut être fait l'impasse sur les organisations non gouvernementales qui, sans être « sujets » du droit international, en sont néanmoins des acteurs notables. Leur reconnaissance dans la Charte de l'ONU[267] et leur faculté à être *amici curiae* devant les juridictions internationales démontrent qu'elles tiennent un rôle dans ce droit après les sujets de droit public, y compris dans son élaboration[268].

2. L'émancipation progressive du droit international

S'il y a bien diversification des sujets de droit, il ne faut pas omettre que le droit international s'affranchit également par la matière conséquente et diverse qu'il englobe, formant même des branches spécialisées. D'aucuns ont pu déplorer une lente fragmentation du droit international public, source de divisions dans

[263] La France a proposé en 2013 d'encadrer ce droit de veto qui ne pourrait être utilisé lorsque des « crimes et atrocités de masse » sont commis : v. Ministère des Affaires étrangères, « Pourquoi la France veut encadrer le recours au veto au Conseil de sécurité des Nations Unies », [http://diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/la-france-a-l-onu-1032/la-france-et-les-nations-unies/article/pourquoi-la-france-veut-encadrer - consulté le 25 mars 2015].
[264] CPJI, *Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Royaume-Uni), op. cit.*
[265] U.E., *Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne*, 26 oct. 2012, *JOUE.*, 2012/C 326/02.
[266] F. ANDREU-GUZMAN, « Impunité et droit international. Quelques réflexions historico-juridiques sur la lutte contre l'impunité », *Mouvements*, n° 53, 2008/1, pp. 54-60.
[267] ONU, *Charte des Nations Unies*, San Francisco, 26 juin 1945, art. 71.
[268] A ce sujet, v. J. LAROCHE, « De l'élaboration à la prescription normative : contribution des ONG À la gouvernance mondiale », *Les ONG : quelle influence sur la gouvernance mondiale ?*, Séminaire de recherche, 18 nov. 2004, Paris-Dauphine, 5 p., [http://www.dauphine.fr/globalisation/laroche.pdf - consulté le 25 mars 2015] ; v. aussi M. DIAS VARELLA, « Le rôle des organisations non-gouvernementales dans le développement du droit international de l'environnement », *Revue trimestrielle du Jurisclasseur – IDI*, janv. 2005, pp. 41-76.

un ensemble peu centralisé[269] ; mais une autre approche peut être envisagée, celle d'une discipline qui dépasse désormais la seule figure étatique et qui, à travers les organisations internationales, se découvre une certaine émancipation.

Le terme est audacieux dans un champ borné de souveraineté : par « émancipation », entendons l'épanouissement du droit dérivé issu de l'action des organisations internationales ces dernières décennies. Ce phénomène, s'il se produit certes avec le consentement des États parties, développe des normes qui reflètent non plus seulement les intérêts des Puissances, mais des notions désormais bien connues, comme l'intérêt communautaire en droit de l'Union européenne, distinct de l'intérêt des États membres et moteur de l'intégration continentale ; l'idée est visible également dans les décisions de l'Union africaine ou de l'Union des nations sud-américaines[270] ; citons aussi, alors que la Journée internationale de la Francophonie vient d'avoir lieu, la sauvegarde d'intérêts immatériels et culturels, comme la langue française pour l'OIF[271].

Ce droit dérivé est des plus utiles car quelle que soit sa force contraignante, il a une influence notable sur les évolutions contemporaines du droit international, que ce soit au niveau universel où BOUTROS-GHALI a pu parler d'un droit international de la démocratie essentiellement à partir du droit dérivé des Nations Unies[272], ou bien au niveau régional qui a vu la création d'ordres juridiques favorisant une coopération internationale accrue sous une forme institutionnelle. La logique va plus loin dans les organisations internationales d'intégration où ce droit dérivé s'insère directement dans le droit interne, de façon uniforme à tous les États membres, comme pour l'Union européenne.

Le chemin parcouru depuis la création de la Commission centrale pour la navigation du Rhin en 1815 est immense : il existe actuellement plus de 320 organisations internationales dans le monde, sur tous les continents. La multiplication des « petits » concerts de nations[273] a pour effet pratique de diluer la puissance des plus grands États qui doivent tenir compte des autres sujets de droit international non plus comme des étrangers mais plutôt comme des commensaux[274].

Néanmoins, en économie, il est clair que les Puissances savent préserver leurs positions dominantes : ainsi, les institutions de Bretton Woods (FMI et Banque mondiale) forment une exception à la règle de l'égalité souveraine, puisque la règle « *un État, une voix* » ne s'y applique pas, chaque État voyant sa voix pondérée par le poids de sa quote-part dans les finances de l'organisation. Le FMI le reconnaît : « *La quote-part détermine en grande partie l'influence qu'exerce le pays membre sur les décisions du FMI* »[275]. La faiblesse de la représentation des pays en développement à l'Organisation mondiale du commerce est également bien connue[276], les grandes Puissances étant les seules à y entretenir un représentant permanent. Face à cette mainmise des Puissances sur les bastions du droit international économique, la réponse s'est limitée à la création de la Commission des Nations Unies sur le commerce et le

[269] J.-S. BERGE *et al.* (dir.), *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales – Regards croisés d'internationalistes publicistes et privatistes*, actes de la journée d'étude du 16 av. 2010, Paris, Pedone, 2011, 208 p.
[270] V., pour l'Afrique : I. K. SOUARE, « Regard critique sur l'intégration africaine : comment relever les défis », *ISS Paper*, n° 140, 2007, 12 p. ; pour l'Amérique du Sud, v. : O. DABENE, « L'Union des nations sud-américaines (Unasur) : le nouveau visage pragmatique du régionalisme sud-américain », Etudes du CERI, 2010, pp. 20-25.
[271] OIF, *Charte de la Francophonie*, Antananarivo, 23 nov. 2005, préambule & art. 1er.
[272] B. BOUTROS-GHALI, « Pour un droit international de la démocratie », *in* J. MAKARCZYK (dir.), *Theory of International Law,* La Haye, Kluwer, 1996, pp. 99-108 ; et surtout l'Agenda pour la démocratisation, A/51/761, 17 janv. 1997.
[273] A. GESLIN, « Droit international », *in* T. BALZACQ et F. RAMEL (dir.), *Traité de relations internationales*, Paris, Presses de Sciences Po, 2013, pp. 607-630.
[274] W. FRIEDMANN, *The Changing Structures of International Law*, New York, Columbia University Press, 1964, 426 p.
[275] V. le site web du FMI : [http://www.imf.org/external/np/exr/facts/fre/quotasf.htm – consulté le 25 mars 2015].
[276] M. PATEL, « La gouvernance du système de l'OMC : la fonction de négociation », in *Comment l'OMC peut-elle aider à maîtriser la mondialisation ?*, Forum public 4-5 oct. 2007, Genève, Publications de l'OMC, p. 8.

développement – la célèbre CNUCED ; la faiblesse de cette institution fait que bien souvent les décisions sont prises ailleurs[277], et notamment au sein de l'OCDE, dont la composition dénote quelque peu une sorte de club des Puissances occidentales.

Ainsi, l'assertion selon laquelle le droit international serait au service des puissants apparaît très relative au regard des profondes mutations de la société internationale contemporaine. L'orchestre pourrait s'orienter vers une nouvelle adaptation de son répertoire.

II. ADAPTATION DE LA « GRANDE MUSIQUE » INTERNATIONALE A SES NOUVEAUX AUDITOIRES

Tourné initialement à l'ouest, le droit international se transfigure en un droit universel par l'absorption de nouvelles entités étatiques. La puissance jusqu'alors concentrée en Occident éclate, et se répartit de part et d'autre du globe, au point qu'il n'est plus guère question de quelques Puissances oligopolistiques mais d'une multiplicité des puissances. Les rôles dans la société orchestrale sont redistribués **(A)** et le droit international profondément changé **(B)**.

A. Les vents, bois et cuivres : une redistribution de la société orchestrale

1. La nécessaire prise en compte des multiples Puissances

Le XXe siècle a été l'occasion d'une redéfinition des puissances. Ces forces peuvent relever de domaines variés : politique, militaire, économique, culturel mais aussi religieux.
S'interroger sur la nature de la puissance, c'est s'interroger sur l'influence de l'État[278]. Aujourd'hui, l'éclatement du pouvoir multiplie les prismes d'analyse et, selon le déterminant en exergue, modifie la répartition des tâches dans l'orchestre. Le format de cette contribution ne permet pas d'aborder l'ensemble de ces déterminants. C'est pourquoi sera ici privilégiée la puissance économique qui constitue la démonstration éclatante du renversement des forces opéré en droit international. Ensuite, il sera envisagé la spécificité du déterminant cultuel.

Le déterminant économique tout d'abord, renvoie aux activités de production, de distribution et de consommation des richesses et biens dans un État. Au classement fondé sur le Produit intérieur brut[279], les États-Unis demeurent en première position et sont suivis par la Chine et le Japon. Au jeu des Puissances économiques, le vieux continent perd de sa superbe[280] et précède de très peu le Brésil et l'Inde, Puissances émergentes. Au-delà de cette classification par rang, c'est surtout la hausse continue d'États longtemps exclus de l'échiquier mondial qui est spectaculaire et interpelle quant à ses conséquences sur le fonctionnement de l'orchestre international[281]. Ainsi la Chine bénéficiera d'une hausse de 9% en 2015.

Le déterminant économique le montre : les vents, bois et cuivres longtemps dominés, s'éveillent face aux « vieux » violons, et la formation musicale classique semble s'effriter. Évidemment, cela est sans compter le soubresaut de l'Europe qui, par son intégration dans l'Union européenne, tente d'inverser la tendance, non sans difficulté d'ailleurs[282]. Ici, l'organisation internationale veut renforcer l'État, illustration de la

[277] Au sein de l'Organisation mondiale du commerce, du FMI, de la Banque mondiale, etc. sur lesquels la CNUCED n'a pas autorité.
[278] P. BUHLER, *La puissance au XXIe siècle. Les nouvelles définitions du monde*, Paris, éd. CNRS., 2011, 508 p.
[279] « Classement PIB : les pays les plus riches du monde », *Journaldunet.com* [http://www.journaldunet.com/economie/magazine/1148515-classement-pib/ - consulté le 26 fév. 2015].
[280] L'Allemagne, le Royaume-Uni et la France arrivent respectivement en 4e, 5e et 6e positions.
[281] V. AFNU, *L'Observateur des Nations Unies*, vol. XXXIII, 2012-2, *Les pays émergents et le droit international au XXIe siècle*.
[282] M. LEFÈBVRE, *L'Union européenne peut-elle devenir une grande puissance ?*, Paris, *La Doc. fr.*, 2012, 184 p.

superposition des mutations du droit international[283].

Autre déterminant, autre puissance : le culte. Si la religion a pu constituer la raison d'être de l'action collective - croisades, interventions d'humanité, etc. -, il n'en reste pas moins que le droit international s'est échiné et ce, dès les Traités de Westphalie, à se séculariser par l'émiettement de l'influence cultuelle. Pour autant, l'aube du XXIe siècle est marquée par une recrudescence d'un rapport de forces fondé sur la religion. Faire mention de DAESH, c'est faire mention ici du particularisme de la puissance cultuelle. Cette entité transnationale autoproclamée État est une nouvelle force concurrente des Puissances.

Ainsi la grande diversité des Puissances implique une redistribution continue de la hiérarchie orchestrale originelle[284]. Reste à savoir si la partition permet à ces instruments de jouer la mélodie du droit international sans fausse note.

2. Le droit international, un « droit-cadre » réellement universel

La divergence des foyers de puissance dans le droit international contemporain s'analyse aussi en termes d'impact de ce droit pour encadrer les relations externes des États. C'est l'ambition des articles 1er et 2e de la Charte de l'ONU : refonder les buts et principes du droit international général en faveur de la paix, de la coopération et du développement, avec une harmonisation des pratiques licites.

L'influence de l'ONU comme mètre étalon du droit international est par ailleurs flagrante au niveau de la reconnaissance des États : l'intégration d'une entité indépendante au sein de l'Organisation est vue comme la consécration juridique de l'indépendance politique[285]. Le phénomène est explicite lors de la vague des indépendances africaines des années 1960, les nouveaux États liant l'accès à la souveraineté internationale à l'adhésion aux Nations Unies – ce qui justifiait la fin de la Communauté prévue dans la Constitution de 1958[286]. Devenue l'organisation universelle par excellence, régulièrement critiquée par les acteurs de la vie internationale[287], la vieille maison commune de New York a avancé tant bien que mal, et le droit international s'est comme identifié à elle, en témoigne la très solennelle rencontre annuelle des chefs d'États et de gouvernements à l'Assemblée générale des Nations Unies, ou encore l'attention médiatique accordée aux réunions du Conseil de sécurité.

Les institutions internationales ont su prouver leur impartialité vis-à-vis de la puissance des Membres souverains, en tranchant certaines questions délicates malgré des oppositions frontales. Souvenons-nous, du temps de la SDN déjà, de la volonté de l'Italie d'entreprendre la conquête coloniale de l'Ethiopie, royaume membre de l'Organisation : la SDN n'avait pas la capacité de monter une coalition militaire, et c'était là l'une des faiblesses de la ligue ; néanmoins, le consensus s'est formé pour prendre un ensemble de sanctions économiques et financières à l'égard de l'Italie, tant et si bien que le Duce se scandalisait de ce qu'il appelait « *la coalition de cinquante-deux nations contre une seule* ». Si finalement en l'espèce, la force vainquit le droit, il n'en est pas moins vrai que la volonté d'une puissance de manipuler le droit

[283] V., par ex., entre autres : A. PUTTLER, « Le renforcement de la notion d'identité nationale dans l'Union européenne », *in* J. ROSSETTO *et al.* (dir.), *Quel avenir pour l'intégration européenne ?*, Tours, Presses universitaires Rabelais, 2010, pp. 179-186.
[284] Pour une illustration du rôle-pivot des anciennes puissances aujourd'hui, v. V. BARRIER-ROIRON, « Une identité impériale sans Empire ? Le sens de la politique de décolonisation britannique », *Revue LISA/LISA e-journal*, vol. V, n° 3, 2007, pp. 14-23.
[285] M. VIRALLY, « Droit international et décolonisation devant les Nations Unies », *AFDI*, vol. IX, 1963, pp. 508-541.
[286] Constitution française du 4 oct. 1958 (Vème République), titre XII ancien ; v. R. DE LACHARRIERE, « L'évolution de la Communauté franco-africaine », *AFDI*, vol. VI, 1960, pp. 9-40.
[287] V. entre autres : P. VINCENT, « Pour une meilleure gouvernance mondiale : la réforme du Conseil de sécurité des Nations Unies », *Pyramides*, vol. IX, 2005, pp. 69-86 ; et encore, ONU, Service de documentation et d'information, « Cinquième Commission : critiques sur la gestion de l'ONU, relayées par les États-Unis qui réclament une réduction budgétaire de 4% », communiqué de presse, 3 oct. 2013, AG/AB/4071.

international à son profit fut tenue en échec par une forme de conscience collective des États[288]. Plus récemment, en 2003, les États-Unis ont également échoué à recevoir l'accord du Conseil de sécurité pour mener leur intervention en Irak, et en conçurent de la frustration, tant l'aval des Nations Unies est devenu la garantie morale d'un droit international plus juste. Dans la même continuité d'autonomie des acteurs du droit international face aux Puissances, il faut citer l'adhésion récente de la Palestine en tant qu'État observateur au sein de l'UNESCO[289], et ce malgré l'opposition farouche d'Israël et des États-Unis, qui ont dès lors coupé leurs crédits à cette organisation : l'UNESCO n'en a pas moins tenu sa position.

L'autre témoignage d'un encadrement de plus en plus juridique des relations interétatiques se voit à travers la juridictionnalisation des différends[290]. Si le recours à un juge constitue une forme de sauvegarde que recherche un État faible, cette action a peu d'intérêt pour un État fort, à moins d'être sûr de son bon droit : ce mécanisme découle de l'obligation générale de résolution pacifique des différends internationaux inscrite dans la Charte de l'ONU, et les États s'y plient avec plus ou moins de grâce. Deux exemples caractéristiques peuvent être cités, à travers deux arrêts fameux de la Cour internationale de justice : tout d'abord, les *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*,[291] opposant le petit Nicaragua à la superpuissance mondiale en 1986 ; non seulement les États-Unis acceptèrent la juridiction, mais ils furent condamnés par la Cour et appliquèrent sa décision ; et à une autre échelle, citons l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*[292], concernant un point contesté de la frontière thaïlando-cambodgienne ; la Thaïlande, puissance régionale, aurait pu s'emparer de cette zone militairement, si la Cour n'avait pas dit le droit, et Bangkok pour s'y soumettre. Avec fort mauvaise grâce, comme en témoignent les canonnades qui ont lieu de temps à autre dans ce secteur ; mais ces manifestations épidermiques de mécontentement n'empêchent pas de constater que le temple de Préah Vihéar est toujours cambodgien, et c'est par la voie du droit international que cette situation se maintient[293].

Cette juridictionnalisation se répand sur d'autres théâtres : citons notamment l'Organisation mondiale du commerce et son Organe de règlement des différends (ORD). Si le droit international est parfois réticent devant le titre de « juge » et préfère avoir recours à des arbitres, à des panels d'experts, à un examen par les pairs, force est de constater que ces mécanismes de droit accompagnent et encadrent de plus en plus l'action des Puissances, grandes ou petites. L'improvisation est donc jugulée au sein de l'orchestre, pour éviter les fausses notes.

B. L'harmonie : un équilibre fragile entre droit et effectivité

1. L'adaptabilité du répertoire musical

Multiplication des acteurs, éclatement des Puissances et redéfinition continue de la hiérarchie orchestrale sont autant de facteurs rendant nécessaire l'adaptation de l'œuvre musicale. En effet, la société internationale n'est figée ni dans le temps ni dans l'espace, en témoigne un siècle d'évolution mais aussi d'enrichissement de la matière qui la coiffe. Ceci caractérise d'ailleurs le droit : l'adaptation dans la stabilité. Et, à cet exercice, le droit international n'est pas dépourvu de ressources et a su d'ores et déjà prouver sa malléabilité. Le rôle des Cours de justice dans ce domaine n'est, du reste, pas à minorer tant

[288] D. EECKAUTE et M. PERRET (dir.), *La Guerre d'Ethiopie et l'opinion mondiale*, 1934-1941, actes du Colloque de l'INALCO., Paris, INALCO, 1986, 276 p.
[289] J. SALMON, « La qualité d'État de la Palestine », *RBDI*, in extenso 2012/1, pp. 13 et s.
[290] Cf. SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, Colloque de Lille (2002), Paris, Pedone, 2003, 552 p.
[291] CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, 27 juin 1986, *CIJ,* Rec. 1986, p. 14.
[292] CIJ, *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, arrêt, 15 juin 1962, *CIJ*, Rec. 1962, p. 6.
[293] CIJ, *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, arrêt, 11 nov. 2013, *CIJ*, Rec. 2013, p. 281.

elles ont largement contribué à la maturation de ce droit, preuve en est faite avec l'avis donné dans l'affaire *Bernadotte*.

Ainsi, ce droit créé par les États et pour les États a su se modeler au point d'intégrer dans son sillage les organisations internationales comme véritables sujets et aussi d'autres acteurs[294]. Les États, sujets primaires et donc premiers, gardent une autorité sur ce droit des souverains qu'il est parfois complexe de leur opposer. Mais le défaut d'efficience ne signifie pas que ce droit est vaporeux voire, pis encore, dépourvu de toute effectivité : le droit international est un ordre normatif particulier qui crée un ordre social déterminé par un pluralisme où se superposent des niveaux de solidarité, pour reprendre G. Scelle[295]. Le droit international ne serait alors que la traduction des nécessités sociales dont la réalisation ne pourrait être possible sans l'entremise des gouvernements nationaux : en soi, les relations diplomatiques courantes sont fondées sur un respect quotidien de l'œuvre internationale. Souveraineté des États, statut des ambassades, sont autant d'exemples de la réalité de ce droit, tout comme le respect des procédures conventionnelles ou la pratique de la protection diplomatique qui attestent de son caractère contraignant.
À cette démonstration, certains argueront que le droit international ignorerait les sanctions dans leur totalité[296]. Une telle affirmation est erronée, le droit coutumier connaissant et pratiquant des sanctions de poids et formes variés [297], sanctions souvent codifiées voire complétées par les normes conventionnelles ultérieures[298].

Le droit international existe et recouvre toutes les caractéristiques d'un droit effectif et obligatoire. Reste à savoir si cette obligatoriété lui permet de jouir d'une pleine autorité à l'égard de ses sujets.

2. Le droit international, une composition d'avenir

Au commencement du droit international public est le consentement des États – le droit *originaire* –, la vie de ce droit est rythmée par la parole donnée – *Pacta sunt servanda* – et par des développements ultérieurs qui étendent ou approfondissent l'élément initial – le droit *dérivé*.

Le bel ouvrage peut être bloqué, il est vrai, par la mauvaise volonté des Puissances[299]. Prenons l'exemple de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant[300] : tous les États du monde l'ont ratifiée, à l'exception de deux, le Soudan et les États-Unis. Tous les États, faibles ou forts, gardent la capacité de refuser de s'engager en droit international. La tentative de créer un forme de droit international fondamental et impératif dénommé *jus cogens* a été faite dans la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969[301] : si de prime abord, cette idée est séduisante pour instaurer une forme d'ordre public international, elle induit cependant une hiérarchie des normes qui jusqu'ici n'est pas établie

[294] C. DOMINICE, « L'émergence de l'individu en droit international public », *Annales d'études internationales*, 1988, pp. 1-16.
[295] G. SCELLE, *Précis de droit des gens : Principes et systématique*, Dalloz-Sirey, Coll. Bibliothèque Dalloz, 13 nov. 2008, 312 p.
[296] Cette interrogation, maquillée sous un lexique large (validité, efficience, utilité, effectivité des sanctions) est récurrente : v., notamm., Institut des hautes études de défense nationale, *Les sanctions internationales sont-elles utiles ? De l'intelligence des sanctions aux sanctions intelligentes*, rapport du premier comité, 2009, 30 p.
[297] V., par ex., les ruptures des relations diplomatiques, l'annulation d'un traité irrégulièrement conclu, les mesures de rétorsion, la caducité d'un traité inexécuté par le cocontractant, etc.
[298] Sur la variété des sanctions, v. J.-M. THOUVENIN, « Sanctions économiques et droit international », *Droits*, 2013/1, pp. 161-176.
[299] V. S. SUR, « Le Conseil de sécurité : blocage, renouveau et avenir », *Pouvoirs*, 2004/2, pp. 61-74.
[300] ONU, AG, *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 nov. 1989, A/RES/44/25.
[301] *Convention de Vienne sur le droit des traités*, arts. 53 & 64, faite à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janv. 1980 ; Nations Unies, *RTNU*, vol. 1155, p. 331.

officiellement[302], et remet en cause la conception contractuelle et volontariste[303] du droit international depuis sa sécularisation il y a bientôt quatre siècles. La France, ainsi, n'a pas souscrit à ce principe[304].

Pour autant, même si le droit international ne s'impose pas comme une partition préexistante et obligatoire à ses interprètes, si ceux-ci peuvent émettre des réserves sur telle portée de notes[305], ces musiciens que sont les États doivent tout de même se plier à l'harmonie générale du morceau pour entrer dans le jeu et participer au concert des nations. Tel est la force de cette matière qui s'ébauche au fur et à mesure, par une sédimentation contractuelle vis-à-vis desquels les États sont parfois bien en peine de justifier leur opposition devant l'opinion publique[306]. Car si nous avons mentionné le rôle des musiciens dans la formation de la musique, il faut aussi évoquer la fonction d'approbation ou de réprobation acquise par un public (société civile, médias, etc.) qui observe les évolutions de la scène sur les forums internationaux[307].

Le droit international, par la publicité des débats et par sa densification normative, n'est plus uniquement un droit au service de la puissance des États mais aussi un moyen de freiner les excès potentiels de la souveraineté[308], aussi bien dans l'ordre international que dans l'ordre interne : il faut terminer par l'évocation du contrôle international des droits de l'homme, qui cumule institutions universelles, régionales, juridictions, commissions, textes contraignants et recommandés, etc.[309] Que le résultat soit pleinement satisfaisant ou pas, tel n'est pas notre propos : il suffit de constater qu'il existe et que ce maillage de normes embrasse tous les États à des degrés divers, qu'ils soient faibles ou puissants, et qu'elles ont des effets sur leur droit interne[310].

Le XXe siècle a connu un fort mouvement d'humanisation du droit international[311]. « *Charbonnier est maître chez lui* », dit-on ; il reste à espérer que le XXIe siècle bannira l'ignoble interprétation qu'en avait fait un certain régime dans les années 1930[312], pour revenir au sens originel de cette phrase de François Ier : reconnaître la dignité des plus faibles.

---

[302] Bien que l'impact de cette notion théorique est assez faible en pratique : v. J. VERHOEVEN, « Sur les 'bons' et les 'mauvais' emplois du jus cogens », *III Anuario brasileiro de Direito internacional*, vol. I, 2008, p. 134.

[303] Le droit international étant par nature un ordre de coopération et bien peu de subordination : v. NISOT J., « Le concept de jus cogens envisagé par rapport au droit international », *RBDI*, 1968-1, p. 7.

[304] O. DELEAU, « Les positions françaises à la Conférence de Vienne sur le droit des traités », *AFDI*, vol. XV, 1969, p. 16.

[305] La réserve est une pratique quasi *sine qua non* des négociations internationales : v. récemment SFDI, *Actualité des réserves aux traités*, journée d'études du 15 nov. 2013 ; Paris, Pedone, 2014, 192 p.

[306] M. MERLE, « Le droit international et l'opinion publique », *RCADI*, vol. 138, 1973, pp. 373-412.

[307] V. entre autres ; *Organisations internationales et sociétés civiles*, colloque du CMH, Clermont-Ferrand, 20-21 nov. 2014, à paraître.

[308] Le thème de la souveraineté absolue, telle que dessinée par J. Bodin en 1576, correspond à une phase historique de la construction de l'État et trouve peu d'écho dans la réalité contemporaine des relations interétatiques.

[309] C. THIBIERGE et J. CHEVALLIER, *La densification normative. Découverte d'un processus*, Paris, Mare & Martin, 2013, 1204 p.

[310] Au point que leurs interactions et conséquences en deviennent des objets d'études à part entière : v. S. TURGIS, *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*, Paris, Pedone, *Publications de l'Institut international des droits de l'homme*, n° 17, 2012, 642 p.

[311] A. CANÇADO TRINDADE, « L'humanisation du droit international : la personne humaine en tant que sujet du droit des gens », *Revista da Faculdade de Direito (Universidade federal de Minas Gerais)*, n° 65, 2014, pp. 25-66.

[312] Goebbels devant l'AG de la SDN : « Messieurs, charbonnier est maître chez soi. Nous sommes un État souverain. […] Nous faisons ce que nous voulons de nos socialistes, de nos pacifistes et de nos juifs et nous n'avons à subir de contrôle ni de l'humanité, ni de la SDN » ; cité par Y. MADIOT, *Droits de l'homme*, Paris, Masson, 1991, pp. 52-53.

La Revue
" A qui profite le droit ? "
Numéro 11 - Juin 2017

II - Plaidoyer pour le droit : « Le droit profite surtout à chacun ! »

Premier alibi : Les normes protègent la partie faible

L'EXTENSION NORMATIVE DU DROIT DE LA CONSOMMATION

*Sandrine **TISSEYRE**,* [313]
Professeur de droit privé et de sciences criminelles, Université de Pau et des Pays de l'Adour
chercheur associée au Centre Michel de l'Hospital EA 4232

La Constitution française pose une égalité entre les Hommes[314]. Cette égalité, comprise comme une égalité de droit de tous les Hommes, est une égalité abstraite. Elle innerve de nombreuses dispositions du droit commun des obligations, qui limite les causes de nullité du contrat en raison de la « faiblesse », de « l'inexpérience » d'un cocontractant, ou de sa « mauvaise compréhension » de la portée ou des termes de l'engagement. La jurisprudence s'inscrit, elle aussi, dans ce sillage en limitant, au nom de la sécurité juridique, la remise en cause des engagements. Si l'existence d'une lésion[315], la conception subjective de la cause[316] ou l'admission de la violence économique[317] ont permis de prendre en compte certains déséquilibres et d'offrir à leurs « victimes » certains palliatifs, force est de constater qu'il ne s'agit que de rares exceptions au postulat de l'égalité des contractants.

Néanmoins, l'observation de notre société contemporaine témoigne du fait qu'il existe, dans les rapports humains, des signes d'une inégalité que cela soit une inégalité des forces dans la négociation, dans la liberté d'accepter ou de refuser certains éléments du contrat, ou encore d'influer sur la révision des conditions contractuelles, etc. Certaines disciplines ont pris acte de cette inégalité des forces contractantes, et même des contractants au cours de la relation contractuelle. Le droit social en est une illustration classique. Il est aujourd'hui admis que le rapport qui unit le salarié à l'employeur est inégalitaire. Cette inégalité de fait a été prise en compte par le droit du travail qui, à de nombreux égards, limite les pouvoirs de l'employeur. Dans un autre domaine, les situations d'inégalité de fait entre les individus se sont multipliées au cours de la seconde moitié du XXe siècle, en raison notamment de certaines formes de vente ou de pratiques de distribution[318]. C'est dans ce contexte que s'est développé le droit de la consommation.

---

[313] Le texte ici reproduit est la contribution présentée par l'auteur au jour du colloque, le 26 mars 2015.
[314] Art. 1er de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : « les Hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ».
[315] Par principe, la lésion ne vicie pas la convention, et ce en application de l'article 1118 du *Code civil*. Toutefois, le déséquilibre est pris en compte dans certains contrats. Ainsi en va-t-il de la vente immobilière (art. 1674 *Code civil*), de la cession de droit d'auteur (art. L. 131-1 CPI) ou encore de la vente d'engrais (L. 8 juillet 1907, art. 1er).
[316] Sur la subjectivation de la cause objective, v. not. : M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations,* t. 1, PUF, 3e éd., 2012, p. 456 et s. ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, n° 624, 6e éd., 2013, p. 308 ; A. BENABENT, *Droit des obligations*, Montchrestien, 13e éd., 2012, n° 181, not. p. 145.
[317] Cass. Civ. 1ère, 3 avril 2002, *Bull. Civ*. I, n° 108, *D*. 2002, 1860, note J.-P. GRIDEL et J.-P. CHAZAL ; somm. 1844, obs. D. MAZEAUD ; *CCE* 2002, n° 80, obs. Ch. CARON et n° 89, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK. Plus largement sur le thème : M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, p. 368 et s. ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 518, p. 254-5.
[318] Not. : J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 9e éd., 2015, n° 1, p. 1 et s. ; Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation*, Sirey, 2e éd., 2010, n° 1 p. 1 et s.

Traditionnellement, le droit de la consommation est perçu comme un droit protecteur de la « partie faible ». Il a donc substitué au postulat de l'égalité des contractants, un postulat d'inégalité des contractants. Le droit de la consommation s'est largement développé à compter de la seconde partie du XXe siècle, du fait du développement du consumérisme lui-même[319], jusqu'à ce qu'il accède à une véritable « autonomie », en ce sens que les textes législatifs ou règlementaires qui sont relatifs à la matière font l'objet d'un code. Ainsi est né en 1993 le *Code de la consommation*. Parallèlement à l'éclosion du droit de la consommation en France, celui-ci s'est également largement développé par le biais du droit de l'Union européenne qui, à compter des années 1990, a eu un rôle particulièrement actif dans l'élaboration de règles par le biais d'instruments normatifs de plus en plus contraignants.

Pour autant, et bien qu'un Code soit dédié aux règles du droit de la consommation, l'influence des règles du droit de la consommation est bien plus étendue qu'il n'y paraît. Faut-il rappeler qu'une directive communautaire de 1985, qui avait pour but d'organiser la responsabilité de ceux qui fournissent, à titre professionnel, des produits se révélant défectueux, est devenue les articles 1386-1 et suivants du *Code civil* ? Le texte, bien que concernant la responsabilité des producteurs professionnels, occupe une place centrale en droit commun de la responsabilité[320].

Pourtant, initialement, le droit de la consommation était censé protéger une catégorie de personnes bien particulière : les consommateurs. Le consommateur a été récemment défini par la loi Hamon comme « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* »[321]. Ce faisant, deux interrogations naissent.
La première tient au domaine d'application du droit de la consommation. Le droit de la consommation bénéficie-t-il uniquement aux consommateurs ? Son domaine, son influence et sa protection ne se sont-ils pas métamorphosés depuis les années 1990 ?

Dès lors, n'est-il pas aujourd'hui légitime de s'interroger sur l'influence du droit de la consommation au-delà même de son domaine défini en droit de la consommation ? À l'instar du mouvement qui s'est réalisé et qui a permis la protection, par le droit de la consommation, de personnes qui ne répondent pas à la définition du « consommateur », l'influence contemporaine du « droit de la consommation » ne dépasse-t-elle pas la matière elle-même ? Les règles et la protection édictées par le droit de la consommation ne sont-elles pas aujourd'hui source d'inspiration pour d'autres branches du droit ? Si c'était le cas, on assisterait alors à une extension de l'esprit des règles du droit de la consommation.

Pour autant, et assez paradoxalement d'ailleurs, certaines règles du droit de la consommation, bien qu'elles aient été initialement créées en « faveur du » consommateur, conduisent à un affaiblissement de sa protection. L'exemple topique en est les dernières directives d'harmonisation maximale, et notamment celle relative aux pratiques commerciales déloyales[322]. Afin de se mettre en conformité avec le droit européen, la France a dû infléchir son niveau de protection. En conséquence, les ventes avec prime et les ventes liées que le droit français avait prohibées ne sont désormais interdites que s'il est prouvé qu'elles sont déloyales, en ce sens qu'elles altèrent ou sont susceptibles d'altérer le comportement d'un consommateur moyen et qu'elles traduisent un manquement du professionnel à son devoir de

[319] Not. : J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *op. cit.*, n° 1, p. 1 et s. ; Y. PICOD et H. DAVO, *op. cit.*, n° 2, p. 2 et s.
[320] Le producteur professionnel du produit est le premier débiteur de la dette indemnitaire qui nait en raison du dommage causé par le produit défectueux. Le terme « producteur » s'entend largement. Conformément à l'article 1386-6 alinéa premier du *Code civil* « Est producteur, lorsqu'il agit à titre professionnel, le fabricant d'un produit fini, le producteur d'une matière première, le fabricant d'une partie composante ». Est également assimilé à ce producteur, celui qui appose « sur le produit son nom, sa marque ou un autre signe distinctif », ou encore l'importateur (art. 1386-6 *Code civil*).
[321] Art. 3 de la loi n° 2014-344 17 mars 2014, intégré au *Code de la consommation* en un article préliminaire.
[322] Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales.

diligence [323]. Similairement, la loi du 20 décembre 2014 a diminué la protection accordée aux consommateurs[324]. Procédant à la réécriture de l'article L. 121-36 du *Code de la consommation*, la loi modifie la rédaction de l'article issue de la loi Hamon, pour conditionner le caractère déloyal de la loterie publicitaire aux conditions générales de l'article L. 120-1 du *Code de la consommation*.

Si l'on réserve le paradoxe de l'infléchissement de la protection du consommateur du fait de la stricte observance des directives européennes d'harmonisation maximale, reste à déterminer « à qui profite le droit » de la consommation.

Nul doute qu'il est aujourd'hui assez malaisé de tracer les frontières de notre droit de la consommation. La difficile identification du domaine du droit de la consommation tient à deux éléments. En premier lieu, le droit de la consommation connaît une extension de son domaine *rationae personae* **(I)**. Si cette première extension, *rationae personae*, est interne au domaine du droit de la consommation, une seconde est, quant à elle, externe aux contours classiques de la matière. Le droit de la consommation connaît en effet, en second lieu, une extension de son domaine *rationae materiae* **(II)**. L'influence *rationae materiae* du droit de la consommation atteste de l'extension normative des règles consuméristes.

I. L'EXTENSION *RATIONAE PERSONAE* DU DROIT DE LA CONSOMMATION

À la différence du droit européen qui n'offre de protection qu'au consommateur – personne physique, le droit français de la consommation étend son application à des personnes qui ne répondent pas à cette définition. Ainsi le droit européen exclut-il les personnes morales de la protection du droit de la consommation. Par une décision du 22 novembre 2001[325], l'ancienne Cour de justice des communautés européennes a affirmé que le consommateur est nécessairement une personne physique. C'est au demeurant cette vision étroite du champ d'application du droit de la consommation que l'Union européenne entend conserver. Le droit français de la consommation ouvre, quant à lui, la protection aux non professionnels **(A)**, lesquels constituent une catégorie hétéroclite **(B)**.

A. L'admission de la catégorie de non-professionnels au bénéfice de la protection du droit de la consommation

Par un arrêt du 15 mars 2005[326], la Cour de cassation a affirmé que le droit de la consommation s'appliquait aux consommateurs, tels que définis par la Cour de justice des Communautés européennes [327], et aujourd'hui dans le *Code de la consommation*[328], c'est-à-dire aux personnes physiques agissant pour des besoins non-professionnels. Parallèlement aux consommateurs, personne physique, la Cour de cassation admet que le droit de la consommation puisse s'appliquer aux non-professionnels. Or, ainsi qu'elle l'a admis par un arrêt du 15 mars 2005, « *la notion distincte de non-professionnel, utilisée par le législateur français, n'exclut pas les personnes morales de la protection contre les clauses abusives* »[329].

---

[323] V. not. : E. PETIT, « La conformité européenne de l'interdiction des ventes avec prime et des ventes liées remise en cause » *D*. 2009 p. 1273.
[324] Loi du 20 décembre 2014, n° 2014-1545. Sur ce point, v. not. : E. PETIT, « *Loteries publicitaires : nouveau régime issu de la loi du 20 décembre 2014* », *D*. 2015, p. 373 ; E. BAZIN, « Un an de droit pénal de la consommation », *Droit pénal* mai 2015, chron. 5, n° 1-5.
[325] CJCE, 22 novembre 2001, *D.* 2002, p. 90, note C. RONDEY et p. 2929, obs. J.-P. PIZZIO ; *JCP G* 2002, II, 10047, note G. PAISANT ; *RTD Civ*. 2002, p. 291, obs. J. MESTRE et B. FAGES et p. 397, obs. J. RAYNARD ; *RTD Com*. 2002, p. 404, obs. M. LUBY.
[326] Cass. Civ. 1ère, 15 mars 2005, *Bull. Civ.* I, n° 109 ; *CCC* 2005, comm. 142, obs. G. RAYMOND ; *JCP G*. 2005, II, 10164, note E. BAZIN ; *RDC* 2005, p. 1051, note D. FENOUILLET.
[327] CJCE, 22 novembre 2001, *op. cit.*, *supra* note 12.
[328] Art. préliminaire du *Code de la consommation*.
[329] Cass. Civ. 1ère, 15 mars 2005, *op. cit*. *supra* note 13.

Si l'arrêt du 15 mars 2005 a été rendu en matière de clauses abusives, la solution retenue ne se limite pas à ce domaine particulier. La Haute Cour a plus largement ouvert la protection du droit de la consommation aux personnes morales chaque fois que les « non-professionnels » sont admis à la protection. Ainsi les personnes morales sont-elles placées sous les auspices du droit de la consommation en matière de pratiques commerciales règlementées, et plus précisément de contrats relatifs au gaz de pétrole liquéfié[330]. Il en va de même s'agissant des contrats de services de communications électroniques[331], ou encore et sans que cela ne soit exhaustif, s'agissant des informations devant être divulguées par le professionnel lors de la conclusion du contrat ou avant de sa reconduction[332].

En somme, si certaines dispositions du *Code de la consommation* sont expressément réservées aux consommateurs personnes physiques, d'autres s'étendent au-delà du champ premier du droit de la consommation et bénéficient aux non-professionnels[333]. L'extension du droit de la consommation aux non professionnels poursuit des objectifs louables. L'assimilation poursuit un objectif louable qui est indéniablement celui de l'ouverture de la protection à des personnes qui peuvent apparaître « vulnérables » [334], ou du moins dans une situation comparable à celle dans laquelle se trouve le consommateur. Pour autant, reste que la détermination des personnes qui composent cette catégorie est hétéroclite.

B. Une catégorie hétéroclite

Si la loi HAMON a pris le soin de définir la notion de consommateur, il est regrettable qu'elle n'en ait pas fait autant pour celle de non-professionnel. L'acception de la notion de « consommateur » ne posait guère de grandes difficultés[335]. Le droit français était, en ce point conforme au droit européen, qui définit cette notion. Toutefois, celle de « non-professionnel », plus discutée, plus discutable, et moins établie, aurait gagné à être précisée. Rien n'en a été, de sorte qu'il convient de se tourner vers la jurisprudence afin d'en esquisser les contours.

La lecture de différents projets de loi atteste que le vocable « non-professionnel » traduit avant tout une volonté du législateur d'étendre la protection à des personnes physiques agissant dans le cadre de leur activité professionnelle, mais en dehors de leur domaine de compétence[336]. Ainsi Monsieur le Sénateur CORNU estimait-il qu'il est opportun, afin de « *faciliter la gestion de l'ensemble de leurs contrats de service par les professionnels… d'assimiler aux consommateurs les personnes physiques agissant pour leurs besoins professionnels* » [337]. Une même approche avait été retenue quelques années auparavant en matière de clauses abusives[338].

---

[330] Art. L.121-112 *Code de la consommation*.
[331] Art. L. 121-85 *Code de la consommation*.
[332] Art. L. 133-1 et L. 136-1 *Code de la consommation*.
[333] Cette extension participe d'ailleurs du rapprochement des régimes juridiques entre les personnes physiques et les personnes morales. S'agissant de la protection des personnes morales par certains droits de la personnalité, v. not. : B. TEYSSIE, *Droit civil, les personnes*, Lexisnexis, 16e éd., 2014, n° 931, p. 485 et s. ; Ph. MALAURIE, *Les personnes, la protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ, 7e éd., 2014, n° 441, p. 221 et s.
[334] H. DAVO et Y. PICOD, *op. cit.*, n° 35 et s. ; V. Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998, not. p. 10.
[335] Pour autant, la définition retenue n'est pas à l'abri de toutes les critiques. En effet, une lecture exégétique de l'article préliminaire du *Code de la consommation* laisse apparaître que l'agriculteur, personne physique, qui agirait dans le cadre de son activité pourrait conserver la qualité de consommateur puisque son activité n'est ni « commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ». Pourtant, par un arrêt du 2 juillet 2014, la Cour de cassation a, sans surprise, admis que l'agriculteur qui contracte pour les besoins de son activité agricole est un professionnel : Cass. Civ. 1ère, 2 juillet 2014, n° 13-16.312 (publication au bulletin à venir) ; *D.* 2014, p. 1492. Toutefois, la catégorie de consommateur est large comme en témoigne un arrêt du 26 mars 2015, n° 14-11.599 (publication au bulletin à venir). Le client de l'avocat, personne physique, qui a « eu recours à ses services à des fins n'entrant pas dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale » est un consommateur.
[336] G. CORNU, *Rapp. n° 111, 2007-2008* fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 5 décembre 2007.
[337] *Ibid.*
[338] En ce sens, M. ALPHANDERY, ministre de l'Économie, cité par N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Les contrats de consommation, règles communes*, LGDJ, 2013, n° 115, p. 114.

Dès lors, le but de l'extension était perceptible : il s'agissait de protéger des personnes physiques qui agissaient pour leurs besoins professionnels, mais dans un domaine où leurs compétences étaient assez limitées. Là encore, l'objectif est louable, mais le droit de la consommation profite alors à d'autres que ceux pour lesquels les règles ont été initialement forgées.
Toutefois, l'extension ne s'est pas arrêtée là. La jurisprudence admet aujourd'hui que la notion de non-professionnels bénéficie à des personnes morales. Les personnes morales peuvent-elles ainsi que les personnes physiques bénéficier de la protection si elles contractent en dehors de leur « domaine d'activité » ? Opérant un parallèle avec l'extension posée pour les personnes physiques, il pourrait logiquement être déduit que sont admises à la protection les personnes morales qui contractent dans un domaine distinct de leur objet social. Or, il n'en est rien[339].

La Cour de cassation refuse systématiquement la protection du droit de la consommation aux sociétés commerciales, et cela bien qu'elles aient agi en dehors de leur domaine de compétence, ou d'activité[340].
En revanche, c'est semble-t-il bien volontiers que la Cour de cassation octroie sans protection aux personnes morales sans but lucratif, et plus largement sans « profession ».
Ainsi, dans un arrêt du 23 juin 2011[341], la première chambre civile a-t-elle considéré qu'un syndicat de copropriétaire avait la qualité de non-professionnel. La solution a d'ailleurs été récemment réaffirmée[342].
Cette personne morale, si elle a une activité, n'a pas à proprement parler de « profession » ce qui permet de l'assimiler à des non-professionnels. Par une approche *a contrario*, la personne morale qui ne peut être consommateur puisqu'elle n'est pas une personne physique, mais qui ne peut être un professionnel du fait qu'elle n'agit pas dans le cadre de sa profession, puisqu'elle n'en possède pas, serait dès lors un « non-professionnel ».

Quelles seraient alors les personnes morales concernées ? Les syndicats de copropriétaires, les associations, éventuellement les sociétés holding qui n'ont pas d'activité sociale, mais dont l'objet est la détention de participations.
Pour autant, on peut se demander si, bien qu'elles n'aient pas de profession, ces personnes morales méritent en toutes circonstances la protection du droit de la consommation. Certaines d'entre elles peuvent bénéficier de connaissances dans le secteur dans lequel elles interviennent, tout comme elles peuvent aussi être économiquement plus « fortes » que des sociétés commerciales qui seraient, par exemple, de petites tailles. De même peut-on considérer que les sociétés civiles immobilières ont une profession ? Et dès lors méritent-elles toujours de bénéficier des dispositions applicables aux non-professionnels ? Nous n'en sommes pas certains.

En somme, bien que la jurisprudence ait réalisé un effort de définition de la notion de non-professionnel en intégrant les personnes morales sans activité et en excluant les sociétés commerciales, il semble tout de même que cette catégorie hétéroclite de « non professionnel » ne soit pas complètement à l'abri de toutes critiques.

---

[339] Déjà pour ce constat, notre note sous Cass. Civ. 1ère, 23 juin 2011, *D*. 2011, p. 2245.
[340] En ce sens, not. : Cass. Civ. 1ère, 11 décembre 2008, n° 07-18.128, *CCC* 2009, comm. 69, obs. L. LEVENEUR ; Cass. Com., 6 septembre 2011, (deux arrêts) *Bull. Civ*. IV, n° 127 et n° 10-21584, *RDC* 2012, p. 498, note N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *D*. 2011, p. 2198, note X. DELPECH ; *CCC* 2011, 248, obs. G. RAYMOND ; JCP G. 2011, 1203, note G. PAISANT ; Cass. Com., 3 décembre 2013, n° 12-26.416.
[341] Cass. Civ. 1ère, 23 juin 2011, *D*. 2011, p. 2245, note S. TISSEYRE, *RDC* 2011, p. 1246, note N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *CCC* 2011, comm. 224, obs. G. RAYMOND ; *JCP E*. 2011, 1660, note P. LEMAY.
[342] Cass. Civ. 1ère, 4 juin 2014, *Bull. Civ*. I, n° 102.

Plus encore, cette extension accueillie favorablement, et à certains égards souhaitable, n'ouvre-t-elle pas la boite de Pandore ? N'existe-t-il pas des situations où un professionnel, du fait de sa petite taille, de son inexpérience, ne mériterait-il pas lui aussi une certaine protection ? La fragilité dans la négociation, l'aptitude à refuser la signature d'un contrat ou à influer sur ses termes ne tiendrait-elle pas avant à la force économique du protagoniste ?
C'est cette voie que la loi HAMON a semblé emprunter. En effet, la loi du 17 mars 2014 a expressément admis que le professionnel puisse bénéficier de la protection accordée au consommateur[343]. Voici donc qu'aujourd'hui, le professionnel est protégé par le droit de la consommation ! Pour cela, deux conditions doivent être réunies. Le professionnel doit tout d'abord être de « petite taille », c'est-à-dire employer au minimum cinq salariés et ne pas agir dans un domaine lié à son activité principale.

Cette évolution législative remettra peut-être en cause la position jurisprudentielle écartant du champ de la protection les sociétés commerciales qui contractant hors de leur domaine d'activité[344]. Il pourrait, *a contrario*, être défendu que l'article L. 121-16-1, III du *Code de la consommation* possède un domaine d'application très restreint, et qu'il ne perturbera pas la position adoptée par la jurisprudence. Non seulement cet article ne concerne que certaines pratiques : les contrats hors établissements, mais aussi certains contrats dont l'objet est spécifique[345]. Quoi qu'il en soit, il demeure incontestable qu'en dépit du domaine limité de l'application de cet article, celui-ci marque un nouveau tournant : celui de l'admission du professionnel à la protection du droit de la consommation. L'extension ne peut être que critiquée. Si tant est qu'une lacune existe, il ne revient pas au droit de la consommation de la combler.
L'extension du domaine du droit de la consommation est patente s'agissant des bénéficiaires de la protection est également perceptible s'agissant de son influence *rationae materiae*.

II. L'INFLUENCE *RATIONAE MATERIAE* DU DROIT DE LA CONSOMMATION

L'extension du domaine *rationae materiae* du droit de la consommation est notable en ce que certaines dispositions protectrices s'appliquent au-delà des contrats de « consommation » **(A)**. Cette extension, souvent animée par un but de protection, appelle néanmoins des réserves **(B)**.

A. Vers une protection au-delà du contrat de « consommation »

L'influence du droit spécial de la consommation sur les autres branches du droit, et même en droit commun des contrats, est largement perceptible. Quelques exemples suffisent à s'en convaincre.

[343] Art. L. 121-16-1, III *Code de la consommation* : « III.- Les sous-sections 2, 3, 6 et 7, applicables aux relations entre consommateurs et professionnels, sont étendues aux contrats conclus hors établissement entre deux professionnels dès lors que l'objet de ces contrats n'entre pas dans le champ de l'activité principale du professionnel sollicité et que le nombre de salariés employés par celui-ci est inférieur ou égal à cinq. »
[344] *Cf. supra* note n° 27.
[345] L'article L. 121-16-1, III du *Code de la consommation* vise uniquement « 2° Les contrats portant sur les services de santé fournis par des professionnels de la santé aux patients pour évaluer, maintenir ou rétablir leur état de santé, y compris la prescription, la délivrance et la fourniture de médicaments et de dispositifs médicaux ; 3° Les contrats portant sur les jeux d'argent mentionnés à l'article L. 320-1 du *Code de la sécurité intérieure*, y compris les loteries, les jeux de casino et les transactions portant sur des paris », mais aussi « 6° Les contrats portant sur les contrats d'utilisation de biens à temps partagé, les contrats de produits de vacances à long terme et les contrats de revente et d'échange mentionnés aux articles L. 121-60 et L. 121-61 du présent Code ; 7° Les contrats rédigés par un officier public ».

L'une des illustrations topiques de l'influence du droit de la consommation sur d'autres branches du droit est le fameux article L. 442-6 du *Code de commerce*[346]. Cet article sanctionne les pratiques déloyales entre professionnels. Si certaines dispositions semblent clairement inspirées du droit de la consommation, le domaine d'application de l'article s'en distingue également.
En effet, cet article a souvent été cité comme permettant de sanctionner le comportement par lequel une personne soumet ou tente « *de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties* »[347]. Le vocable utilisé rappelle sans nul doute celui de l'article L. 132-1 du *Code de la consommation*[348]. Par le biais de l'article L. 442-6, I, 2° du *Code de commerce*, le juge se voit offrir l'opportunité de réaliser un véritable contrôle de l'équilibre des conventions, lequel lui est par principe fermé[349]. Toutefois, des distinctions sont perceptibles. Ainsi la sanction édictée par le *Code de commerce* paraît moins sévère que celle du droit de la consommation. Le commerçant qui adopte un tel comportement engage sa responsabilité. À la différence, en droit de la consommation, la clause qui a *« pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* » est réputée non-écrite[350]. En droit de la consommation, la déloyauté qui résulte de l'inclusion d'une clause abusive justifie une sanction « substantielle » : le contenu du contrat est modifié afin de faire disparaître la clause. Cette sanction « substantielle » n'a pas été admise en droit commercial[351]. Le bénéfice de la clause n'est pas annihilé à la source par la suppression de la clause litigieuse, mais par l'engagement de la responsabilité de l'auteur. Le déséquilibre résultant de la clause est alors pallié indirectement, par le mécanisme de la responsabilité.

Pour autant, il semble qu'à certains égards à l'inverse, le droit commercial aille plus loin que le droit de la consommation. Tout d'abord, l'article L. 442-6, I, 2° prévoit qu'engage sa responsabilité celui qui « tente » simplement d'obtenir l'avantage. Ainsi, la tentative manquée, qui n'aboutit pas à l'intégration de la clause, engage la responsabilité de l'auteur du comportement déloyal. À l'inverse, le *Code de la consommation* s'attache moins au comportement qu'à ses effets concrétisés par l'intégration d'une clause rompant l'équilibre du contrat. En outre, l'article L. 442-6 du *Code du commerce* contient d'autres dispositions, distinctes de toute idée de prohibition des clauses abusives, et largement sollicitées telle que celle relative à la rupture brutale des relations commerciales établies.

En dépit des différences des critères ou de la sanction des déséquilibres significatifs en droit de la consommation et en droit commercial, il apparaît que l'admission d'un contrôle du déséquilibre des clauses témoigne de l'influence normative du droit de la consommation. Et cette influence de se limite

---

[346] V. not. : D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires,* Sirey, 21e éd., 2014, n° 664 et s., p. 346 et s. ; Y. REINHARD, S. THOMASSET-PIERRE et C. NOURISSAT, *Droit commercial*, Lexisnexis, 8e éd., 2012, n° 241 et s., p. 149 et s. ; M. MALAURIE-VIGNAL, « Le nouvel article L. 442-6 du *Code de commerce* apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle », *CCC* novembre 2008, dossier p. 12 ; M. CHAGNY, « L'article L. 442-6, I, 2° entre droit du marché et droit commun des obligations », *D*. 2011, p. 392 ; E. GICQUIAUD, « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre », *RTD Com.* 2014, p. 267 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Un déséquilibre à deux vitesses », *JCP G*. 2015, doctr. 603.
[347] Art. L. 442-6, I, 2° *Code de commerce*.
[348] Art. L. 132-1 *Code de la consommation*, al. 1er : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».
[349] Art. 1118 *Code civil*. V. not. plus largement sur le thème : N. MATHEY, « Le déséquilibre significatif, approche civilistes et consuméristes », *CCC* 2013, dossier 3, p. 19.
[350] Art. L. 132- 1 *Code de la consommation*.
[351] Seules sont nulles les clauses visées à l'article L. 442-6, II, *du Code de commerce*. D'ailleurs, à cet égard, convient-il de noter que la sanction prévue est la « nullité » et non le « réputé non écrit », ce qui peut suggérer une différence quant à la force de la sanction. Ainsi, le réputé non écrit serait imprescriptible, à la différence de la nullité. Sur la sanction du réputé non-écrit, v. not. : S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, Economica, préf. Y. LEQUETTE, 2006.

pas au « droit spécial » qu'est le droit de la consommation. Le projet de réforme du droit des obligations[352] qui devrait modifier notre droit commun des contrats début 2016, selon le calendrier fixé[353], propose d'intégrer une disposition qui sanctionnerait l'existence d'une clause abusive en droit commun des obligations. L'article 77 de l'avant-projet de réforme d'octobre 2013, devenu l'article 1169 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, prévoit qu'« *une clause qui crée un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée* ». Cette disposition témoigne nettement d'une influence du droit de la consommation sur le droit commun[354]. Si elle devenait le droit positif, nul doute que le droit de la consommation possèderait, encore plus qu'aujourd'hui, un domaine d'application qui dépasse ses frontières traditionnelles.

Si l'influence du droit de la consommation sur le droit commun se manifeste aujourd'hui clairement par le souhait d'extension du contrôle des clauses déséquilibrées au droit commun, le mouvement était déjà perceptible. En effet, dès 2003, la réforme du cautionnement était largement inspirée des dispositions du droit de la consommation[355]. A la suite de la réforme, et similairement à ce qui était prévu en droit de la consommation, la caution personne physique bénéficie d'une large information lors de la formation et de l'exécution du contrat[356]. En outre, un formalisme informatif, qui oblige la caution à la reproduction de mentions manuscrites dans l'acte de cautionnement, a été instauré[357]. Comme c'est le cas en droit de la consommation, le créancier commet une faute s'il sollicite un cautionnement disproportionné au regard des capacités de la caution[358]. Certes, la réforme a trait au cautionnement donné au profit d'un « créancier professionnel ». Toutefois, la qualité du créancier exige-t-elle nécessairement que son cocontractant soit protégé ? Celui-ci est-il toujours et nécessairement placé dans une situation comparable à celle d'un « consommateur » ? Cela n'est pas certain. D'ailleurs, les articles L. 341-1 et suivants du *Code de la consommation* s'appliquent aux dirigeants de société[359], personnes physiques, sans pour autant que cette qualité puisse être raisonnablement assimilée à celle des consommateurs.

L'influence normative du droit de la consommation ne saurait être niée. Elle est même grandissante. La principale raison en est le but de protection de certaines personnes qui, pour des raisons structurelles ou conjoncturelles, ne peuvent pas négocier librement les termes de leurs engagements. L'influence perceptible *rationae materiae* du droit de la consommation est donc animée par un but louable, celui de protection. Pour autant, celui-ci appelle certaines réserves.

---

[352] Pour des commentaires et observations sur ce projet de réforme, v. not. : D. MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon », *D.* 2014, p. 291 ; N. BALAT, « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? », *D.* 2015, p. 699 ; M. MEKKI, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015, p. 816 ; C. COUSIN, H. GUIZIOU, M. LEVENEUR-AZEMAR, B. MORON-PUECH et A. STEVIGNON, « Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *D.* 2015, p. 1115.

[353] [http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_dp_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf].

[354] D'ailleurs, le gouvernement sur un document consacré à la réforme met en exergue qu'un des buts de la réforme est de protéger la partie faible, *cf. supra* note n° 40. Cet objectif atteste clairement de l'influence du droit de la consommation, domaine des relations contractuelles déséquilibrées. En effet, s'agissant du droit commun, c'est le principe de l'équilibre des forces contractantes qui représente le paradigme, et le postulat, et non leur déséquilibre.

[355] La jurisprudence antérieure à la réforme semblait également influencée par le droit de la consommation. V. not. : L. AYNES et P. CROCQ, *Les sûretés, la publicité foncière*, Défrénois, 8e éd., 2014, not. n° 210 et s., p. 79 et s. ; J.-B. SEUBE, *Droit des sûretés*, Dalloz, 7e éd., 2014, n° 161 et s., p. 89 et s.

[356] Art. L. 341-1 *Code de la consommation*.

[357] Art. L. 341-2 et L. 341-3 *Code de la consommation*.

[358] Art. L. 341-4 *Code de la consommation*.

[359] Cass. Com., 10 janvier 2012, *Bull. Civ.* IV, n° 2 : « attendu que toute personne physique, qu'elle soit ou non avertie, doit, dès lors qu'elle s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel, faire précéder sa signature, à peine de nullité de son engagement, qu'il soit commercial ou civil, des mentions manuscrites exigées par » les articles L. 341-2 et L. 341-3 du *Code de la consommation* ; sur cet arrêt, v. not. *D.* 2012, p. 276, obs. V. AVENA-ROBARDET ; D. 2012, p. 1577, obs. P. CROCQ. V. également dans le même sens, pour l'application aux gérants et associés cautions, un arrêt de la première chambre civile : Cass. Civ. 1ère, 8 mars 2012, *Bull. Civ.* I, n° 53 ; *D.* 2012, p. 1102, note L. THIBIERGE.

B. Un but de protection de la partie faible suscitant des réserves

La faiblesse de l'un des contractants s'explique bien souvent par son absence de connaissance dans le domaine ou par son inexpérience, mais aussi au-delà du droit de la consommation par sa faiblesse économique. Traditionnellement peu sensible à cette problématique, en raison du fait que le droit pose un postulat d'égalité de droit entre les contractants, il semble néanmoins que notre droit contemporain soit de plus en plus attentif à l'importance d'instaurer des remparts contre le pouvoir de fait de certains contractants.
Telle est certainement la motivation essentielle des dispositions prises dans certains domaines en faveur de contractants considérés comme ne disposant pas des mêmes forces de négociation. Il en va ainsi du nouvel article L. 441-8 du *Code de commerce*, issu de la loi Hamon, qui constitue une illustration de l'extension *rationae materiae* du droit de la consommation. Ce texte, contenu dans une loi relative au droit de la consommation, protège en réalité des professionnels.

La protection des producteurs agricoles s'est réalisée en imposant, au sein des contrats, une obligation de renégociation de certains tarifs. Le législateur a prescrit que les contrats contiennent une clause de variation tarifaire qui permet « *la prise en compte, dans le prix de vente de ces produits, des fluctuations des prix des matières premières agricoles et alimentaires, à la hausse comme à la baisse* »[360]. Pour autant, bien que cette innovation constitue une avancée, elle n'est pas sans limites. Tout d'abord, l'obligation de renégocier ne mènera pas nécessairement à la renégociation effective des termes de l'engagement. Elle doit seulement être menée de bonne foi[361]. En cas de manquement à son devoir de loyauté, le contractant engage sa responsabilité contractuelle. Il en irait ainsi s'il refuse d'initier des négociations ou s'il refuse systématiquement et abusivement toute proposition de son partenaire. En outre, ne pas prévoir une clause de renégociation conforme aux prescriptions légales, ou le non-respect des délais de négociations est passible d'une amende administrative. Pour autant, qu'il contienne des dispositions incitatives dont les sanctions semblent en pratique assez limitées, nul doute que ce texte inséré dans le *Code de commerce*, mais créé par une loi portant sur le droit de la consommation, a pour vocation de protéger le contractant vulnérable.

Toutefois, cette extension du droit de la consommation au-delà de ses domaines est-elle toujours un gage de « progrès » et de « sécurité juridique » ? Cela n'est pas certain, et cela malgré le souhait respectable de protection qui anime l'extension de ces mesures.
Ainsi, on voit par exemple se multiplier les arrêts dans lesquels la Cour de cassation s'affranchit des termes précis de l'article L. 341-2 du *Code de la consommation* qui impose, à peine de nullité, le respect d'une mention manuscrite sur l'acte de cautionnement[362]. L'oubli de certains termes de la mention manuscrite n'entraîne pas nécessairement la nullité du cautionnement, contrairement à ce que la loi indique. Bien que la mention soit prescrite « à peine de nullité », certaines omissions entraîneraient simplement une réduction de l'étendue du cautionnement. Il en va ainsi de l'oubli du mot « intérêts » qui limite dès lors le cautionnement au seul principal de la dette[363]. Similairement l'absence de référence aux biens de la

[360] M. COMERT et E. FLAICHER-MANEVAL, « La négociation des contrats d'affaires après la loi Hamon », *AJCA* 2014, 16.
[361] Art. L. 441-8 al. 3 *Code de commerce* : « La renégociation de prix est conduite de bonne foi dans le respect du secret en matière industrielle et commerciale et du secret des affaires, ainsi que dans un délai, précisé dans le contrat, qui ne peut être supérieur à deux mois (…) ».
[362] Art. L. 341-2 *Code de la consommation* : « Toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante, et uniquement de celle-ci : 'En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même' ».
[363] En ce sens : Cass. Com., 4 novembre 2014, n° 13-24.706, *RDI* 2015, p. 29, note H. HEUGAS-DARRASPEN ; *AJCA* 2015 p. 33, obs. Y. PICOD ; *RLDC* 2015, p. 33, obs. J.-J. ANSAULT ; *Gaz. Pal.* 3-4 déc. 2014, p. 15, obs. C. ALBIGES ; *Banque et droit*, n° 159, janv.-févr. 2015. 75, obs. E. NETTER ; *Gaz. Pal.* 22 janv. 2015, p. 9, obs. M. MIGNOT ; *RTD Civ*. 2015, p. 182, obs. P. CROCQ.

caution circonscrit l'engagement de la caution à ses seuls revenus[364]. Si la solution se comprend en opportunité, on peut tout de même s'en étonner. Est-il si classique de distinguer là où la loi ne distingue pas ?

L'infléchissement du formalisme imposé en matière de cautionnement est patent. N'est-ce pas le signe que ce formalisme, certes très protecteur, mais contraignant, n'est pas adapté à toutes les matières et aurait peut-être dû être repensé avant d'être étendu au-delà du droit de la consommation ?

Le droit de la consommation qui avait initialement pour rôle de protéger le consommateur, personne physique, se trouvant dans une situation d'inégalité avec son cocontractant, s'est sans nul doute affranchi du domaine limité qui était le sien. Son influence est incontestable. Dès lors, il pourrait, nous semble-t-il être affirmé que le droit de la consommation profite à beaucoup, voire peut-être même à tous !

[364] Cass. Com., 1er octobre 2013, *Bull. Civ*. IV, n° 143 ; *D*. 2014, p. 2014, p. 127, note M. JULIENNE et L. ANDREU ; *D*. 2013. 2332, obs. V. AVENA-ROBARDET, *D*. 2013, 1610, obs. P. CROCQ, et 2136, obs. D. R. Martin ; *RTD com*. 2013, p. 791, obs. D. LEGEAIS ; *Gaz. Pal*. 4-5 déc. 2013, p. 13, obs. M.-P. DUMONT-LEFRAND ; *Dr. et patr.* févr. 2014, p. 58, obs. Ph. DUPICHOT ; *JCP E*. 2013, 1624, note D. LEGEAIS.

La Revue
" A qui profite le droit ? "
Numéro 11 - Juin 2017

À QUI PROFITE LE DROIT DU TRAVAIL ?

*Michel **MORAND**,*
Avocat au Barreau de Clermont-Ferrand
chercheur associé au Centre Michel de l'Hospital EA 4232

A qui profite le droit du travail ? La réponse à cette interrogation renvoie nécessairement à l'origine de ce droit, à ce pourquoi il a été créé et à ce pourquoi il existe, renvoie enfin à sa finalité et à ses objectifs. De ce point de vue, car c'est dans l'actualité, je n'ai pas résisté à évoquer le célèbre aphorisme de LACORDAIRE, formulé pour défendre l'interdiction du travail du dimanche : *« entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit »*[365].
En effet, cette citation souvent utilisée rejoint, même si la finalité n'était pas la même, la vocation initiale du droit du travail : protéger la partie faible au contrat matérialisée suite à l'enquête VILLERME par la première loi du 2/03/1841 sur le travail des enfants. Le droit du travail naissant devait donc profiter au salarié afin d'instaurer une relation contractuelle moins déséquilibrée.
Toutefois il serait insuffisant de limiter notre propos à cette vocation protectrice du salarié puisque l'histoire de la construction du droit du travail révèle en réalité que d'une finalité originelle quasi univoque **(I)**, ce droit a tenté de répondre à d'autres préoccupations lui donnant une vocation plutôt équivoque **(II)**.

I. UN DROIT A VOCATION UNIVOQUE

Historiquement, depuis le Big Bang et jusqu'en 1982, le droit du travail a essentiellement profité au salarié dans l'entreprise, d'une part par l'intervention législative de protection, et d'autre part par l'organisation des normes juridiques qui le composent.

A. Un droit de protection des salariés

La construction historique du droit du travail révèle tout d'abord, un droit destiné à créer des avantages sociaux au profit des salariés et à protéger l'emploi. Sans tomber dans une énumération fastidieuse, il est possible de citer dans la première partie de cette construction quelques grands textes qui répondent à cette préoccupation :
- L'apparition de l'Inspection du travail (fin du XIXe siècle)
- Repos hebdomadaire (loi du 13/07/1906)
- Les congés payés et la semaine de 40 H (lois du 20 et 21/06/1936)
- La structuration de la représentation collective (ord. du 22/2/1945, loi du 16/4/1946 et du décret du 1/8/1947) et la constitutionnalisation du droit de grève
- Le droit des licenciements individuels et économiques (autorisation administrative de licenciement par la loi du 3/1/1975)
- Le SMIG et le SMIC (loi du 1/2/1950 et du 2/1/1970)
- Le développement du droit de la négociation collective (accéléré par la loi du 13/11/1982)

Mais indépendamment des différents textes législatifs qui ont structuré ce droit de protection, c'est aussi l'apparition d'autres normes ayant une finalité similaire à celle de la loi et surtout l'organisation des rapports entre celles-ci qui a aussi participé à ce droit de protection.

[365] H. LACORDAIRE, *Conférences de Notre-Dame de Paris*, t. III, Cinquante-deuxième conférence, « Du double travail de l'homme », 16 avril 1848.

B. La protection par l'ordonnancement traditionnel des normes juridiques

Indépendamment des dispositions législatives, d'autres normes juridiques vont apparaître et participer à cet objectif de protection. De ce point de vue, certaines ont vocation à combler les vides législatifs ou améliorer la loi. C'est le domaine privilégié des conventions collectives de branche élaborées en dehors de l'entreprise.
De ce point de vue, on peut citer :
- La loi du 19/03/1919 qui concerne la naissance des conventions collectives.
- La loi du 24/06/1936 qui crée l'extension des conventions collectives et leur caractère obligatoire.
- La loi du 11/02/1950 qui redonne pleine capacité de fixation des rémunérations aux partenaires sociaux dans le cadre des conventions collectives.
Mais le droit du travail a commencé aussi à se créer dans l'entreprise par des normes collectives (accords d'entreprises, usages, décisions unilatérales) du fait de la capacité pour les organisations syndicales de désigner un représentant (le délégué syndical est issu de la loi du 27/12/1968).

Or la particularité de la relation de ces différentes normes entre elles c'est qu'elle est marquée sans faille du sceau d'un principe, essentiel en droit du travail, à savoir, le principe de faveur :
- En cas de concours de normes, c'est la plus favorable qui l'emporte ce qui induit nécessairement une stratification d'avantages sociaux dont bénéficie le salarié puisque c'est la norme la plus favorable qui s'impose.
- L'accord de branche déroge favorablement à la loi.
- L'accord d'entreprise déroge favorablement à l'accord de branche.
Ainsi, dans cette première période de construction du droit du travail, c'est bien au profit unique du salarié que ce droit s'organise. Mais sans doute en raison des effets des différentes crises économiques, l'ordonnance du 16/1/1982 relative à la durée du travail et aux congés payés imagine une nouvelle conception du droit du travail. Ce texte réalise d'ailleurs parfaitement la transition entre ce droit de protection et un droit qui s'oriente différemment et qui autorise la prise en compte d'objectifs économiques en admettant pour la première fois qu'un accord peut déroger défavorablement à la loi. C'est une véritable révolution dans la conception du droit du travail. La finalité n'est plus uniquement la protection du salarié, c'est aussi l'accès à l'emploi et la prise en compte du fonctionnement économique de l'entreprise. D'un droit univoque le droit du travail devient alors un droit équivoque.

II. UN DROIT A VOCATION EQUIVOQUE

Les difficultés économiques et leur impact sur l'emploi ont notamment eu une influence sur la conception du droit du travail comme véritable instrument de la politique du Gouvernement en matière économique et sociale. D'une part les grands textes depuis 1982 révèlent que la préoccupation n'est plus seulement la protection des salariés, mais aussi l'économie de l'entreprise. D'autre part l'organisation des normes juridiques va également participer à cet objectif de diversification des finalités du droit du travail.

A. Un droit de protection de l'entreprise

En premier lieu, dans l'entreprise il y a naturellement les salariés ce qui justifie que le rôle traditionnel du droit du travail se retrouve aussi dans de grands textes postérieurs à 1982 :
- Les « lois » AUROUX s'agissant des relations individuelles (ord. du 5/2/1982 et du 26/3/1982, loi du 4/8/1982).
- L'ordonnance du 16/1/1982, 5e semaine de congés payés et 39 H.

- La loi du 31/12/1982 sur les libertés.
- L'ensemble des dispositions relatives à la protection de la santé physique et mentale.
- Les différentes lois sur l'égalité Hommes/Femmes.
- La loi du 19/1/2000 relative à la réduction négociée du temps de travail.

Mais, ensuite, l'organisation de l'entreprise et l'adaptation de l'emploi à sa finalité économique est au centre des textes sur l'aménagement du temps de travail. Une nouvelle boîte à outils législatifs est mise en place pour permettre à l'employeur d'organiser au mieux la présence des salariés compte tenu de l'activité de l'entreprise (cycle, modulation, forfait jours des cadres). Les différents textes en ce domaine n'ont pas vraiment en perspective la protection du salarié.

Enfin, la loi du 31/1/2007 traduit désormais la volonté d'élaborer des textes de loi préfabriqués par les grands partenaires sociaux en imposant cette sorte de négociation interprofessionnelle prélégiférante. En conséquence de cette négociation, les partenaires sociaux ont conclu plusieurs accords interprofessionnels, dont l'ANI du 11/1/2008 et du 11/01/2013, qui se sont approprié le concept de flexisécurité : des avantages sociaux nouveaux en contrepartie de flexibilité au profit de l'entreprise (portabilité de la prévoyance et rupture conventionnelle par exemple). On peut en conséquence penser que cette nouvelle méthode d'élaboration de la norme sociale qui fait intervenir les partenaires sociaux prend en compte les impératifs économiques de l'entreprise et les aspirations sociales des salariés.

Mais ce qui est tout aussi remarquable dans cette deuxième période de l'histoire du droit du travail c'est le nouvel ordonnancement entre les normes juridiques. Ordonnancement qui participe à ce mouvement d'un droit tourné vers l'entreprise et son fonctionnement économique et non plus uniquement vers la protection du salarié.

B. Le nouvel ordonnancement des normes juridiques

De ce point de vue plusieurs constatations peuvent être faites :
- Les relations entre les différentes normes ne sont plus seulement guidées par le principe de faveur.
- L'accord de branche ou d'entreprise peut déroger à la loi de manière défavorable au salarié (ord. du 16/1/1982).
- L'accord d'entreprise peut également déroger à certaines conditions aux dispositions conventionnelles contenues dans des normes supérieures (loi du 4/5/2004).
- Enfin et dans certains domaines, l'accord d'entreprise est tout puissant car il s'impose parfois comme source initiale du droit rendant supplétif l'accord de branche ou la loi qui ne s'appliquent qu'à défaut (contingent d'heures supplémentaires). Tout puissant également car il s'impose parfois au contrat de travail quel que soit son contenu. Le salarié qui s'oppose risque alors d'être licencié.

Dans ce nouvel ordonnancement, la place donnée à la négociation est essentielle et plus particulièrement sur certains thèmes, celle donnée à la négociation d'entreprise. Dès lors et pour donner plus d'efficacité à la négociation collective, les critères de représentativité syndicale ont été redessinés (loi du 20/8/2008) donnant une plus grande légitimité aux acteurs (abandon de la représentation de droit et création du critère d'audience) et à l'accord collectif (droit d'engagement et droit d'opposition majoritaire) ce qui était indispensable compte tenu des finalités nouvelles de la négociation collective qui, comme on l'a constaté n'est plus uniquement de générer des avantages supplémentaires au profit des salariés. Enfin s'épanouit l'accord majoritaire dans des situations critiques de l'entreprise (procédure de licenciement économique par exemple ou accord de maintien de l'emploi).

En conclusion et après cette présentation historique de l'évolution du droit du travail et la description de ses finalités, à qui profite-t-il aujourd'hui ? Je crois qu'il est possible de conclure que la cible n'est plus uniquement le salarié mais c'est aussi l'entreprise pour laquelle le législateur social a doté celle-ci des outils techniques et juridiques nécessaires permettant le mariage de l'économique et du social.

Le mariage est-il réussi ? A s'en tenir aux critiques formulées aussi bien par les entreprises (droit trop complexe, trop formel) ou par les organisations syndicales de salariés (perte d'avantages sociaux), les hésitations sont permises. Pour autant, l'enjeu est crucial puisque c'est aussi l'accès ou le maintien de l'emploi qui dépend de la réussite de cette union.

La Revue
" A qui profite le droit ? "
Numéro 11 - Juin 2017

LE DROIT ADMINISTRATIF, PROTECTEUR DES ADMINISTRES

*Olivier **LAVAIL**,*
doctorant en droit public, Université d'Auvergne Clermont 1

Situer le droit administratif en tant que droit protecteur des administrés, et ainsi protecteur de la « partie faible » pour reprendre les termes de l'intitulé de cette partie de la manifestation, n'est pas une évidence. Il convient avant tout autre développement de préciser ce qui est entendu ici par droit administratif. Ce dernier ne trouve pas de définition précise, claire et complète mais peut être présenté de façon très générale comme le droit relatif à l'organisation et à l'action administrative. C'est ce dernier aspect qui est sujet à interrogation dans le cadre de cette intervention. Ce droit administratif « *relationnel* », pour reprendre l'expression de Jean BOULOUIS[366], se doit d'être appréhendé dans le cadre d'une telle étude de façon restrictive afin d'en examiner la spécificité. Par conséquent, il est ici à différencier du droit de l'administration, seule son exorbitance étant prise en compte[367].

Dans la littérature non juridique de la première moitié du XXe siècle, il est fréquemment présenté comme un outil servant le pouvoir administratif, hors de portée de la compréhension de l'administré. Ainsi, il permettrait à l'administration d'opérer un contrôle omniprésent et oppressant sur la population[368], de diriger les individus vers un funeste destin sans leurs offrir la possibilité de se défendre[369]. Dans le même sens et en ce qui concerne l'Administration française, le philosophe ALAIN qualifiait l'administration d'« *effrayante machine* », de « *tyran sans visage* » lorsque cette dernière lançait par une simple note de service le mouvement de réquisition des effectifs pour la première guerre mondiale[370].

Ces images d'une administration omnipotente ne correspondent pas à la conception moderne de l'action administrative en France. Pour autant, il convient de ne pas nier le caractère utilitariste du droit administratif car il constitue, avant tout, un moyen pour l'administration de justifier son action et par ce biais d'imposer de façon plus ou moins unilatérale sa volonté[371]. L'intervention pourrait alors trouver sa place en première partie de la journée d'étude. Mais la préoccupation croissante du respect de la théorie de l'État de droit a modifié l'appréhension du pouvoir administratif, offrant la possibilité à l'administré de contester la décision administrative[372] du fait de l'application de l'adage *tu patere legem quam ipse fecisti*.

L'atténuation de l'arbitraire administratif ne constitue pas pour autant une remise en cause du monopole de la contrainte accordé à l'administration à l'encontre de l'administré. Ces deux entités ne sont pas en situation d'équilibre. En effet, le droit administratif est avant tout le droit du déséquilibre. L'administration, dans le cadre de sa mission d'intérêt général, doit pouvoir aller à l'encontre des intérêts particuliers ce qui justifie l'attribution de procédés autoritaires[373]. Il en est ainsi à travers la référence classique en droit administratif à l'unilatéralité et, par ce biais, à l'expression de privilège du préalable. Le terme même

[366] J. BOULOUIS, « Supprimer le droit administratif ? », *Pouvoirs*, 1988, n° 46, p. 5-12.
[367] E. SAILLANT, *L'exorbitance en droit public,* thèse, Université Montesquieu – Bordeaux IV, sous la dir. de F. MELLERAY, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque De Thèses », n° 109, 2011, 660 p.
[368] En guise d'exemple : E. ZAMIATINE, *Nous autres*, Gallimard, coll. « L'imaginaire », 1971, 218 p.
[369] V. notamment F. KAFKA, *Le Château*, LGF, coll. « Le livre de poche », Ed. 08, Juillet 2013, 391 p. ; *Le procès*, Pocket, 1983, 284 p.
[370] V. AZIMI, « Alain : propos impertinents sur une administration omnipotente », in *Études à la mémoire du Professeur François BURDEAU*, LexisNexis, Paris, 2008, p. 16.
[371] H.-M. CRUCIS, « L'administration et le droit, l'acte administratif et le juge. Petite dialectique de l'organicisme et du matérialisme juridiques », in *Perspectives du droit public*, *Mélanges offert à J.-C. Hélin*, LexisNexis, 2004, p. 187-196 – J. RIVERO, « L'administration et le droit », *Revue internationale de sciences administratives*, 1978, p. 145-150.
[372] J. RIVERO, « L'administré face au droit administratif », *AJDA*, 1995, p. 147.
[373] F. MODERNE, *Recherches sur la puissance publique et ses prérogatives en droit administratif français*, Thèse, Bordeaux, 1960, 1ère partie, p. 99.

d'administré donne l'image d'un destinataire de l'action administrative soumis, passif, de sorte que ce vocable se voit désormais suppléé par celui d'usager dans le cadre du service public, voire de citoyen administratif.

Le droit administratif, régissant notamment les rapports entre l'administration et le destinataire de son action, peut être interprété comme offrant un cadre protecteur pour ce dernier. Le déséquilibre entre intérêts en présence se voit atténué dans le cadre du contentieux administratif, le juge administratif sous l'impulsion du rapporteur public[374] devant alors rétablir un équilibre entre les droits de la puissance publique et le respect des droits et libertés. Le principe de légalité sert alors de référence afin que soit satisfait « *le respect que l'administration doit à ceux avec qui elle est en relation* »[375].

Le droit administratif légitimant et encadrant l'action administrative, et l'administré étant le destinataire de cette dernière, il est possible d'en déduire qu'il constitue une garantie de protection de l'administré et en ce sens lui est profitable. L'objectif est ici de démontrer que ce syllogisme ne relève pas du sophisme.

Pour cela, l'administré doit tout d'abord être perçu comme l'élément d'un ensemble plus vaste, que nous nommerons *l'administré-collectif* et qui justifie l'octroi de prérogatives à l'administration **(I)**. L'aspect protecteur de l'administré n'est pas essentiel ici dans le sens où le droit administratif permet de faire le lien entre légitimité de l'action administrative et intérêt de l'administré. En revanche, le caractère protecteur prend une toute autre dimension lorsque l'administré est considéré en tant qu'individu, et se révèle alors motif de sujétions pour l'administration **(II)**.

I. L'*ADMINISTRE-COLLECTIF* : JUSTIFICATION DES PREROGATIVES ACCORDEES A L'ADMINISTRATION

L'administré, dans son acception collective, constitue le point de rencontre entre l'administration et l'environnement dans lequel elle s'insère. La relation administrative est traditionnellement orientée dans un sens descendant, de l'Administration vers l'administré, ce qui justifie l'étendue des pouvoirs que le droit administratif accorde à l'Administration **(A)**. Pour autant, il comprend également dans une certaine mesure un phénomène ascendant qui, conjoint au développement de la procédure administrative non contentieuse, manifeste la recherche d'une nouvelle forme de légitimité **(B)**.

A. La prise en compte de l'administré par le droit en tant que justificatif de l'action administrative

L'assimilation de *l'administré-collectif* par le droit administratif et le lien avec les prérogatives accordées à l'administration est à l'origine même de ce domaine juridique. D'abord approprié par la référence au *bien commun*[376], elle se manifeste une fois dénuée de toute connotation religieuse et morale à travers l'intérêt public et la notion juridique d'intérêt général. Ainsi, dès 1885, Léon AUCOC affirmait « *que le caractère déterminant du droit administratif, c'est que l'intérêt public fait imposer à l'intérêt privé de nombreux sacrifices. Cela est dans la nature des choses* »[377]. Plus récemment, le Professeur Didier TRUCHET considère la notion d'intérêt général comme la « *norme de mesure* », « *de contrôle* » et de « *raison* » de

[374] M. GUYOMAR, « Un droit en équilibre », in *Le dialogue des juges : mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p. 533-544.
[375] D. TRUCHET, « Le droit administratif vu par un professeur de droit », AJDA, 2013, p. 404.
[376] CONSEIL D'ÉTAT, « L'intérêt général », Rapport public 1999, n° 50, La documentation française, 449 p. – M.-P. DESWARTES, « L'intérêt général, Bien commun », *RDP,* 1988.1289.
[377] L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif,* Paris, 1885, p. 27.

l'action administrative[378].

Non dépourvue d'une certaine idéologie[379], elle est encore utilisée par le juge de façon explicite ou implicite comme critère d'identification des principales notions du droit administratif et comme justification du caractère exorbitant du régime juridique qui en régit les manifestations. Preuve en est la référence explicite à cette notion au sein de l'argumentation du juge dans 49 arrêts du Conseil d'État parmi ceux figurant au Recueil Lebon sur la totalité de l'année 2014. L'utilisation de la notion est effectuée soit par mention directe ou interprétation d'une disposition textuelle, soit de façon tout à fait autonome par le juge afin d'orienter le sens de sa décision[380].

La conception volontariste de l'intérêt général dont la paternité est attribuée à J.-J. ROUSSEAU est aujourd'hui sujette à débat tant la notion d'intérêt général fait l'objet de critiques dans le domaine de la philosophie, de la sociologie, voire de l'économie[381]. Pour autant et en ce qui concerne l'analyse de la notion juridique, elle constitue toujours malgré son caractère indéfinissable intrinsèquement la finalité essentielle de l'action administrative en tant que « référence majeure de la politique jurisprudentielle du juge administratif »[382]. L'intérêt général n'est pas un simple label apposé par l'administration pour justifier une action en réalité arbitraire. La portée de cette notion résultant de son utilisation en tant que critère jurisprudentiel d'identification et d'évaluation de la nature administrative d'une action lui donne une emprise manifeste au sein du droit administratif. Ce dernier étant à la fois le cadre de cette action et le moyen par lequel l'Administration remplit sa mission.

L'administré dans son sens collectif est également pris en compte par le droit lorsque ce dernier lui offre la possibilité de saisir le juge administratif afin d'examiner la légalité d'une disposition administrative. L'exercice même du recours pour excès de pouvoir, qui apparaît aujourd'hui comme la simple garantie d'un État de droit, fut interprété au début du XXe siècle comme le début d'un bouleversement des relations administrations-administrés. Il en découlait « *l'affirmation d'une prise en considération nouvelle "du peuple d'administrés" jusque-là dépourvu de moyens pour se faire entendre* »[383]. Ce contrôle, présenté comme le « *procès fait à un acte* »[384], ne se situe par pour autant à l'origine dans une logique de protection des droits mais dans une volonté pour le juge de sanctionner l'arbitraire administratif.

Participant à l'affirmation de l'État de droit, il est question dans le cadre d'un tel recours de la légitimité de l'action administrative fondée sur le droit, et non prioritairement de la défense des droits même si ce dernier aspect en est une conséquence. Il s'agit par le biais du contrôle du juge, notamment à travers le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation ou encore l'application de la théorie du bilan, d'obtenir une « *action administrative plus rationnelle* »[385]. La notion d'intérêt général est alors explicitement employée par le juge comme critère de la légalité à travers cette idée de rationalité, comme le démontre en guise

---

[378] D. TRUCHET, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État, retour aux sources et équilibre », EDCE, 1999, n° 50, p. 361 – V. également du même auteur *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, LGDJ, 1977, 388 p.

[379] J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général* (Vol. 1), CURAPP-PUF, 1978, p. 11 – A. DEMICHEL, *Le droit administratif, essai de réflexion théorique*, LGDJ, Paris, 1978, p. 101 et s.

[380] La quantification des références implicites, même sur l'échantillon limité des décisions figurant au Recueil, parait irréalisable et peu pertinente tant l'argumentation du juge ne permet pas toujours d'en assurer la présence effective. De plus, afin d'éviter un objet de recherche trop vaste et diffus, le chiffre relevé ne concerne pas les notions dont le sens est proche ou reflète l'idée d'intérêt général, tel par exemple l' « utilité publique » ou l' « intérêt public », cf. D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général…*, *Op.cit.*, notamment Première partie, Titre II, Chapitre II, p. 111-141.

[381] J.-M. PONTIER, « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *D.,* 1998.327.

[382] J.-F. LACHAUME, « Que sont quelques grandes notions du droit administratif devenues ? », in *Long cours, mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Dalloz, 2014, p. 926.

[383] Concl. L. BLUM sur CE 26 juillet 1918*, Époux Lemonnier*, Lebon.761.

[384] E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault et Cie, 2e éd., 1896, t. 2, p. 561.

[385] P. SOLER-COUTEAUX, « Réflexions sur le thème de l'insécurité du droit administratif ou la dualité moderne du droit administratif », in *Liber amoricum J. Waline : gouverner, administrer, juger*, Dalloz, 2002, p. 377-400.

d'exemple le contrôle de l'utilisation du droit de préemption en matière de droit de l'urbanisme[386].

De plus, les manifestations nombreuses de situations contentieuses « *triangulaires* »[387] ou un tiers conteste l'acte administratif concernant un administré démontrent de l'appréhension de l'administré par le droit administratif en tant qu'élément d'une collectivité. C'est fréquemment le cas dans le domaine de l'urbanisme, de l'environnement en ce qui concerne le recours pour excès de pouvoir, et désormais possible même dans le cadre d'un recours de plein contentieux en matière contractuelle. Le droit administratif apparaît dans ce dernier cas comme un outil non seulement à la disposition de l'administration pour satisfaire l'intérêt général, mais permettant de rejoindre l'intérêt commercial du tiers demandeur et l'intérêt collectif du respect de la légalité[388]. Réduire ces différents aspects à un rôle simplement protecteur du droit administratif reviendrait à en minimiser considérablement la portée.

B. La recherche d'une nouvelle légitimité procédurale fondée sur une relation ascendante

Le droit administratif a connu, notamment depuis le dernier tiers du XXe siècle, une augmentation de ses exigences procédurales. L'affirmation progressive de l'existence d'une procédure administrative non-contentieuse, au sein d'un droit jusqu'alors essentiellement jurisprudentiel fondé sur l'aspect pathologique de la relation à travers le contentieux, modifia profondément la relation entre l'administration et les administrés. Désormais, le droit administratif dispose de mécanismes devant favoriser l'adhésion de l'administré à l'action administrative ce qui se manifeste par le mouvement dit de démocratisation et de transparence de l'administration. Cela se traduit notamment par des mécanismes introduisant de la participation dans le processus décisionnel administratif, particulièrement en matière d'urbanisme et de droit de l'environnement, mais également par une recrudescence du formalisme avec notamment la motivation de certains actes administratifs ou encore la fin de l'anonymisation des relations.

Le lien entre formalisme et évolution de la conception de l'administré est mis en avant par de nombreux auteurs. Ainsi, René HOSTIOU énonce-t-il que « *le formalisme administratif ne doit pas être nécessairement considéré comme un élément supplémentaire du "mystère" de l'administration mais bien plutôt comme étant au service de l'administré* »[389]. Présenté traditionnellement par la doctrine majoritaire comme un moyen de garantir l'État de droit formel, comme le témoigne la finalité de l'autolimitation objective[390] formulée par le Doyen HAURIOU et permise par ce qu'il qualifiait d'*« opération à procédure* »[391], le formalisme est également désigné comme un moyen de garantie de réalisation de l'État de droit matériel. Ceci se révèle être un complément à sa finalité essentielle, à savoir « *le maintien d'une discipline des formes juridiques* »[392] contribuant ainsi à la protection et la contestation de la puissance publique.

---

[386] J.-F. STRUILLOU, « L'appréciation par le juge administratif du caractère d'intérêt général d'une décision de préemption. Note sous Conseil d'État, 6 juin 2012, *Société RD Machines outils*, n° 342328, Lebon ; AJDA 2012.1135 ; D. 2012.1547, obs. R. GRAND, *RFDA*, 2012. 889.

[387] Selon l'expression utilisée par D. LABETOULLE *in* COLL., « Questions pour le droit administratif », *AJDA*, n° spé., « Le droit administratif. Des principes fondateurs à l'effectivité de la règle : bilan et perspective d'un droit en mutation », 20 juin 1995, p. 20.

[388] M. GAUDEMET, A. DIZIER, « A propos du recours des tiers contre le contrat administratif : nouvelle tentative de rationalisation du Conseil d'État », *D.*, 2014. 1179.

[389] R. HOSTIOU, *Procédures et formes de l'acte administratif unilatéral en Droit français*, Paris, LGDJ, 1975 p. 321 – V. également J.-F. LACHAUME, « Le formalisme », *AJDA*, n° spé., 1995, *op.cit*, p.133-146.

[390] M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Sirey, Paris, 2e éd., 1916, p. XVI, p. 1 et s., p. 32.

[391] M. HAURIOU, *Précis de droit administratif,* Larose et Forcel, 4e éd., 1901, p. 224.

[392] S. SAUNIER, *Recherche sur la notion de formalisme en droit administratif français*, t.2, PUAM, 2007, p. 857.

De tels développements, accompagnés par l'essor du principe de bonne administration[393] et l'affirmation de l'idée de démocratie délibérative à travers le « *paradigme procédural* »[394], répondent à l'idée de la recherche d'une nouvelle forme de légitimité de la décision administrative fondée non plus seulement sur le droit à travers le respect du principe de légalité, mais également sur la phase d'élaboration du droit et la prise en compte de l'administré au sens collectif en son sein.

Le projet de code des relations entre l'administration et l'administré, prévu par la loi du 12 novembre 2013 habilitant le gouvernement à simplifier les relations entre l'administration[395] et les citoyens et ceci après trente ans d'hésitations[396] fait nettement apparaître l'acceptation de la relation ascendante au sein de l'action administrative. En effet, ce dernier de par la formulation des intitulés et l'ordre des parties est nettement centré sur la perspective de l'administré. Ainsi le Livre 1er mentionne de façon très large « *les échanges avec l'administration* » et contient tout un chapitre consacré aux « *diligences des Administrations* ». Le terme témoigne de l'exigence de qualité et proximité dans la prestation administrative, nuançant ainsi l'idée sous-jacente de l'unilatéralité imposée par un intérêt général dont le monopole dans l'appréciation revient à la personne publique.

Des incertitudes persistent sur le contenu du titre préliminaire de ce futur code regroupant le droit administratif relationnel non contentieux. Il est notamment envisagé de le consacrer à l'énonciation des principes essentiels de la procédure administrative[397]. La difficulté est ici d'identifier ces principes et de s'accorder sur la portée normative à donner à cette introduction de code. C'est ainsi que Jean-Bernard AUBY et Bernard STIRN énoncent six principes directeurs témoignant de la prise en considération par le droit procédural administratif du destinataire de l'action administrative : efficacité, impartialité, droit de la défense, sécurité juridique, participation et transparence[398]. Si cette liste reflète de façon générale l'idée de qualité de l'action administrative et de bonne administration, elle associe de véritables principes juridiques disposant d'une valeur autonome à de simples objectifs et des concepts dépourvus de cette puissance normative. Une telle énumération s'inscrit par conséquent davantage dans l'affirmation d'un procédé incitatif. Ces différents principes témoignent, en ce qui concerne le fond et la forme, d'une évolution dans le rapport à l'État et dans l'expression de la puissance publique à travers le droit[399].

L'assimilation de l'*administré-collectif* par le droit administratif, que ce soit à travers la notion juridique d'intérêt général, les possibilités de recours contre la décision administrative voire désormais dans le cadre de l'élaboration de cette même décision démontre de l'intérêt que présente l'exercice et le respect de ce droit pour l'administré. Ce dernier est le vecteur de la légitimité de l'action administrative, que ce soit directement par les mécanismes d'intéressement, ou indirectement par la définition de la mission de l'Administration. L'aspect protecteur, s'il n'est pas ici au premier plan, prend une toute autre portée lorsque l'administré est étudié en tant qu'individu.

---

[393] N. MARTY, *La notion de bonne administration. À la confluence des droits européens et du droit administratif français*, Thèse, Montpellier, 2007, 702 p. – R.F.A.P., *La maladministration*, n° 45, Janvier-Mars, 1988, 157 p.
[394] J. HABERMAS, *Droit et démocratie*. *Entre faits et normes*, Traduit de l'Allemand par R. ROCHLITZ et Ch. BOUCHINDHOMME, Paris, Gallimard, N.R.F. Essais, 1997, 554 p.
[395] Art. 3 de la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013, publiée au JORF n° 0263 du 13 novembre 2013, p. 18407 – V. notamment M. VIALETTES, C.-B. DE SARIGNY, « Le projet d'un code des relations entre le public et les administrations », *AJDA,* 2014. 402.
[396] P. GONOD, « Codification de la procédure administrative », *AJDA* 2014. 395.
[397] Chaire Mutation de l'Action publique et du Droit Public de Sciences Po, *A la recherche des principes du droit de la procédure administrative*, Colloque au Conseil d'État, 5 décembre 2014.
[398] *Ibid.,* Conclusions.
[399] J.-P. CHEVÈNEMENT, « Difficultés et légitimité de la contrainte », *AJDA*, n° spé., 1999, p. 6-10.

II. L'*ADMINISTRE-INDIVIDU* : MOTIF DE SUJETIONS POUR L'ADMINISTRATION

L'accroissement de la prise en compte de la protection de l'administré en tant qu'individu destinataire de l'action administrative se manifeste à deux égards. Tout d'abord, il résulte d'un mouvement d'enrichissement et de complexification du droit administratif[400] notamment par l'assimilation de normes qui à l'origine lui étaient extérieures **(A)**. Ensuite, la subjectivisation du droit administratif offre à l'administré de nouvelles garanties pour la préservation des intérêts particuliers **(B)**.

A. Le résultat de l'enrichissement et de la complexification du droit administratif

Le droit administratif, initialement droit de l'action administrative est devenu également du fait de la référence notamment à des normes à l'origine extérieures un droit de protection des droits fondamentaux. Le juge administratif a tout d'abord, notamment par référence aux principes généraux du droit, intégré des garanties de protection pour l'administré. À titre d'exemple, il s'agit notamment du respect des droits de la défense. Principe issu de l'exercice de la justice, le juge administratif l'étend à la procédure non contentieuse en l'érigeant en principe général du droit[401]. Repris en partie par l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration[402], il contraint l'administration à recueillir les observations d'un administré visé par une décision administrative individuelle défavorable le concernant avant que la décision définitive ne soit prise.

En ce sens, il tend manifestement à réduire l'arbitraire de la sanction administrative. La modification du rapport entre gouvernants et gouvernés opérée par cette avancée jurisprudentielle s'inscrit plus largement dans l'affirmation d'un principe du contradictoire dans la procédure administrative non-contentieuse et l'idée de la collaboration avec les administrés déjà abordée[403].

L'intervention croissante du législateur, parfois même en matière non spécifiquement administrative, tend également à offrir davantage de garanties et de protection à l'administré parfois pour répondre aux troubles issus de la pratique administrative. Ainsi et en guise d'exemple, l'article 3 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés[404], dans sa rédaction initiale, donne la possibilité à « *toute personne* » de « *connaître et de contester les informations et les raisonnements utilisés dans les traitements automatisés dont les résultats lui sont opposés* ». Si la formulation a évolué du fait de la réforme opérée par la loi du 6 août 2004[405], l'esprit du texte a persisté et l'administré dispose d'une large palette pour consulter, faire modifier voire supprimer les données personnelles récoltées par l'administration le concernant.

L'origine de la loi est à rechercher dans la création en 1974 d'un Système automatisé pour les fichiers administratifs et le répertoire des individus (S.A.F.A.R.I), fichier automatisé nominatif central de l'administration française. De ce fait, elle permet à l'administré de vérifier que l'administration ne porte atteinte ni « *aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques* »[406].

---

[400] G. BRAIBANT, « Du simple au complexe : quarante ans de droit administratif (1956-1993) », EDCE, 1994, n° 45, p. 409 et s.
[401] C.E., sect., 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*, Lebon 133, *D.* 1945.110, concl. CHENOT, note J. DE SOTO, *RDP* 1944.256, note JEZE, *G.A.J.A.*, 19e éd., n° 53 – C.E., ass., 26 octobre 1945, *Aramu*, Lebon 213, *S.* 1946.3.1, concl. ODENT, *D.* 1946. 158, note MORANGE, EDCE 1947.48, concl. ODENT.
[402] Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, publiée au JORF n° 88 du 13 avril 2000 p. 5646.
[403] V. également en ce sens H. ZAGHBIB, « Principe du contradictoire et procédure administrative non contentieuse », *RDP*, 1998, p. 478 – Également É. SAILLANT, *L'exorbitance en droit public*, Op.cit. p. 427.
[404] Loi n° 78-17, publiée au JORF du 7 janvier 1978 p. 227.
[405] Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, publiée au JORF n° 182 du 7 août 2004 p. 14063.
[406] Art. 1 de la loi n° 78-17, *Précit.*

Pour autant, cette protection de l'administré prend une toute autre dimension du fait de l'apport progressif au sein du contrôle de légalité opéré par le juge d'une part de la norme constitutionnelle et d'autre part de celle conventionnelle. Le juge administratif devient à ce titre non seulement incontestablement protecteur des droits fondamentaux, mais également concurrencé dans le contrôle de l'action administrative notamment par le juge constitutionnel et les juges européens[407]. Il en résulte la conciliation parfois complexe entre les particularités du droit administratif et la nécessité de s'adapter aux exigences extérieures au juge et résultantes de la globalisation du droit, « *facteur de déstructuration* »[408] d'un droit administratif ainsi pris en « *tenaille* »[409].

De plus, le mouvement d'enrichissement du principe de légalité tend également à modifier selon certains auteurs le caractère inégalitaire du droit administratif. Ainsi, Guy BRAIBANT le qualifiait de « *droit d'inégalité à rebours* »[410] lorsqu'il évoquait les sujétions s'appliquant exclusivement à l'administration, l'inégalité du droit administratif favorisant désormais l'administré au détriment de l'Administration. Si la portée de ces sujétions exorbitantes en tant que facteur d'inversion du caractère inégalitaire du droit administratif est contestable[411], nul doute qu'elles participent à la modification de la perception de l'administré au sein de l'action administrative. Cette complexification du droit entraîne une prise en considération croissante au sein du contrôle de légalité des droits de l'administré occasionnant par la même une juridicisation accrue de l'Administration[412] dont la prise en compte n'est pas sans poser problème[413].

B. La subjectivisation croissante du Droit administratif facteur de protection de l'Administré

Accompagnant l'ouverture du principe de légalité aux sources à l'origine extérieures du droit administratif, le mouvement de subjectivisation que connais ce domaine juridique tend à le faire rentrer dans la « *modernité* » tout en constituant une « *dimension fondamentale de l'État de droit* »[414]. Cela se traduit de deux façons distinctes : d'une part par la prise en compte croissante de la situation subjective de l'administré, d'autre part par la consécration de véritables droits subjectifs[415]. Ainsi, comme le présente le Professeur Pierre DELVOLVE, « *il ne s'agit plus de la détention de droits (droits à, droit contre) permettant de revendiquer quelque chose d'autrui ; il ne s'agit pas non plus d'un simple intérêt à prendre en considération. On en présence de caractéristiques personnelles qui jouent un rôle dans l'adoption de certaines solutions* ». C'est notamment le cas en guise d'exemple à travers l'évolution du principe d'égalité du service public dans la problématique de la modulation tarifaire, dont la subjectivisation tend à accroitre l'insécurité et la dénaturation de ce principe[416].

---

[407] J.B. AUBY, « La bataille de San Romano, réflexions récentes sur les évolutions du droit administratif», *AJDA*, 2001.912 – V. également J.-F. LACHAUME, *Loc.cit.*, p. 915-926.
[408] J.B. AUBY, *Ibid.*
[409] R. DRAGO, « La tenaille, Réflexions sur l'état du droit administratif », *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 436.
[410] G. BRAIBANT, « Du simple au complexe. Quarante ans de droit administratif (1953-1993) », EDCE, 1993, p. 415-416.
[411] V. V. DUFOUR, *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif. L'administration sous la contrainte*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 384.
[412] S. CASSESSE, « Les transformations du droit administratif du XXe au XXIe siècle », *D.A.*, octobre 2002, chr. n° 17.
[413] V. notamment C. DEBBASCH, « Le droit administratif face à l'évolution de l'administration française », in *Mélanges offerts à Marcel Waline, le juge et le droit public*, LGDJ, 1974, t. 2, p. 343-354.
[414] J. CHEVALLIER, « L'Etat de droit », *RDP*, 1988, p. 367.
[415] P. DELVOLVE, « Propos introductifs, droits publics subjectifs des administrés et subjectivisation du droit administratif », in AFDA, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Lexis-Nexis, 2011, p. 3-19.
[416] P. DE MONTALIVET, « Le principe d'égalité face aux exceptions », *in* A. VIDAL-NACQUET, M. FATIN-ROUGE STEFANINI (dir.), *La norme et ses exceptions Quels défis pour la règle de droit ?*, Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 213-226.

La même idée se retrouve dans les entorses désormais possibles au principe d'intangibilité de l'ouvrage public, les intérêts privés et situations particulières devant également être pris en compte dans la décision de détruire ou non l'ouvrage public[417]. Il convient de ne pas exagérer la portée d'une telle exception au principe d'intangibilité, tant le contrôle opéré par le juge administratif tend à réduire les possibilités de remise en question de l'ouvrage public[418]. Pour autant, une telle exception au principe d'intangibilité justifiée par des situations particulières demeure possible et ne peut être ignorée[419].

Il en est de même de l'affirmation au sein du droit administratif du principe de confiance légitime, soit l'attente d'un particulier envers une autorité publique, fondée sur des circonstances légitimes et dont l'autorité doit tenir compte[420]. S'il n'est invocable devant le juge administratif que dans une situation régie par le droit de l'Union Européenne[421], cette même idée trouve des manifestations au sein du principe général du droit français de sécurité juridique, voire même plus récemment dans l'exigence de loyauté de relation contractuelle[422] dans la jurisprudence dite *Bézier 1*[423].

C'est également le cas dans le souhait prôné par le Conseil d'État du développement du rescrit dans la procédure administrative[424]. Ce mécanisme désigne une « *prise de position formelle de l'administration, qui lui est opposable, sur l'application d'une norme à une situation de fait décrite loyalement dans la demande présentée par une personne et qui ne requiert aucune décision administrative ultérieure* »[425]. La prise en compte de la situation personnelle de l'administré comme fondement de l'utilisation de cet outil juridique recouvre ici une nouvelle dimension en s'inscrivant dans l'idée de sécurité juridique. Le même rapport mentionne à titre d'exemple l'éventualité de la création d'un « *rescrit prévention de sanctions administratives* »[426] qui permettrait d'éviter la sanction sous réserve d'adoption par le destinataire d'un comportement déterminé.

En ce qui concerne l'existence de véritables droits subjectifs, ces derniers peuvent être définis comme le « *pouvoir d'exiger – reconnu par une norme générale ou individuelle – ce sans être obligé d'utiliser ce pouvoir -, dans un but socialement légitime, un certain comportement de la part des personnes publiques, ce qui constitue l'objet de leur obligation afin de se procurer un certain avantage moral ou matériel que l'ordre juridique a expressément ou implicitement considéré comme licite* »[427]. En ce sens, il est possible d'en conclure que le droit au respect du principe de légalité par l'administration et le droit au recours consacré notamment par le recours pour excès de pouvoir tend à y introduire de la subjectivité[428].

---

[417] CE 29 janv. 2003 *Syndicat départemental de l'électricité du gaz des Alpes Maritimes et Cne de Clans*, Lebon p. 21 ; concl. Maugüé, *RFDA,* 2003. 477, *RFDA* 2003.484 note LAVIALLE, *AJDA* 2003.784 note SABLIERE.

[418] V. S. TRAORÉ, « La redéfinition de la voie de fait et la résurgence du caractère absolu de l'intangibilité de l'ouvrage public », *D.A.*, n° 3, mars 2015, étude n° 4.

[419] C.E., 9 déc. 2011, *Lahiton,* n° 333756, *D.A.* 2012, n° 4, comm. 41, note DELIANCOURT ; *AJDA* 2011.2446, note GRAND – CE, sect., 14 oct. 2011, n° 320371, *Cne Valmeinier Syndicat mixte des Islettes* : JurisData n° 2011-021626 ; *D.A.* 2011, comm. 100, note EVEILLARD ; *J.C.P. A.* 2011. 2365, note MANSON ; *AJDA* 2011.2226 ; *RDP* 2013.79, note PETIT.

[420] J.-M. WOEHRLING, « La France peut-elle se passer du principe de confiance légitime ? », *Liber amoricum J. Waline, Op.cit.,* p. 749-784.

[421] CE 16 mars 1998, *Association des élèves, parents d'élèves et professeurs des classes préparatoires vétérinaires et Mlle Pujol*, Lebon p. 84 - CE Ass. 11 juillet 2001, *FNSEA et autres, RFDA* 2002.33, concl. SENERS, p.43, note DUBOUIS – V. M. DELAMARRE, « La sécurité juridique et le juge administratif français », *AJDA* 2004.186.

[422] V. notamment A. BEDUSCHI-ORTIZ « La notion de loyauté en droit administratif », *AJDA* 2011. 944 – L. MARGUERY, « La "loyauté des relations contractuelles" en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel », *RFDA* 2012. 663.

[423] C.E., ass., 28 déc. 2009, *Cne de Béziers,* n° 304802, Lebon p. 509; *Contrats Marchés publ.* 2010, n° 123, note REES ; *B.J.C.P.* 2010.139, Concl. GLASER, *J.C.P. A.* 2010, n° 2072, note LINDITCH ; *AJDA 2010.142*, chron. LIEBER et BOTTEGHI ; *D.G.C.T.* 2010 chron n° 30.

[424] Les études du Conseil d'État, *Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets,* La Documentation Française, 2014, 192 p. Cette même procédure se retrouve dans l'art. 9 de la loi n° 2014-1545 du 20 déc. 2014 *relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit des procédures administratives*, publiée au JORF n° 0295 du 21 déc. 2014, p. 21647.

[425] *Ibid.* p. 20.

[426] *Ibid.* p. 101.

[427] N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2003, p. 405.

[428] B. SEILLER, « Droits publics subjectifs et transformations contemporaines du contentieux », *in* A.F.D.A., *Les droits publics subjectifs des administrés*, *op.cit.*, p. 193.

L'évolution du droit administratif, s'adaptant aux mutations des exigences sociales et de l'action publique, tend à bouleverser la conception de l'administré en tant que sujet passif de la décision administrative. Celui-ci n'est plus la « *chose gérée* » par l'Administration pour reprendre les termes de Norbert FOULQUIER et le droit lui offre désormais des garanties de protection tout en renforçant la légitimité de l'action administrative par les possibilités d'intéressement accrues. Ces différentes facettes du profit pour l'administré que constitue le droit administratif en démontrent l'intérêt.

L'extension de l'office du juge administratif et l'augmentation des actes susceptibles de faire l'objet d'un recours tendent à diminuer les zones de non-droit ou déni de justice identifiées par la doctrine[429]. Ceci s'illustre notamment par l'augmentation des possibilités de recours contre les actes administratifs du fait de la réduction du champ des mesures d'ordre intérieur que ce soit en matière de sanction disciplinaire depuis les célèbres jurisprudences *Marie* et *Hardouin*[430], voire même encore récemment en ce qui concerne l'organisation de service[431]. « *La vie intérieure des services publics* », pour reprendre l'expression du Doyen HAURIOU, se voit de plus ou plus ouverte au contrôle du juge administratif.

Il convient pour autant de ne pas en adopter une lecture déformée. Si l'administré est devenu un sujet du droit administratif, il n'en est pas l'objet et la norme reste un outil permettant l'action administrative pouvant, à ce titre, se révéler attentatoire aux libertés. Le droit est directement ou indirectement protecteur de l'administré, il n'est pas à son service et il permet avant tout de protéger l'administration contre ses propres dérives[432].

[429] V. D. LOCHAK, « Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ? », in *Pouvoirs,* PUF, 1988, n° 46, p. 43.
[430] CE, ass., 17 févr. 1995, *Pascal Marie, Philippe Hardouin* (2 arrêts) : Rec. p. 85 ; *AJDA* 1995, p. 379, chron. TOUVET et STAHL ; Juris-Data n° 040789 et 040791 ; *RFDA* 1995, p. 353, concl. FRYDMAN ; *RDP* 1995, p. 1338, note GOHIN. – MODERNE, « À propos du contrôle des punitions en milieu carcéral » : *RFDA* 1995, p. 822.
[431] C'est ainsi qu'une décision relative à une nomination d'un agent public peut, lorsqu'une discrimination est avérée, ne plus appartenir aux mesures d'ordres intérieurs et ainsi faire l'objet d'un recours devant le juge : CE, 10/9e SSR, 15 avril 2015, *Pôle Emploi*, n° 373893, Rec., *AJDA* 2015 p. 781 ; JurisData n° 2015-008420 ; *Procédures* n° 6, Juin 2015, comm. 211 note S. DEYGAS.
[432] A. MESTRE, *Le Conseil d'État, protecteur des prérogatives de l'administration*, Thèse, Paris, LGDJ, coll. B.D.P., 1974, 312 p.

La Revue
" A qui profite le droit ? "
Numéro 11 - Juin 2017

Second alibi : Les normes contribuent à la cohésion sociale

LE DROIT DE LA CONCURRENCE, INSTRUMENT DE PRESERVATION DES MERITES SUR LES MARCHES POUR LE BIEN-ETRE COLLECTIF

*Catherine **PRIETO**,*
Professeur de droit privé et de sciences criminelles,
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

À qui profite le droit ? Aux initiés ? – Après l'écoute du réquisitoire, le doute est évidemment permis. S'agissant des marchés, il est aisé de constater l'ampleur des manœuvres de capture de la norme par le lobbying ou encore l'instrumentalisation des normes par les opérateurs les plus habiles. C'est donc un honneur mais aussi une lourde responsabilité d'intervenir dans le cadre du plaidoyer pour invoquer des alibis sérieux en faveur du droit de la concurrence et faire pencher la balance dans l'autre sens.

Polémique sur la « concurrence libre et non faussée » – L'honneur se double d'une très grande satisfaction de voir que ce corpus du droit de la concurrence est mis en avant par les organisateurs en l'associant à la cohésion sociale. Il faut en effet rappeler la polémique que les règles de concurrence ont suscitée lors du referendum en 2005 sur le Traité établissant une constitution européenne. L'expression « *concurrence libre et non faussée* » a déchaîné les passions tant elle a été comprise comme une antienne inspirée du néo-libéralisme au détriment de l'intérêt général.

Un tour de passe-passe – Cette expression « libre concurrence non faussée » fait partie de notre droit positif. Certes, au sommet de la hiérarchie des textes de l'Union, elle a été supprimée. En effet, elle ne figure pas dans le corps du texte du traité de Lisbonne, mais elle y fut rattachée par le protocole n° 27 intitulé « marché intérieur et concurrence ». Comme tous les protocoles, il est annexé au traité et se voit étendre sa normativité et sa portée[433]. Ce tour de passe-passe n'est pas glorieux vis-à-vis de l'opinion publique. Il alimente la défiance à l'égard du droit. Il est d'ailleurs dénoncé comme une habileté d'initié ! C'est éminemment maladroit et peu flatteur pour la démocratie : il est plus facile de contourner l'hostilité plutôt que d'exposer et de convaincre du bien-fondé de ce corps de règles.

Réhabilitation de « la concurrence libre et non faussée » – Il importe donc de dissiper les malentendus pour inscrire pleinement les règles de concurrence dans ce plaidoyer en faveur du Droit. Il s'agit précisément de démontrer en quoi cette « *concurrence libre et non faussée* » vise la régulation des marchés en vue du bien-être collectif et sert ainsi la cohésion sociale. De fait, la liberté invoquée doit être préservée face au pouvoir de marché. Ce pouvoir est nocif en ce qu'il fausse la spontanéité du jeu de l'offre et de la demande. Il étouffe les mérites des opérateurs en termes de prix, de qualité et d'innovation. Or, c'est bien par cette liberté que les mérites peuvent s'exprimer. C'est bien cette liberté qu'il convient de protéger contre les tentatives d'accaparement du jeu de l'offre de la demande pour imposer par pure cupidité des produits et services plus chers et/ou de piètre qualité.

[433] D. BOSCO et C. PRIETO, *Droit européen de la concurrence, Ententes et abus de position dominante*, Bruylant 2013, n° 197.

Adéquation entre finalité et efficacité ? – À travers la nocivité du pouvoir de marché, la vocation des règles de concurrence est mieux définie et comprise. Mais il est permis de s'interroger sur l'efficacité de ces règles de concurrence tant la vie des affaires semble tendue de manière irréductible vers une quête du profit au détriment du bien collectif. Les deux axes d'étude portent sur l'approfondissement de la finalité des règles de concurrence **(I)** et de leur efficacité **(II)**.

I. FINALITE DES REGLES DE LA CONCURRENCE

Combattre l'accaparement pour le bien-être collectif – L'objet des règles de la concurrence est d'orienter les marchés vers le bien-être. Les constats d'accaparement sont anciens et ont acculé le pouvoir politique à les combattre par l'adoption de normes, sans que la perception d'une concurrence en tant que mécanisme naturel, apparue au XVIIe siècle, ait pu faire la démonstration de sa valeur de régulation **(A)**. Au XXe siècle, il est clairement apparu que la concurrence n'était pas un mécanisme naturel mais bien plutôt un processus construit par le droit **(B)**.

A. Constats d'accaparement, appels à une norme

Lutte contre les accaparements par les monopoles et coalitions – Dès l'Antiquité, cette lutte s'est manifestée[434]. ARISTOTE dénonçait l'enrichissement artificiel par les monopoles au détriment du peuple. Puis, de la loi Julia à la constitution de ZENON, le droit romain tente de juguler les monopoles et les coalitions. Sont stigmatisés tous les stratagèmes par lesquels la raréfaction des marchandises est organisée pour entraîner le surenchérissement des prix, cause des famines. Cette lutte est reprise dans l'héritage juridique de Rome et tous les grands monarques, tels CHARLEMAGNE, FRANÇOIS Ier et LOUIS XIV, associent leurs noms aux prohibitions des coalitions et des monopoles. DOMAT, dans son ouvrage « Le Droit public », inscrit ces prohibitions dans les devoirs du monarque à l'égard de son peuple en invoquant « la liberté du commerce », de même que dans un devoir général des commerçants et des artisans à l'égard de l'intérêt général[435].

Concurrence, mécanisme naturel ? – Le libéralisme naît de la réaction à la lourdeur des règlementations. À la suite de BOISGUILBERT, les physiocrates, puis Adam SMITH considère que la liberté est le meilleur moyen de lutter contre les famines. C'est ainsi qu'il faut comprendre le fameux mot de Vincent DE GOURNAY « *laissez faire les hommes, laissez passer les marchandises* »[436]. Dans cette même veine, apparaît l'idée que les coalitions peuvent être utiles pour assurer la survie des entrepreneurs, d'où le changement sémantique au XIXe de « complot » à « ententes »[437]. Néanmoins, la pauvreté des masses apparaît directement liée au libéralisme. La crise de 1929 conforte l'idée que le mécanisme naturel de la concurrence ne peut opérer car il est continuellement faussé[438].

B. Concurrence, processus construit par le droit

Économie industrielle : corriger le pouvoir de marché pour restaurer un degré minimal de concurrence – Dans les années 1930, il apparaît que la concurrence pure et parfaite ne peut plus être le paradigme en sciences économiques. Il faut procéder à une étude au cas par cas des marchés, comme y invite l'École de Harvard dans son approche structurelle des marchés, pour déceler les causes de la concurrence

[434] *Ibid.*, n° 3 à 9.
[435] *Ibid.*, n° 40 à 48.
[436] *Ibid.*, n° 52.
[437] *Ibid.*, n° 72.
[438] *Ibid.*, n° 52.

imparfaite[439]. Cette branche dédiée à la concurrence réintroduit comme une impérieuse nécessité la lutte contre les excès de liberté des uns contre les autres. Les entreprises détenant un pouvoir de marché étouffent la liberté des autres d'exprimer sur les marchés leurs mérites propres. Cette entrave se fait au détriment de l'intérêt général en ce qu'elle constitue, par ses répercussions, une captation de bien-être collectif.

Ordolibéralisme : la concurrence est « un processus construit par le droit » – Dans les années 1930, l'École de Freiburg dénonce les dysfonctionnements des marchés résultant du libéralisme conçu comme un « laissez-faire ». Elle appelle à « une constitution économique »[440]. Elle dénonce en outre, la collusion entre la puissance économique et le pouvoir politique nazi par laquelle sont encouragés et protégés les cartels et les monopoles. Ainsi s'impose la prohibition des ententes et des abus de position dominante, y compris quand ils résultent de droits exclusifs consentis par les États, de même que le contrôle des concentrations et des aides d'État. La concurrence n'est pas un mécanisme naturel, mais un processus construit par le droit qui appelle en permanence des mécanismes de protection face au pouvoir de marché[441]. Le chapitre relatif à la politique européenne de concurrence du traité de Rome puise ici sa source.

Nouvelle économie industrielle à travers les travaux de Jean TIROLE – Le vaste chantier de la « modernisation » de la politique européenne de concurrence s'appuie sur un nouvel approfondissement de l'analyse économique : l'approche fondée sur les effets perçue comme la recherche de l'impact réel sur le bien-être[442]. Elle exploite de nouveaux outils : l'économétrie, la théorie des jeux[443]. L'application des prohibitions se veut mieux ciblée, mais il en résulte une complexification et une moindre prévisibilité juridique. La Cour de justice accepte cette nouvelle approche tout en exprimant, avec plus d'éclat, la finalité des règles de concurrence dans toutes ses dimensions : « *les règles de concurrence ont pour objectif que la concurrence ne soit pas faussée au détriment de l'intérêt général, des entreprises et des consommateurs, contribuant ainsi au bien-être dans l'Union* »[444].

II. EFFICACITE DES REGLES DE LA CONCURRENCE

Défis – Les moyens de la puissance économique sont tels pour tourner les règles qu'ils constituent un défi permanent pour les autorités de concurrence. Le principe d'effet utile des règles de concurrence est invoqué pour imposer des instruments audacieux, comme la clémence et les engagements, destinés à pallier les difficultés de preuve économique à l'encontre des entreprises **(A)**. S'agissant des États, les tentations de favoritisme sont telles qu'il faut saluer les efforts pour soumettre l'action publique à des procédures de transparence et à des grilles d'analyse économique. Celles-ci assurent aux citoyens et aux contribuables des garanties de bonne gouvernance publique appuyée sur l'égalité des traitements des opérateurs économiques pour que triomphent les mérites concurrentiels **(B)**.

A. Comportements déviants des entreprises

Détection des ententes secrètes ou cartels – Reconnus et désignés en tant que cancer de l'économie, les cartels sont une priorité pour toute autorité de concurrence. Dans la mise en œuvre de l'article 101 TFUE, l'application aux ententes secrètes est indiscutable. Cependant, le caractère secret des cartels et la montée

[439] *Ibid.*, n° 121.
[440] *Ibid.*, n° 100 et s.
[441] *Ibid.*, n° 106.
[442] *Ibid.* n° 216
[443] *Ibid.*, n° 219.
[444] CJUE 11 février 2011, Telia Sonera Sverige, point 22.

en puissance des droits fondamentaux des entreprises rendent extrêmement difficiles leur détection et leur preuve. L'économie industrielle a puisé dans la théorie des jeux et appliqué dans ce contexte le dilemme du prisonnier. Le premier membre du cartel à s'auto-dénoncer et à fournir une preuve significative bénéficie d'une exonération de l'amende. Grâce à ce procédé dénommé « programme de clémence »[445], les condamnations de cartels s'enchaînent. Pour la seule année 2014, la Commission a condamné les cartels sur les taux d'intérêts des produits dérivés (LIBOR)[446], sur les enveloppes[447], sur les champignons[448], les roulements dans le secteur automobile[449], les câbles électriques[450], les puces pour cartes[451], la grenaille abrasive[452]. Quant à l'Autorité française, elle a notamment condamné les cartels sur yaourts[453], les produits d'entretien et d'hygiène corporelle[454], la farine[455], les déménagements[456].

Complexité de l'analyse économique pour les ententes par contrat, les abus de position dominante et le contrôle des concentrations – S'agissant de l'application de l'article 101 TFUE aux contrats ou de l'article 102 aux abus de position dominante, la mise en balance entre effets anti-concurrentiels et effets pro-concurrentiels devient plus délicate. Il en va de même pour le contrôle des concentrations. La caractérisation de la nocivité relève d'un haut degré de complexité par un enchevêtrement d'efforts de modélisation, puis de collectes et de traitement de données. Cette sophistication de l'analyse économique a un coût : elle requiert beaucoup de temps, d'agents et suscite des recours. Les autorités de concurrence ont recherché un mécanisme qui leur permette à la fois des économies de procédure tout en obtenant des correctifs plus rapides sur les marchés. C'est tout l'intérêt de la technique des engagements d'inciter les entreprises à une telle démarche en leur permettant d'échapper ainsi à une condamnation. Dès l'expression de « préoccupations » par une autorité de concurrence, l'entreprise en cause peut proposer des mesures correctives immédiates à son comportement. Après avoir invité toutes les parties prenantes dans ce que l'on appelle un « test de marché », l'autorité prend une décision d'acceptation, laquelle en cas de violation par l'entreprise, entraînera automatiquement une condamnation[457]. Quant au contrôle des concentrations, l'enjeu n'est plus la condamnation mais l'autorisation de l'opération. Pour échapper à un risque de condamnation, les entreprises transforment leurs modes de commercialisation parfois en profondeur[458]. Pour obtenir l'autorisation de leur prise de contrôle, il en va de même[459].

---

[445] Communication de la Commission sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, 8 décembre 2006/C 298/11.
[446] Décision de la Commission du 21 octobre 2014, Affaire AT.39924 — Produits dérivés de taux d'intérêt libellés en francs suisses (LIBOR CHF).
[447] Décision de la Commission du 11 décembre 2014, CASE AT.39780 – Enveloppes.
[448] Décision de la Commission du 25 Juin 2014, Affaire AT.39965 — Champignons.
[449] Décision de la Commission du 19 mars 2014, Affaire AT.39922 — Roulements.
[450] Décision de la Commission du 2 avril 2014, Affaire AT.39610 — Câbles électriques.
[451] Décision de la Commission du 3 septembre 2014, Aff. AT.39574 — Puces.
[452] Décision de la Commission du 2 avril 2014, Affaire AT.39792 — Steel Abrasives.
[453] Décision 15-D-03 du 11 mars 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits laitiers frais.
[454] Décision 14-D-19 du 18 décembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps.
[455] Décision 15-D-04 du 26 mars 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la boulangerie artisanale.
[456] Décision 14-D-16 du 18 novembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement des militaires affectés en Martinique.
[457] Décision de la Commission du 6 mars 2013 relative à une procédure d'imposition d'une amende en vertu de l'article 23, paragraphe 2, point c), du règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil pour non-respect d'un engagement rendu contraignant par une décision de la Commission adoptée en vertu de l'article 9 du règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil, Affaire COMP/39.530 — Microsoft (vente liée).
[458] Voir, par exemple, en 2014 : décision 14-D-11 du 2 octobre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de billets de train ; décision 14-D-09 du 4 septembre 2014 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Nestlé, Nestec, Nestlé Nespresso, Nespresso France et Nestlé Entreprises dans le secteur des machines à café expresso.
[459] Voir, par exemple, en 2014 : Décision de la Commission du 8 mai 2014 dans l'affaire M.6905 Ineos/Solvay/JV; décision de la Commission du 28 mai 2014 dans l'affaire M.6992 Hutchison 3G UK/Telefónica Ireland; décision de la Commission du 2 juillet 2014 dans l'affaire M.7018 Telefónica Deutschland/E-Plus; décision de la Commission du 10 septembre 2014 dans l'affaire M.7061 Huntsman/Rockwood; décision de la Commission du 10 octobre 2014 dans l'affaire M.7000 Liberty Global/Ziggo.

Analyse économique abrégée : présomptions et cas de tricherie flagrante – Compte tenu des moyens limités des autorités de concurrence par rapport aux défis lancés par la puissance économique, le souci d'économie de procédure amène à éviter une analyse économique approfondie. C'est tout l'intérêt de l'expression « restrictions de concurrence par l'objet » expressément mentionnée dans l'article 101 TFUE : ce sont des restrictions par nature tellement graves qu'il est inutile d'en rechercher les effets. Encore faut-il que le degré de gravité soit constaté dans le contexte[460]. L'expression ne figure pas dans l'énoncé de l'article 102 TFUE. Cependant, la Cour de justice en admet implicitement l'existence dès lors que la gravité existe par nature. Tel est le cas devant des déclarations mensongères pour prolonger un avantage légal[461] ou devant un comportement prédateur flagrant[462], voire devant des clauses de fidélisation imposées dans une situation d'hyper-domination[463].

Dissuasion, ressort essentiel des bonnes incitations données aux entreprises – En sus de la détection des comportements anticoncurrentiels, l'analyse économique s'attache à leur prévention par la dissuasion. La sanction pécuniaire doit nécessairement tendre à supprimer les gains illicites résultant du comportement anticoncurrentiel. La Commission expose en ce sens une méthodologie[464]. Cependant, face à l'ampleur des préjudices, il est opportun de ne pas s'en tenir aux amendes et de développer des actions en réparation qui permettent aux victimes de tirer un effet direct des règles de concurrence. La Cour de justice en a posé le principe et l'a relié au principe d'effet utile des règles de concurrence, c'est-à-dire à la dissuasion[465]. La Commission a fait adopter une directive et une communication sur les bonnes pratiques de quantification des dommages[466] Les entreprises évincées peuvent évidemment faire valoir des gains manqués. Mais il faut également compter les entreprises en tant que consommateurs intermédiaires qui peuvent faire valoir une perte de compétitivité en termes de surcoût, de perte de qualité et/ou de gel de l'innovation. Enfin, le consommateur final peut se prévaloir d'une perte de pouvoir d'achat, d'une perte de qualité et/ou de perte d'innovation. Les amendes et les actions en dommages et intérêts sont complémentaires pour susciter une prise de conscience collective du coût social engendré par les dysfonctionnements de l'économie de marché.

B. Comportements déviants des Etats

Droits exclusifs consentis par les États membres à des entreprises. – Les États membres ont introduit dans le traité originaire l'idée d'une instrumentalisation du marché pour créer une interpénétration économique qui crée une solidarité de fait et une pacification de leurs relations. Ils ont ainsi opté pour une économie de marché en assurant son encadrement et en injectant une dimension sociale donnant naissance au concept d'économie sociale de marché. A l'instar des entreprises qui ne doivent pas être sources de dysfonctionnements de marché, les États membres eux-mêmes sont tenus de respecter les règles de concurrence selon les termes spécifiques de l'article 106 TFUE. Ainsi, l'octroi de droits exclusifs

[460] CJUE, 11 septembre 2014, C-67/13P, Groupement Cartes bancaires.
[461] CJUE, 6 décembre 2012, C-457/10P, AstraZeneca : mensonges pour prolongement de brevets et entraves à l'entrée de génériques.
[462] Trib. UE 12 juin 2014, T-286/09, Intel Corp./Commission européenne à propos, d'une part, des paiements effectués par Intel aux fabricants d'ordinateurs pour ne pas utiliser les microprocesseurs de ses concurrents et aux distributeurs pour ne pas commercialiser des ordinateurs intégrant de tels microprocesseurs, d'autres parts des pratiques de fidélisation poursuivant le même objectif ; décision 14-D-02 du 20 février 2014 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la presse d'information sportive : lancement d'un journal sportif à bas prix pour contrer concurrent de l'Équipe, puis retrait dès élimination du concurrent.
[463] CJUE, 6 octobre 2015, C-23/14P, Post Danmark II.
[464] Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) n° 1/2003, JOUE 1.9.2006/C 210/02.
[465] CJUE, 20 septembre 2001, C-453/99, Courage.
[466] Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, JOUE du 5 décembre 2014, L349/1 ; Communication de la Commission relative à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JOUE du 13 juin 2013, C-167/19.

appelle à la prudence tant la constitution de monopole par favoritisme est craint. Un tempérament est cependant admis : ces règles de concurrence ne doivent pas mettre en péril une mission de service d'intérêt général. Depuis l'arrêt Höfner, la Commission est clairement encouragée dans cette voie de surveillance mettant en balance les règles de concurrence et l'invocation étayée de l'intérêt général justifiant une dérogation[467]. En effet, les règles de concurrence servent par principe l'intérêt général, sauf défaillance avérée du marché. Sous cette réserve, les États membres ne doivent pas adopter des normes étatiques qui confortent une entente[468]. Ils ne doivent conduire une entreprise à abuser d'une position dominante[469]. La Cour de justice se révèle très exigeante à cet égard[470].

Monopoles naturels et régulation sectorielle – L'article 106 §3 TFUE confère à la Commission une compétence particulière pour faciliter la mise en œuvre de cet article par la voie de directives. C'est ainsi qu'elle a pu appréhender un traitement original des monopoles naturels, décrits dans la théorie économique comme la situation dans laquelle le rapport entre les investissements et les rendements ne permettent qu'un opérateur économique sur un marché. Il s'agit de tous les services en réseaux tels que l'énergie, les télécommunications, la poste, les transports. Le terme « libéralisation » a été maladroitement employé pour désigner un aménagement particulier du monopole naturel, souvent constitué en monopole public. Pourtant, l'objectif n'était pas de le supprimer mais de limiter son expansion sur un plan vertical et d'introduire ainsi la concurrence sur les marchés en aval. De fait, il s'est avéré que ces monopoles dégénéraient en rentes de situation et n'étaient pas aussi efficaces qu'espéré : le bien-être collectif s'en trouvait affecté. Contrairement à ce que son nom semble suggérer, cette « libéralisation » s'est réalisée par un afflux de normes à un tel degré qu'une nouvelle branche du droit est née : la régulation sectorielle. Sa vocation est de concilier les exigences de concurrence, en vue d'une plus grande efficacité pour le bien-être du consommateur, avec la sauvegarde de l'intérêt général en vue de la cohésion sociale, dans les situations de défaillance du marché. Ce droit de la régulation sectorielle résulte de directives communautaires sur la transposition desquelles la Commission est très vigilante. La notion de service universel est déclinée selon les secteurs et détaillée de telle sorte à ce que la dimension d'intérêt général soit établie de manière harmonisée dans tous les Etats membres. Le concept d'économie sociale de marché trouve ici sa pleine réalisation. L'Union européenne entend ainsi assurer la disponibilité d'un ensemble minimal de services de bonne qualité accessibles à tous les utilisateurs à un prix abordable, sans distorsion de concurrence. Afin d'éviter les conflits d'intérêts au sein de l'État, la régulation sectorielle est mise en œuvre dans chaque EM par des autorités administratives indépendantes (AAI), telles que l'ARCEP pour ce qui concerne la France.

Aides d'État – Les articles 107 et 108 du traité posent le principe de l'interdiction des aides d'État qui faussent ou menacent de fausser la concurrence. Cependant, celles qui contribuent à des objectifs d'intérêt commun peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur si elles sont clairement définies et si elles ne faussent pas indûment la concurrence. L'année 2014 est celle qui parachève la modernisation de cette branche du droit de la concurrence. Le chantier avait été engagé en 2005. Mais la crise financière, qui a déclenché une crise des finances publiques, a bouleversé les réflexions. Désormais, le leitmotiv est « Mieux faire à moindre coût, par des actions mieux ciblées et plus efficaces ». Il faut réserver les aides à des situations où une défaillance du marché est avérée et où elles constituent le mode d'intervention le plus approprié pour atteindre l'objectif d'intérêt commun. La Commission a

[467] CJCE, 23 avril 1991, C-41/90, Hofner, à propos d'un monopole étatique en Allemagne pour le placement de la main d'œuvre.
[468] CJCE, 7 déc. 1993, *Meng*, C2/91, à propos d'un règlement interdisant aux intermédiaires d'assurance d'accorder des ristournes ; CJCE, 19 février 2002. C-35/99, Arduino, à propos de la fixation par décret italien de barèmes pour les tarifs d'avocats.
[469] CJCE, 2001, C-475/99, Ambulanz Glöckner, à propos d'une licence de transport de malades accordée par une collectivité territoriale en Allemagne.
[470] CJUE, 17 juillet 29014, Rép. Héllénique et DEI, à propos d'une licence exclusive d'exploitation du lignite permettant à une entreprise publique de renforcer sans mérite sa position dominante sur le marché en aval du gros de l'électricité.

adopté un nouveau règlement général d'exemption par catégorie (RGEC) qui simplifie, pour les États membres, les procédures d'octroi des aides, en autorisant sans notification préalable un large éventail de mesures répondant à des objectifs horizontaux d'intérêt commun[471]. Par là-même est fournie une première grille d'analyse en vue d'une bonne gouvernance publique. Elle est complétée par plusieurs lignes directrices sectorielles, notamment pour la recherche, le développement et l'innovation (RDI), l'énergie et l'environnement, les PME, les aides à finalité régionale, le financement des risques, le sauvetage des entreprises et les restructurations. Plus que jamais, les aides doivent s'inscrire dans la stratégie « Europe 2020 » pour une croissance intelligente, durable et inclusive[472]. S'agissant de la notion même d'aide d'État, un dialogue constructif s'est instauré entre la Commission et la Cour de justice depuis l'affaire Altmark qui portait sur la compensation représentant la contrepartie d'obligations de service public[473]. Il en est résulté de nouveaux textes de clarification sur la transparence financière des relations financières entre l'État et certaines entreprises[474] et sur les compensations octroyées pour la prestation de service d'intérêt économique général[475]. Enfin, la Commission a révisé la procédure d'examen[476]. Le contrôle juridictionnel de la Cour se poursuit toujours sur le rôle de la notion d'investisseur privé[477], paramètre d'appréciation de la rationalité économique de l'État, de même que sur la notion d'avantage correspondant à une aide d'État[478].

Dissuasion, ressort essentiel des bonnes incitations données aux États membres – À l'instar des entreprises, les États membres se voient également soumis à de bonnes incitations par la voie de la dissuasion. Alors que celle-ci est assurée pour les entreprises par les amendes et la réparation due aux victimes, elle l'est pour les États membres par la voie de la récupération des aides qu'ils ont octroyées mais aussi par la réparation due aux concurrents floués par l'avantage qui en est résulté. En sa qualité de gardienne des traités, la Commission peut utiliser tous les moyens légaux à sa disposition pour que les États membres satisfassent à leurs obligations en matière de récupération, y compris l'ouverture de procédures d'infraction. Ainsi, en 2014, la Cour de justice a condamné l'Allemagne et l'Italie en vertu de l'article 108, paragraphe 2, TFUE[479] et l'Espagne en vertu de l'article 260, paragraphe 2, TFUE[480]. Au surplus, en 2014, la Commission a adopté 18 décisions ordonnant la récupération d'aides incompatibles avec le marché intérieur. Il faut souligner le principe général de coopération réciproque entre la Commission et les juridictions nationales ici appliqué pour garantir l'efficacité des règles en matière d'aides d'Etat. L'assistance de la Commission est éclairée par une communication spéciale. La Commission peut également soumettre des observations à titre d'*amicus curiae* de sa propre initiative. Les entreprises

[471] Règlement (UE) n °651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité, JO L 187 du 26.6.2014, p. 1.
[472] Communication de la Commission du 3 mars 2010 - Europe 2020 — Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive, COM(2010) 2020 final.
[473] CJCE, 24 juillet 2003, C-280/00, Altmark Trans GmbH c/ Regierungspräsidium Magdeburg.
[474] Directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les états membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, JOUE 17.11.2006, L 318/17 ; Décision de la Commission du 20 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, JOUE du 11.01.2012, L7/3.
[475] Communication de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, JOUE du 11.01.2012, C8/4.
[476] Règlement n° 734/2013 du 22 juillet 2013 modifiant le règlement (CE) n° 659/1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE, JOUE du 31.07. 2013, L204/15
[477] CJUE, 3 avril 2014 dans l'affaire C-224/12 P, Commission contre Pays-Bas, sur le point de savoir si la modification en tant que telle d'une aide accordée pour la restructuration d'une banque constitue à elle seule une aide.
[478] CJUE, 3 avril 2014, C-559/12P, France contre Commission, sur le point de savoir si le statut d'établissement public industriel et commercial (EPIC), tel que la Poste, confère en tant que tel un avantage sous la forme d'une garantie illimitée implicite.
[479] CJUE, 11 septembre 2014, C-527/12 concernant la décision 2011/471/UE sur le Groupe Biria en Allemagne ; CJUE, 5 juin 2014, C-547/11 à propos des décisions 2006/323/CE et 2007/375/CE relatives à l'exonération du droit d'accise sur les huiles minérales utilisées comme combustible pour la production d'alumine en Sardaigne.
[480] CJUE, 13 mai 2014, C-184/11 concernant l'inexécution constante de la décision de récupération de la Commission et faisant suite aux arrêts de la Cour, 14 décembre 2006, C-485/03, C-486/03, C-487/03, C-488/03, C-489/03 et C-490/03, en vertu de l'article 108, paragraphe 2, TFUE.

victimes ne doivent pas sous-estimer les actions devant les juridictions nationales. Elles peuvent notamment ordonner les mesures suivantes : empêcher le versement de l'aide illégale, récupérer l'aide illégale, ordonner le versement d'intérêts au titre de la période d'illégalité, accorder des dommages et intérêts aux entreprises concurrentes et aux autres tiers, ordonner des mesures provisoires contre l'aide illégale[481].

À qui sert le droit européen de la libre concurrence ? Il faut conclure qu'il profite à tous : entrepreneurs, consommateurs, citoyens, contribuables, gouvernants. D'ARISTOTE à TIROLE, en passant par DOMAT, l'encadrement des marchés par les pouvoirs publics s'avère indispensable pour lutter contre toutes les formes d'accaparement des marchés. La concurrence, en tant que mécanisme naturel de régulation au sens où l'entendait la doctrine libérale classique, n'a été qu'un intermède malheureux dans l'histoire. Il est désormais acquis que le droit construit et protège la concurrence comme un processus qui appelle une vigilance permanente pour neutraliser les dérives de l'économie de marché. Existe-t-il une alternative pour réaliser ce bien-être ? Les expérimentations de l'économie planifiée n'ont pas été encourageantes, loin s'en faut. Certes, l'économie de marché prête le flanc à des perversions. La présente crise que nous traversons n'est qu'une énième illustration de sa fragilité. C'est la raison pour laquelle, plus que jamais, il convient de se tourner vers le droit, et notamment vers le droit de la concurrence, pour neutraliser le pouvoir de marché. Il convient aussi et, surtout d'être particulièrement exigeant sur l'efficacité des normes de régulation concurrentielle. A cet égard, juristes et économistes doivent progresser ensemble sur leur évaluation.

[481] Communication de la Commission relative à l'application des règles en matière d'aides d'État par les juridictions nationales, JOUE du 9.4.2009, C-85/1.

La Revue
" A qui profite le droit ? "
Numéro 11 - Juin 2017

A QUI PROFITE LA CITOYENNETE EUROPEENNE ?

*Christine **BERTRAND**,*
Maître de conférences HDR en droit public, Centre Michel de l'Hospital EA 4232,
Doyen de l'Ecole de Droit, Université Clermont Auvergne

Les esprits chagrins pourraient prétendre, à la lecture du titre de cette intervention, que l'Union européenne (UE) est à ce point enfermée dans une logique économique libérale que même la citoyenneté européenne doit profiter à quelqu'un. Comme si cette notion, pourtant éminemment politique, ne pouvait, dans le contexte de la construction européenne, échapper au prisme du marché. Cette première approche n'est pas dénuée de tout fondement, car la citoyenneté européenne est apparue, à la fois comme un complément des libertés qui, initialement, avaient été conçues comme étant exclusivement économiques, mais aussi comme un amplificateur potentiel du statut - économique lui aussi - dont bénéficie le ressortissant d'un État membre, depuis la création de la Communauté économique européenne. Toutefois, ce serait oublier sans doute que, si le mot « profit » a incontestablement une acception financière, il peut également être compris de façon plus globale, comme se référant à un avantage, ou à un bénéfice, qui peut être intellectuel, moral, mais aussi politique, ou même symbolique.

Pour mémoire, la citoyenneté européenne a vu le jour dans le Traité de Maastricht. Elle a été conçue comme s'ajoutant à la citoyenneté nationale, sans avoir vocation à la remplacer[482]. Il s'agit d'une citoyenneté octroyée aux ressortissants des États membres de l'Union européenne (UE), mais déconnectée d'une nationalité propre. Elle est donc souvent présentée comme un modèle d'une citoyenneté innovante et moderne, car post-nationale. Afin de la rendre visible et concrète aux yeux de ses titulaires, elle a été assortie de droits, créés à cette occasion.

Il s'agissait ainsi de montrer aux nationaux des États membres que la construction européenne n'était pas réservée aux entreprises, qu'elle n'avait pas seulement pour vocation de construire un marché, mais qu'elle avait également un sens et un intérêt pour les particuliers, y compris ceux qui ne tiraient pas déjà un bénéfice professionnel de l'existence du marché commun. Symbole du dépassement d'une Europe économique et de la marche vers une Europe politique, « *vecteur d'une démocratie européenne en construction* »[483], elle est censée provoquer un sentiment d'appartenance des citoyens à l'UE, une adhésion à la poursuite de la construction européenne et, par répercussion, une consolidation de l'Union[484].

Dès lors, la citoyenneté européenne est conçue comme devant être profitable aussi bien à ses titulaires qu'à l'UE elle-même. Aux citoyens européens, car elle leur procure des droits nouveaux, qu'ils ne détenaient pas (ni ne pourraient détenir) en vertu du droit national[485] et qui doivent leur permettre de

[482] Art. 9 TUE.
[483] F. CHALTIEL, « Qu'est-ce qu'un citoyen européen ? », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, 2010, p. 176.
[484] La citoyenneté européenne participe ainsi à la construction d'une identité politique européenne : Y. BERTONCINI et T. CHOPIN, *Politique européenne. États, pouvoirs et citoyens de l'Union européenne*, Presses de Sciences po et Dalloz, collection Amphi, 2010, p. 87 et s. ; C. BERTRAND, « Une citoyenneté européenne en quête d'une identité », *in* P. ICARD (dir.), *Une citoyenneté européenne dans tous ses états*, Presses Universitaires de Dijon, 2009, p. 39.
[485] En effet, ces droits doivent leur être reconnus par leur État de nationalité, mais aussi par les autres États membres et par l'Union elle-même. La Cour a d'ailleurs veillé à ce que le bénéfice de ces droits soit effectif. V. L. AZOULAI, « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué,* précité, p. 5, qui note que, « sans l'intervention d'un juge, la seule inscription de la qualité de citoyen de l'Union dans le traité n'aurait pas suffi ».

devenir bénéficiaires, voire acteurs, de l'action de l'Union. À l'UE également, en lui permettant de se développer au-delà de son champ économique initial et en constituant un élément essentiel de la construction d'une Europe politique.
Ces objectifs n'ont en fait été que très partiellement atteints, même si les sondages de l'eurobaromètre indiquent que le sentiment européen progresse régulièrement (en 2014, 65% des Européens disent se sentir citoyens européens). D'une part, on peut se « sentir citoyen européen » sans pour autant être correctement informé du statut de cette citoyenneté et des droits qui en découlent, sans se sentir concerné par les actions de l'Union et sans adhérer à ses décisions, ni même à son orientation générale. Dès lors, ce type de sondage ne peut pas réellement rendre compte de l'état de l'adhésion des ressortissants des États membres à la construction européenne et reste d'une faible utilité quand il s'agit de mesurer si les citoyens européens estiment, ou non, tirer un avantage de l'octroi de cette citoyenneté complémentaire.

Et ce d'autant plus qu'il existe de nombreux signes qui rendent beaucoup plus pessimistes sur le degré d'identification des citoyens à l'Union européenne. Parmi ceux-ci, la méconnaissance des droits découlant de la citoyenneté européenne (le même sondage indique que 62% des citoyens aimeraient en savoir plus sur les droits qu'ils détiennent), la baisse régulière de la participation aux élections au Parlement européen depuis la première élection au suffrage universel direct, ou encore la montée en puissance des partis politique extrémistes, qui sont le plus souvent eurosceptiques, voire europhobes.

À l'échelle de l'Union européenne, le constat n'est pas beaucoup plus optimiste. Les négociations sont trop souvent marquées par le poids des égoïsmes nationaux, par l'absence de solidarité et par la faiblesse d'une vision ou d'un projet commun. Les États membres ne semblent pas eux-mêmes convaincus de la pertinence d'investir dans un développement de la construction européenne, comme l'illustrent de façon frappante le vote d'un budget pour la première fois en baisse pour la période 2014/2020 ou, sur un tout autre sujet, les réticences ou blocages constatés dans la mise en œuvre d'une véritable politique commune d'asile et d'immigration, que l'actualité met régulièrement, et cruellement, en exergue.

Pourtant, la citoyenneté européenne n'est pas qu'un symbole. Elle emporte des conséquences sur le statut juridique de ses bénéficiaires. Le droit dérivé et la jurisprudence cherchent à lui donner un contenu effectif et protecteur. Le chemin n'est certes pas complètement parcouru, car la citoyenneté européenne connaît des limites, tout comme d'ailleurs le principe de non-discrimination. Dès lors, la question de savoir à qui profite la citoyenneté européenne reste entière. S'il est assez logique de penser que la citoyenneté européenne doit d'abord profiter à ses titulaires, nous serons amenés à constater que cet apport est encore trop faible, même si l'on étend la recherche de retombées positives à l'Union européenne elle-même **(I)**. Cela ne signifie évidemment pas que la citoyenneté ne produit aucun impact, mais que ceux-ci doivent être recherchés de façon plus diffuse et sur le long terme, sous la forme d'une contribution à la cohésion de l'Union européenne, à laquelle la citoyenneté de l'Union peut apporter une contribution, que nous considérerons cependant comme encore trop marginale **(II)**.

I. LA CITOYENNETE EUROPEENNE PROFITE FAIBLEMENT AUX CITOYENS EUROPEENS ET A L'UNION EUROPEENNE

A. Des droits trop symboliques et rarement spécifiques

Initialement, étaient reconnus aux citoyens de l'Union le droit de circuler et de séjourner librement dans les États membres, le droit de vote et d'éligibilité dans l'État membre de résidence pour les élections européennes et municipales, le droit à la protection diplomatique, le droit de pétition au Parlement

européen, le droit d'accès aux documents des institutions de l'Union et de ses organes, le droit de saisir le médiateur européen. La Charte des droits fondamentaux de l'UE y a ajouté le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions et organes de l'UE[486]. Le Traité de Lisbonne a complété cette liste par le droit de participer à la vie démocratique de l'Union (article 10 TUE) et l'initiative citoyenne (article 11 TUE)[487]. Dans une première approche, ce catalogue de droits peut paraître assez fourni et de nature à procurer un statut plutôt avantageux et protecteur aux citoyens de l'Union. Cette première impression n'est pas atténuée par la précision selon laquelle ces droits s'exercent dans les limites prévues par les Traités et le droit dérivé[488], tant il est vrai qu'il n'existe pas de droits qui ne connaitraient aucune limite.

Mais une analyse plus poussée tempère cet optimisme et amène à un triple constat. D'une part, certains de ces droits ne sont en pratique utilisables que par un citoyen qui a migré et qui ne réside pas dans son État de nationalité[489], qu'il s'agisse d'un État de l'Union (droit de circuler et de séjourner ; droit de vote et d'éligibilité dans l'État membre de résidence) ou d'un État tiers (protection diplomatique). D'autre part, certains droits n'ont d'intérêt que pour des citoyens déjà bien informés, et même concernés, par les actions de l'Union (pétition, accès aux documents de l'UE, initiative citoyenne). Enfin et surtout, la plupart de ces droits ne sont pas réservés aux citoyens de l'Union et sont en fait ouverts aux résidents des États membres, voire aux personnes morales. Tel est le cas dans les Traités pour le droit de pétition, la saisine du médiateur et le droit d'accès aux documents. Au-delà du droit originaire, la jurisprudence contribue elle-même à élargir la liste des bénéficiaires de droits, pourtant présentés comme propres aux citoyens de l'Union. Ainsi a-t-il été jugé que la protection diplomatique devait bénéficier aux nationaux des États tiers résidants d'un État membre, transformant ainsi un droit initialement réservé aux citoyens européens en droit bénéficiant aux résidents[490]. Par ailleurs, le droit de vote et d'éligibilité a également été étendu aux résidents par une décision de la CJCE, rendue à propos des résidents de Gibraltar, qui se voient accorder le droit de vote aux élections au Parlement européen. La Cour mobilise ici trois arguments : certains droits bénéficient déjà aux résidents, ce qui tendrait à démontrer que les droits des citoyens de l'Union ne leur sont pas réservés ; rien dans le Traité ne s'oppose à l'élargissement des droits du citoyen européen à d'autres bénéficiaires ; les modalités du droit de vote ne relèvent pas des compétences de l'Union et peuvent donc être aménagées par les États membres comme ils l'entendent. L'argumentaire déployé par la Cour ne convainc pas pour autant. Si certains droits sont déjà ouverts au-delà des seuls citoyens européens, c'est en vertu d'une disposition explicite du droit originaire, voulue par les rédacteurs du Traité que sont les États, dont il est optimiste, et juridiquement peu fondé, de prétendre qu'elle vaut extension implicite pour d'autres droits. De même, le fait que le Traité ne s'oppose pas à un élargissement du nombre des bénéficiaires ne signifie pas non plus que celui-ci était souhaité, ou même envisagé.

Au total, seuls le droit de circuler et de séjourner dans l'Union et l'initiative citoyenne sont réellement des droits spécifiques aux citoyens européens. Il ne s'agit évidemment pas ici de regretter que des droits puissent bénéficier à davantage de personnes, mais de constater que le contenu de la citoyenneté en est affaibli et que le statut du citoyen européen devient flou, incertain et par conséquent difficile à identifier par les citoyens eux-mêmes. Il est alors assez illusoire d'espérer qu'un catalogue de droits, pour l'essentiel

[486] Art. 41
[487] V. notamment : S. LECLERC, « L'initiative citoyenne européenne : un premier pas vers la démocratie participative dans l'Union européenne », in *La Constitution, l'Europe, le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*. Centres d'études et de recherches sur l'administration publique de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Publications de la Sorbonne, 2013, p. 675 et s. ; J. DUPONT-LASSALLE, « L'initiative citoyenne européenne un an après l'entrée en vigueur du règlement (UE) n° 211/2011 : un tableau en clair-obscur », *Europe*, octobre 2013, p. 4 et s.
[488] Art. 20 TFUE
[489] Ce faisant, la citoyenneté européenne est inévitablement conçue comme liée au marché et aux libertés de circulation. Ceci conduit à des situations dites purement internes, où les droits attachés à la citoyenneté ne peuvent pas être reconnus, donnant ainsi « inévitablement l'impression que le juge construit la citoyenneté comme un privilège donné aux seuls migrants » : L. AZOULAI, *précité*, p. 10.
[490] TPI, 12 juillet 2006, *Ayadi contre Conseil de l'Union européenne*, aff. T-253/02.

également offerts à d'autres, puisse réellement susciter une adhésion et une identification à l'Union européenne. Et encore moins peut-être à faire en sorte que le citoyen européen tire un réel profit du fait d'être titulaire de cette citoyenneté, en tous les cas un profit qui soit clairement différent de celui obtenu par un simple résident.

B. Une étape indispensable, mais finalement non décisive de la construction européenne

À défaut de profiter aux citoyens de l'UE, la citoyenneté présente-t-elle un intérêt pour l'Union elle-même ? On peut en effet considérer qu'il est impossible de faire une Union politique sans citoyenneté. Mais il n'est pas certain que cette innovation ait pour autant constitué le moteur escompté. Certes, l'UE n'est plus aujourd'hui seulement une entité économique, ni seulement un marché. Le champ d'intervention initial a bien été dépassé, conformément à l'objectif posé par le Traité de Maastricht. Le rôle joué par la citoyenneté européenne dans ces avancées n'en est pas moins incertain.

Quand les États membres décident d'ajouter de nouvelles politiques dans les Traités, ou de nouvelles compétences au profit de l'Union, ils ne le font pas avec le souci dominant de mieux protéger les citoyens de l'Union. En pratique, les préoccupations économiques restent le plus souvent prépondérantes. De même, si la liberté de circulation est, depuis Maastricht, déconnectée de l'exercice d'une activité économique, les limites à la liberté de circulation qui subsistent (en dehors de celles liées à des préoccupations d'ordre public) sont le plus souvent en lien avec des considérations économiques[491]. Ceci s'explique par le fait que la circulation et le séjour des citoyens européens ne doivent pas entraîner une « *charge déraisonnable* »[492] pour les États[493], ce qui les autorise à avoir des exigences de revenus, de couverture sociale et entraîne, en pratique, des limitations à la circulation et au séjour de personnes sans revenus, en particulier les étudiants[494] et les chômeurs. Cet état du droit témoigne que la création d'une citoyenneté européenne n'a pas profondément modifié la logique de la construction européenne, qui reste encore essentiellement économique[495]. Malgré la généralité des termes du Traité de Maastricht[496] et une jurisprudence qui, initialement au moins, a pu paraître audacieuse[497], il n'y a pas eu de consécration d'un principe général de non-discrimination entre les citoyens européens. Par conséquent, des différences

[491] Ne serait-ce qu'en raison de l'exigence de ressources suffisantes. Sur cette notion et sa mise en œuvre en France, v. notamment P. DOLLAT, « La citoyenneté de l'UE : un statut fondamental ? Heurts et incertitudes d'une vocation ou l'art du contrepoint », in *Mélanges Masclet*, *op. cit.*, p. 522 à 525.

[492] Un contrôle de proportionnalité est nécessaire pour déterminer si la charge est ou non déraisonnable dans le cas d'espèce (voir J.-Y. CARLIER, « La libre circulation dans personnes dans l'Union européenne. Chronique », *Journal de droit européen*, 2015, p. 170, où l'auteur étudie la façon de mener ce contrôle et les difficultés de l'exercice). La Cour s'est dispensée de cet examen dans l'arrêt *Dano* (CJUE, gde ch. 11 novembre 2014, aff. C-333/13) suscitant des interrogations de la doctrine sur un durcissement de la jurisprudence de la Cour en matière de liberté de circulation des personnes sans ressources. V. dans ce sens D. DUMONT, « Arrêt *Dano* : fin du ''tourisme social'' ou de la citoyenneté européenne ? », *Journal de droit européen*, 2015, p. 198.

[493] Art. 7 §1 de la directive 2004/38.

[494] V. cependant CJUE, 26 février 2015, aff. C-359/13, *Martens*, où la Cour juge qu'une réglementation néerlandaise sur les bourses d'études imposant une résidence préalable d'au moins trois ans au cours des six années précédant l'inscription dans des études supérieures, constitue une condition « trop exclusive et trop aléatoire ». La Cour confirme cependant qu'un État peut mettre des limites à l'octroi de bourses pour les étudiants qui ont la nationalité d'un autre État membre, afin de vérifier que le demandeur est bien intégré dans ce pays. Ce faisant, la Cour admet le maintien d'hypothèses de discrimination entre les nationaux et les ressortissants des autres États membres et choisit de ne pas donner sa pleine mesure au principe, pourtant posé par les Traités (art. 18 TFUE) selon lequel « dans le domaine d'application des Traités… est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité ».

[495] Même si l'on est passé, entre le Traité de Rome et le Traité de Maastricht, d'une distinction entre actifs et inactifs à une autre qui oppose « ceux qui apportent à l'État d'accueil leur activité économique ou qui possèdent la possibilité financière personnelle de vivre sur son territoire et ceux qui, inactifs ou démunis, ne seraient qu'une charge pour son système d'assistance sociale » : P. RODIERE, « Quel droit de circulation en Europe pour les personnes inactives et démunies ? », *Journal de droit européen*, 2015, p. 150. Nous rejoignons l'auteur quand il constate que « le critère reste économique ».

[496] Art. 18 TFUE.

[497] « La jurisprudence de la Cour faisait la part belle à des ''orientations non marchandes'', par contraste avec l'important corpus jurisprudentiel qui tend à consacrer la primauté des libertés économiques sur d'autres préoccupations, sociales en particulier » : D. DUMONT, *op. cit.*, p. 197.

de traitement entre les nationaux et les ressortissants des autres États membres restent possibles[498]. La citoyenneté européenne est ainsi fragmentée : son contenu précis dépend de la situation de celui qui en est titulaire, lequel en tire en conséquence un profit qui n'est pas uniforme.

Si le citoyen européen a des droits, cela ne signifie pas pour autant qu'il dispose d'un statut politique, ni qu'il constitue une force politique. Dès lors, l'impact de la citoyenneté européenne sur la construction d'une Union politique est nécessairement relatif. On peut le constater à travers l'existence d'un Parlement européen, certes élu au suffrage universel direct par l'ensemble des citoyens de l'Union, mais restant limité à un rôle de co-législateur, doté de surcroît d'un pouvoir budgétaire incomplet, en particulier sur la détermination des recettes de l'Union. Autre exemple : une pétition adressée au Parlement européen a en pratique peu de probabilités de susciter une modification du contenu du droit de l'UE, ni même les orientations de celui-ci[499]. Seule l'initiative citoyenne permettra peut-être aux citoyens européens d'avoir un impact sur l'activité normative de l'Union[500]. Mais, même en admettant que ces initiatives se multiplient[501] et débouchent sur des propositions finalement adoptées dans le sens initialement souhaité par les citoyens qui ont porté ce projet, cela se fera au prix d'un processus sélectif et complexe. En attendant ces développements, l'Union politique continue de se construire (ou de ne pas se construire…) principalement par le biais des choix et des décisions des États membres.

II. LA CITOYENNETE EUROPEENNE EST UN FACTEUR AUJOURD'HUI MARGINAL DE COHESION DE L'UNION EUROPEENNE

A. Citoyenneté européenne et cohésion sociale

La cohésion sociale apparaît à différentes reprises dans les Traités, où elle est qualifiée d'objectif de l'Union, tout en étant rangée dans les compétences qui sont partagées entre l'UE et les États membres. Elle forme un couple indissociable avec la cohésion territoriale, et parfois même un trio, comme dans le titre 18 du TFUE, qui est consacré à la cohésion économique, sociale et territoriale. Cette triple cohésion, symbole de la solidarité entre les États membres, se construit grâce aux fonds structurels et se veut protectrice, tout à la fois, des territoires et des personnes fragiles. Elle se situe toutefois dans une optique clairement régionale : il s'agit très principalement de réduire les écarts entre les régions, avec des instruments variés, qui peuvent être de nature sociale. C'est donc le territoire qui est le destinataire de cette politique et non pas le citoyen, qui d'ailleurs n'est pas cité dans les articles du Traité consacrés à la cohésion. Certes, le citoyen européen peut voir sa situation personnelle améliorée du fait des actions menées, mais ce ne sera pas à ce titre-là qu'il en bénéficie et il n'en sera pas davantage destinataire que les résidents des États membres en général.

Si l'on adopte une lecture moins littérale, peut-on considérer que la citoyenneté européenne a un contenu social qui participe à la cohésion de l'Union ? Oui certainement, ne serait-ce que parce qu'une construction économique ne peut pas totalement ignorer les questions sociales. D'une part, parce que les questions économiques et sociales sont en pratiques imbriquées (il est par exemple impossible de

[498] F. GAZIN, « Note sous l'arrêt Dano (CJUE, gde ch. 11 novembre 2014, aff. C-333/13) », *Europe*, janvier 2015, n° 6.
[499] Même si la Cour a récemment jugé que la décision par laquelle le Parlement européen, saisi d'une pétition, considère que celle-ci ne satisfait pas aux conditions posées par l'article 227 TFUE est susceptible de recours. CJUE, gde ch. 9 décembre 2014, aff. C-261/13, *P. Schönberger c/ Parlement*.
[500] C. BERTRAND, « La démocratie participative dans le système institutionnel de l'Union européenne », Intervention à un colloque franco-américain organisé à la Faculté de droit de Clermont-Ferrand le 1er juin 2012 sur « La démocratie directe à l'épreuve du temps », Revue *Siècles*, 2013 n° 37. Disponible en ligne : [http://siecles.revues.org/1246].
[501] Ce qui suppose que l'initiative soit davantage connue des citoyens de l'Union européenne. Or en juin 2012, 26% des citoyens en avaient entendu parler sans savoir exactement de quoi il s'agissait et 5% seulement savaient en quoi elle consistait. Eurobaromètre printemps 2014.

promouvoir la liberté de circulation des personnes sans s'intéresser en même temps aux droits sociaux de ceux qui vont s'établir ailleurs[502]) mais aussi parce que l'Union européenne a vocation à former un ensemble solidaire, ce qui englobe naturellement des considérations sociales. Ainsi, l'ouverture des frontières et la consécration par le Traité de Maastricht d'un droit de circulation et de séjour reconnu au citoyen (et non pas seulement au travailleur) et à sa famille permet de constituer l'Union comme un territoire unique, que les nationaux des différents États membres ont vocation à investir[503]. Ils sont envisagés comme des acteurs appelés à donner un contenu concret à la construction européenne, en utilisant les opportunités qu'elle leur offre. De même, des droits sociaux sont consacrés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et mis en œuvre dans de nombreux textes de droit dérivé. Enfin, les développements continus du principe de non-discrimination, soutenus par une jurisprudence extensive de la Cour, contribuent à développer un statut protecteur du citoyen de l'Union.

Ces différents instruments juridiques sont de nature à permettre l'émergence d'une citoyenneté sociale, qui participe à la cohésion de l'Union, grâce au développement continu d'un statut social du citoyen européen. Cette cohésion sociale reste toutefois à parfaire, car elle est relativement illusoire dans un contexte de crise qui expose nombre de citoyens européens à des situations de détresse économique et sociale, pour lesquelles l'Union ne semble pas pouvoir trouver de réponses satisfaisantes. Par ailleurs, cette cohésion suppose une vision globale et non pas fragmentaire, voire ségrégative. Il nous paraît à ce titre impossible de promouvoir une citoyenneté européenne porteuse de cohésion sociale, tout en maintenant des limites à la non-discrimination et aux droits de séjour pour certains citoyens de l'Union européenne[504], créant ainsi une citoyenneté à géométrie variable, voire à deux vitesses, qui en elle-même n'est pas compatible avec un objectif de cohésion.

B. Citoyenneté européenne et cohésion politique

Les rédacteurs des Traités auraient parfaitement pu augmenter les droits des ressortissants des États membres sans pour autant créer une citoyenneté européenne. S'ils ont choisi de franchir ce pas, ce n'est pas seulement par la recherche d'une avancée symbolique, propre à marquer les esprits, mais c'est aussi, et sans doute surtout, en raison des effets structurants que pouvait produire la mise en place d'une citoyenneté de l'Union : celle-ci est intrinsèquement liée à la construction d'un espace public européen, conçu comme devant être nécessairement transnational[505]. Cet espace existe incontestablement : l'Union européenne est dotée d'un système institutionnel structuré, fonctionnant dans un souci de publicité, d'accessibilité et de transparence, avec un processus décisionnel qui permet le débat, les échanges de points de vue et la production d'avis et qui garantit la légitimité des actes[506]. Cet espace public européen est certes perfectible, mais il est quand même de nature à contribuer à la cohésion politique de l'Union. Les citoyens européens y ont une place, que l'on peut trouver encore trop marginale, mais qui est

[502] On a ainsi pu parler de « socialisation des libertés » : E. DUBOUT, « Les mutations du champ d'application des libertés de circulation : la triple inconstance », in *Mélanges Masclet, op. cit*., p. 550.
[503] Il est ainsi procédé à la « reconnaissance d'un statut personnel doté d'une portée transnationale » : L. AZOULAI, *précité*, p. 8.
[504] De ce point de vue, la jurisprudence *Dano* (précitée) a pu être interprétée comme donnant un signal aux États, en montrant la volonté de la Cour de ne pas favoriser par sa jurisprudence un tourisme social. On peut regretter que cette expression soit employée telle quelle dans les conclusions de l'avocat général « sans précaution particulière (…) comme s'il s'agissait d'un concept juridique bien connu » : D. DUMONT, *op. cit*., p. 198.
[505] Bien entendu, cela supposerait que la citoyenneté européenne soit définie politiquement et non pas comme un élément de la construction économique de l'Union. V. L. AZOULAI, *idem*, p. 9 : « Le développement du régime de la citoyenneté est essentiellement entravé par le cadre dans lequel il a été pensé. Il est frappant en effet de constater qu'il s'effectue dans les formes connues du droit dont il prétend pourtant s'émanciper, le droit du marché intérieur ».
[506] La légitimation du droit de l'Union apparaît toutefois comme un processus complexe, qui dépasse le processus décisionnel classique et s'étend à des formes alternatives, parmi lesquelles on peut citer l'initiative citoyenne : C. BOUTAYEB, « De la notion de légitimité dans l'Union européenne. Eloge d'une exigence », in *La Constitution, l'Europe, le droit. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Masclet*. Centres d'études et de recherches sur l'administration publique de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Publications de la Sorbonne, 2013, p. 463 et s.

néanmoins réelle et en voie de développement, comme le montre aussi bien la montée en puissance du Parlement européen que la création de l'initiative citoyenne.

Toutefois, il reste ici beaucoup à faire. L'Union est en effet confrontée à une contestation désormais ancienne, et qui s'aggrave[507], le plus souvent résumée par l'accusation du déficit démocratique dont elle est entachée. Outre la mise en cause récurrente de la légitimité des décisions de l'UE, affectée tout à la fois par le poids des lobbys et la complexité institutionnelle, la représentation politique des citoyens européens reste très imparfaite[508]. En effet, la répartition des sièges entre les États membres ne reflète pas les poids démographiques des États, ce qui aboutit à une sous-représentation très forte des citoyens des plus grands pays. Surtout, les élections au Parlement européen se font dans un cadre national et portent souvent sur des enjeux nationaux, ce qui n'est évidemment pas propice à l'existence, ou au développement, d'un espace public européen, c'est-à-dire « *un espace public dans lequel les membres des sociétés européennes se reconnaîtraient et agiraient comme citoyens* »[509].

La cohésion politique exige l'affirmation et la défense de valeurs communes qui sont trop souvent mises à mal dans l'Union. Le fait même que les États membres n'aient pas réussi à se mettre d'accord sur un contenu de la Charte européenne des droits fondamentaux et que trois d'entre eux y aient obtenu des clauses dérogatoires ne rend guère optimiste sur la capacité de l'Union à créer un espace politique. Or, l'identification d'un patrimoine commun en matière de droits fondamentaux, souvent présentés comme constituant le marqueur culturel commun de l'espace européen, est selon nous un préalable indispensable à toute volonté de construire un espace public européen et une citoyenneté européenne, qui ne serait pas seulement symbolique, mais permettrait une identification réelle des citoyens européens à l'Union.

Par conséquent, qu'il s'agisse de cohésion sociale ou de cohésion politique, l'Union reste en construction. La citoyenneté européenne a évidemment un rôle à jouer : c'est par elle que l'UE peut espérer « *recréer du lien* »[510] avec les ressortissants des États membres. Pour autant, elle ne saurait compenser l'absence de volonté politique des États membres, qui restent les moteurs principaux de l'Union européenne et de son évolution. Pour que la citoyenneté européenne profite aux citoyens et à l'UE elle-même, il est indispensable de dépasser la juxtaposition des égoïsmes nationaux pour chercher à construire un projet dans lequel les citoyens de l'UE pourraient être pleinement impliqués, comme bénéficiaires, voire même comme acteurs. Faute de projet, faute de vision, la citoyenneté européenne, tout comme l'Union, encourent le risque de l'immobilisme et du rempli sur une vision de l'UE, conçue comme un espace dédié aux normes économiques.

---

[507] 43% des citoyens de l'Union européenne se déclarent non satisfaits du fonctionnement de la démocratie européenne. « Une analyse dans le temps montre que ce jugement sur le fonctionnement de la démocratie dans l'Union européenne s'est dégradé de manière importante à partir de l'automne 2009 » : J. ZAÏC, « Résorber la fracture démocratique dans l'Union européenne », Fondation Schuman. *Questions d'Europe,* n° 333, 17 novembre 2014, p. 4. L'auteur note par ailleurs que « la confiance dans l'Union européenne et l'ensemble de ses institutions n'a jamais été aussi faible qu'actuellement » (p. 5).

[508] 52% des citoyens de l'Union pensent que leur voix n'est pas prise en compte dans l'Union. Par ailleurs, la perception du Parlement européen et de la façon dont celui-ci prend en compte la voix des citoyens s'est également fortement dégradée. *Idem* p. 8 et 9.

[509] D. SCHNAPPER, « Citoyenneté de l'Union », *in* Y. BERTONCINI *et al.* (dir.), *Dictionnaire critique de l'Union européenne*, Armand Colin, p. 49 et 50.

[510] J. ZAÏC, *op. cit.*, p. 16.

La Revue
" A qui profite le droit ? "
Numéro 11 - Juin 2017

LA CONTRACTUALISATION DE LA PRODUCTION NORMATIVE EN DROIT DE LA FAMILLE ET EN DROIT DES PERSONNES : INCIDENCES SUR LA THEORIE GENERALE DU CONTRAT

*Jennifer **EXBRAYAT**,*
doctorante en droit privé, ED 245, ATER, Université Clermont Auvergne

« *Le contrat aujourd'hui se mêle de tout et s'emmêle dans tout* »[511]

Traditionnellement fondé sur l'autonomie de la volonté, le contrat est pendant longtemps apparu comme l'outil par excellence d'organisation des échanges patrimoniaux entre individus. Fruit de la liberté et de l'égalité - tout le monde connaît en effet la célèbre formule de FOUILLE selon laquelle « *qui dit contractuel dit juste* » - le contrat a ainsi prospéré et s'est étendu à des domaines traditionnellement emprunts d'ordre public. Cette promotion de l'outil contractuel a pu être perçue comme un phénomène de contractualisation de la société, le contrat prenant ainsi le pas sur la loi[512].

Ce phénomène de contractualisation du droit semble donc faire référence à « *un contrat conquérant* »[513], la contractualisation étant alors entendue par certains comme le signe du déclin de l'Etat providence[514] et comme la conséquence de la perte de légitimité de la loi dans ses formes traditionnelles. Propulsée par un individualisme croissant, elle serait ainsi synonyme d'extension du contrat et de recul corrélatif de la loi[515]. Autrement dit, constater un phénomène de contractualisation, c'est pouvoir affirmer que « *la part des liens prescrits régresse au profit des liens consentis.* »[516].

Constatant cette progression des accords de volonté dans ces pans du droit, certains auteurs ont alors évoqué « *le passage d'une normativité autoritaire à une normativité contractuelle* »[517], cet intérêt pour le mécanisme contractuel pouvant dès lors se justifier eu égard aux vertus traditionnelles attachées au contrat. Celui-ci serait en effet l'outil de liberté[518] et d'égalité par excellence, et s'opposerait ainsi à la loi jugée contraignante et inégalitaire[519].

---

[511] M. MEKKI, paraphrasant A. SUPIOT à propos de l'État : *Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat*, in *La contractualisation de la production normative*, Thèmes et Commentaires, Actes, Dalloz, 2008, p. 323.

[512] Plusieurs auteurs ont constaté un tel phénomène de contractualisation, même si celui-ci semble devoir être relativisé pour deux raisons : d'une part, les accords de volonté ont par le passé déjà pu prospérer en ces domaines et, d'autre part, certains accords rattachés à ce phénomène semblent n'avoir du contrat que le nom. Pour une étude du phénomène de contractualisation, v. notamment D. FENOUILLET, *La contractualisation ou institutionnalisation des activités privées ?*, in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, (dir.) B. BASDEVANT-GAUDEMET, LGDJ, 2004, p.103 ; *Approche critique de la contractualisation*, (dir.) S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, Droit et Société, Recherches et travaux n° 16, LGDJ, 2007 ; *Approche renouvelée de la contractualisation*, (dir.) S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, PUAM, 2007 ; *La contractualisation de la famille*, (dir.) D. FENOUILLET et P. de VAREILLES-SOMMIERE, Economica, 2001.

[513] M. GRIMALDI, « Succession et contrat », in *La contractualisation de la famille*, p. 197.

[514] S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, « Introduction », in *Approche critique de la contractualisation*, *op. cit.*, p. 9.

[515] Ce phénomène de contractualisation du droit serait une nouvelle manifestation de « la loi historique dégagée par Summer Maine : du statut au contrat », v. en ce sens L. LEVENEUR, *Introduction*, in *La contractualisation de la famille,* (dir.) D. FENOUILLET et P. de VAREILLES-SOMMIERES, Economica, 2001 p. 7.

[516] A. SUPIOT, *La contractualisation de la société, intervention à l'Université de tous les savoirs* », in Y. MICHAUD (dir.), *Qu'est-ce que l'humain ?*, vol. 2, Odile Jacob 2000, p. 157.

[517] N. DION, *L'aventure de la médiation*, LPA n° 150, 29 juillet 2003 ; de même, a été évoquée l'idée d'une « contractualisation de la production normative », v. en ce sens l'ouvrage collectif *La contractualisation de la production normative*, (dir.) S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, *op. cit*.

[518] P.-Y. VERKINDT, *Derrière le contrat, le lien*, Préface, in *Approche critique de la contractualisation*, Droit et Société, Recherches et Travaux, LGDJ, 2007, *op. cit*. p. 7.

[519] V. sur ce point J. CHEVALLIER, *Conclusion*, in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, *op. cit*., p. 183, selon lequel le contrat et l'institution sont *a priori* deux notions « antithétiques ».

Ainsi, il semble être « *un préjugé tenace selon lequel le contrat est un élément étranger et perturbateur de l'institution familiale* »[520]. Il est intéressant en effet de constater « *que le contrat n'est pas étranger* » au droit de la famille et au droit des personnes et qu'il aurait même « *vocation à s'y développer* »[521].

Toutefois, si ces nouveaux accords de volonté semblent susceptibles de pouvoir être qualifiés de contrats, leur régime juridique semble cependant très éloigné du modèle de droit commun civiliste, la prise en charge contractuelle des questions qui relevaient traditionnellement de l'hétéronomie influant nécessairement sur la structure de ces accords. Il n'est en effet pas douteux que l'objet sur lequel ils portent n'est indifférent ni à leur nature, ni au caractère dérogatoire de leur régime juridique. La loi ne saurait en effet raisonnablement abandonner une liberté souveraine aux individus en ces domaines, tant eu égard au rôle social que joue la famille qu'à la nécessité pour l'État de garantir les droits les plus fondamentaux des individus.

Cette persistance de l'institutionnel au sein de ces accords de volonté est l'une des raisons principales permettant de douter de leur caractère contractuel. Or, pour pouvoir valablement parler de contractualisation ou de normativité contractuelle, il faut pouvoir identifier des contrats, et il sera donc nécessaire de déterminer la qualification juridique de ceux-ci. Cette étude n'aura toutefois pas pour ambition d'établir une « *cartographie* »[522] complète « *des conquêtes du contrat en matière familiale* » et en droit des personnes, mais bien plutôt d'analyser ces accords de volonté dans leur ensemble afin de déterminer si un certain particularisme commun existe et s'il peut raisonnablement être qualifié de contractuel **(I)**, puis, le cas échéant, quelles en sont les incidences sur la théorie générale du contrat et le contrat lui-même, si incidences il y a bien évidemment **(II)**.

I. LA QUALIFICATION JURIDIQUE DES ACCORDS DE VOLONTE : CONTRAT OU INSTITUTION ?

Le droit de la famille et le droit des personnes se sont enrichis ces dernières années de manifestations de volontés insolites. Le droit a en effet abandonné de plus en plus de place aux accords de volontés, supplantant les règles traditionnelles d'ordre public. Le principe d'indissolubilité du mariage a ainsi été balayé par l'ouverture aux couples mariés des divorces, de même que la règle d'ordre public de la puissance paternelle a été remplacée par le régime de l'autorité parentale, essentiellement basé sur l'accord des parents[523]. Il en va de même s'agissant du principe d'indisponibilité de l'état des personnes avec notamment les divers accords portant sur le nom de famille[524].

Si l'emprise des volontés individuelles s'est ainsi sensiblement accrue ces dernières années, celle-ci ne saurait cependant être regardée comme autonome et souveraine. Une large part des accords rattachés au mouvement de contractualisation semble ainsi ne répondre que de loin aux standards de droit commun du modèle contractuel civiliste : « *qui dit volontaire ne dit pas contractuel* »[525].Une partie de la doctrine

[520] A.-M. LEROYER, *Autorité parentale et contrat*, in *La contractualisation de la famille*, Economica, *op. cit.*, p. 153.
[521] A.-M. LEROYER, *op. cit.*, p. 155.
[522] Pour reprendre l'expression du Professeur LEVENEUR, *Introduction*, in *La contractualisation de la famille,* (dir.) D. FENOUILLET et P. de VAREILLES-SOMMIERES, Economica, 2001, *op. cit*. p. 9.
[523] H. INCOLLINCO-MONA, *La normativité et le droit de la famille*, thèse, 2000, sous la dir. d'Elizabeth Paillet, p. 199, n° 314.
[524] Traditionnellement, l'enfant se voyait automatiquement attribuer le nom du père. Ce principe institutionnel traduisait l'ancienne puissance paternelle et rattachait ainsi le nom à la filiation paternelle (sauf exceptions telle la dation de nom au profit de l'enfant adopté par le conjoint.). Désireux d'asseoir encore davantage l'égalité homme-femme au sein des couples, le législateur a remis en cause ce principe par une loi du 4 mars 2002, réformée par une loi du 18 juin 2003, en lui conférant un caractère simplement supplétif.
[525] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation*, in *Approche critique de la contractualisation*, (dir.) S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ), LGDJ, juillet 2007, *op. cit*. p.168.

leur a ainsi dénié toute valeur contractuelle en raison de l'omniprésence institutionnelle[526].

Aussi, afin de déterminer la nature juridique de ces accords, et en l'absence de consensus doctrinal en la matière, une mise en lumière des causes de ces divergences **(A)** doit nous permettre de nous détacher de la figure contractuelle de droit commun afin de leur reconnaître une nature hybride **(B).**

A. La confrontation des approches contractuelle et institutionnelle des accords de volonté

« *Le contrat étant traditionnellement défini, selon la formule de Pothier reprise par le* Code civil*, comme un accord de deux ou plusieurs personnes en vue de faire naître une ou plusieurs obligations* »[527], on constate que les accords rattachés au phénomène de contractualisation du droit de la famille et du droit des personnes se voient rejetés de la sphère contractuelle par une partie de la doctrine[528] **(1)** faute de pouvoir retrouver en eux la figure contractuelle de droit commun **(2)**.

1. La difficile qualification contractuelle des accords de volontés

Deux arguments principaux sont régulièrement avancés pour justifier cette exclusion. D'une part, certains accords n'auraient de contractuel que le consentement, puisque les accords de volonté échappent ensuite aux caractéristiques traditionnelles contractuelles. En effet, une partie de ces accords échappent à la force obligatoire des conventions en étant soumis à l'homologation judiciaire[529] ou devant être reçus par un officier de l'état civil[530]. De même, la liberté contractuelle est parfois également restreinte, lorsque les parties n'ont aucune prise sur le contenu de l'accord[531]. Certains auteurs ont en effet pu affirmer que les accords ainsi reçus dans ces pans du droit ne sont en réalité pas de vrais contrats dominés par la liberté contractuelle, mais de simples statuts impérativement encadrés par la loi, tant dans leur formation que dans leurs effets[532]. Parfois c'est la conclusion même de l'accord qui est imposée par la loi[533]. Enfin, bien souvent le traditionnel principe du consensualisme se trouve chassé par un formalisme de plus en plus prégnant, qu'il soit requis « *ad validitatem (…) ou ad probationem* »[534].

D'autre part, certains accords sont également exclus en ce qu'ils ne créeraient aucune obligation nouvelle ; ils sont alors seulement perçus comme de simples moyens d'obtenir l'adhésion des individus aux dispositions légales[535].

---

[526] V. notamment sur ce point D. FENOUILLET, *La contractualisation de la famille ?,* in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, (dir.) B. BASDEVANT-GAUDEMET), LGDJ, Systèmes, 2004, *op. cit.*, p. 105.
[527] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation*, in *Approche critique de la contractualisation*, *op. cit.*, p. 173.
[528] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *op. cit.*, p. 173 et s.
[529] Il en va notamment ainsi de la convention de divorce ou de séparation de corps, ou encore de l'adoption.
[530] Il en va notamment ainsi du PACS ou encore du nom de famille.
[531] Il en va notamment ainsi du mariage, ou encore du Pacs.
[532] D. FENOUILLET, *La contractualisation de la famille ?*, in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, *op. cit.*, p. 107 ; v. également M.-A. FRISON-ROCHE à propos des droits d'accès, *Régulation et contrat : présentation du thème et synthèse du 11e forum de la régulation*, LPA, 03 mai 2005, n° 87, p. 3 selon qui certains contrats sont « si contraints, non seulement économiquement mais encore et surtout parce qu'ils ne sont que le mode de concrétisation de prérogatives légales (…), qu'en est dénaturé l'ordinaire du contrat ».
[533] Il en allait notamment ainsi s'agissant du contrat de responsabilité parentale où le refus de signature de celui-ci a pour effet d'entraîner la perte du bénéfice des prestations familiales. De même, s'agissant d'une mesure d'accompagnement social personnalisée, si le majeur refuse ou ne respecte pas le contrat, et qu'il n'a pas payé son loyer depuis 2 mois, le président du conseil général peut demander au juge d'instance que les prestations sociales soient directement versées au bailleur à hauteur du loyer et des charges dues.
[534] P. PUIG, *Le transfert au contrat des exigences de formulation d'une source normative*, in *La contractualisation de la production normative* p. 291.
[535] Il en est notamment ainsi dans le contrat de responsabilité parentale. V. notamment : F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *La contractualisation, entre leurre et instrumentalisation*, in *Approche critique de la contractualisation*, *op. cit.*, p. 178.

Néanmoins, rejeter de manière systématique de tels accords de la sphère contractuelle c'est oublier que « *tout n'est pas contractuel dans le contrat* »[536], et que l'ouverture à la volonté individuelle de domaines traditionnellement soumis à l'ordre public a pour nécessaire corollaire le maintien d'une large part d'institutionnel afin d'orienter et encadrer la volonté des individus, tant pour préserver la fonction sociale de la famille[537], que pour garantir certains intérêts et droits jugés fondamentaux.

2. L'intrusion de l'institutionnel dans la sphère contractuelle

Le mythe de l'égalité des contractants, ayant conduit à la multiplication des relations contractuelles déséquilibrées[538], a conduit le législateur à intervenir de manière de plus en plus marquée au sein de ces accords. L'institutionnel intervient ainsi dans la sphère contractuelle afin de rétablir un certain équilibre contractuel mais également afin de s'assurer de la conformité des intérêts privés à l'intérêt général. Ce mouvement de contractualisation semble alors nous inviter « *à reconsidérer le concept même de contrat et s'émanciper de la figure contractuelle dessinée par le* Code civil »[539].

Approuvant en ce sens l'approche des Professeurs ANCEL et JAMIN selon lesquels la notion de contrat, à l'instar de bien d'autres notions cardinales de notre droit[540], est nécessairement « *relative* » et « *évolutive* », nous verrons que les accords en droit des personnes ont une nature juridique hybride imposée par leur domaine d'élection et la spécificité de leur objet.

B. Nature juridique hybride des accords de volontés

Admettre que ce phénomène de contractualisation du droit de la famille et du droit des personnes puisse entraîner dans son sillage des contrats éloignés du modèle traditionnel, c'est avant tout accepter que « *la notion de contrat n'est pas une essence, un modèle éternel, figé une fois pour toutes* »[541]. Il n'est en effet pas douteux qu'à l'instar de toutes les théories générales, celle du contrat soit perméable aux évolutions de notre société rendant alors compte de mouvements majeurs nouveaux.

Toutefois, une telle acception ne saurait permettre l'admission de n'importe quel type d'accord de volontés dans la sphère contractuelle civiliste[542]. Pour déceler parmi ces nouveaux avatars lesquels méritent une telle qualification, il convient de déterminer en premier quels sont les substrats minimums devant être identifiés pour que la figure contractuelle puisse être retenue, puis il conviendra d'exposer les spécificités de ces nouveaux accords eu égard à la théorie traditionnelle civiliste. Nous verrons alors émerger une nature hybride attachée à ces accords, mi-contractuelle, mi-institutionnelle.

---

[536] E. DURKHEIM, *De la Division du travail social,* 1893, p. 189.
[537] La nécessité de maintenir le caractère institutionnel de la famille a été défendue par une large part de la doctrine. Il a en effet été constaté que « le désordre dans la société provient du désordre dans la famille », H. INCOLLINCO-MONA, *La normativité et le droit de la famille*, thèse Toulon, 2000, *op. cit*., p. 7, n° 1.
[538] Une telle inégalité est particulièrement notable au sein du couple ou des relations de parenté où l'égalité n'est qu'illusion : v. en ce sens D. FENOUILLET, *La contractualisation de la famille* ?, in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, *op. cit*., pp. 116-117.
[539] S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, *Synthèse générale*, in *La contractualisation de la production normative*, op.cit., 5.
[540] Cette relativité et cette évolutivité sont aussi caractéristiques de la notion de dignité de la personne humaine, et en font une notion perméable aux évolutions de la société.
[541] P. ANCEL, *L'accroissement de la place de l'unilatéralité dans le contrat ?, in La contractualisation de la production normative*, op.cit., p. 309.
[542] V. sur ce point P. ANCEL, *op. cit*., p.310.

1. La recherche des substrats minimums du contrat

En prenant pour fil d'Ariane la définition du contrat selon laquelle celui-ci est un accord de volontés générateur d'obligations juridiques, les substrats minimums devant être identifiés afin que la qualification contractuelle puisse être retenue, sont un accord de volontés, ainsi qu'une force obligatoire. Toutefois, la théorie civiliste du contrat, telle que résultant des dispositions du *Code civil* de 1804, étant largement fondée sur le principe de l'autonomie de la volonté, certains auteurs ont alors avancé la nécessité que les parties disposent également d'un minimum de liberté contractuelle.

Tout d'abord, si le consentement[543] existe effectivement, sa normativité semble en revanche devoir être remise en cause dans certains accords en l'absence de toute obligatoriété apparente. Une partie de la doctrine a ainsi rejeté toute valeur contractuelle aux accords en matière d'autorité parentale, constatant leur absence de force obligatoire avant l'intervention du juge et leur homologation[544]. S'il apparaît ainsi difficilement contestable que ces accords ne sont que très rarement générateurs par eux-mêmes d'une force obligatoire effective, celle-ci semble en revanche pouvoir être décelée dans d'autres éléments extérieurs au contrat[545]. Certains auteurs ont ainsi trouvé cette force obligatoire dans l'acte juridictionnel qu'est l'homologation, tandis que d'autres l'ont identifiée dans la cause de l'acte, et plus particulièrement dans l'intérêt de l'enfant, celui-ci étant alors perçu comme la cause justificative de leur force obligatoire[546].

Bien évidemment une telle analyse suppose de se détacher de la conception classique de la force obligatoire, à savoir celle selon laquelle le contrat tire sa force de la volonté des parties[547]. Une telle approche semble cependant indispensable à l'analyse des accords se développant dans des champs juridiques traditionnellement soumis à l'ordre public de direction[548]. L'édifice contractuel ne saurait en effet prospérer raisonnablement en ces lieux sans une instance chargée de garantir sa validité et son effectivité.

Ensuite, le rejet de la qualification contractuelle de ces accords a également été justifié par certains auteurs en considération du peu de place offerte à la liberté individuelle. Comme nous l'avons en effet évoqué plus en amont, la liberté contractuelle semble se heurter au pouvoir du juge de contrôler[549] ces accords. Néanmoins, il nous semble possible de considérer l'homologation, non comme une atteinte à la liberté contractuelle, mais bien plutôt comme un vecteur d'épanouissement des individus en légitimant

---

[543] Le consentement est bel et bien présent, et même de plus en plus présent. Il s'avère même parfois bien plus consistant que dans le droit commun des contrats. Outre la manifestation d'une liberté individuelle qu'il traduit, il traduit également le signe d'un « engagement personnel et responsable dans l'acte consenti ». Il dépasse dès lors le simple cadre de l'« autorisation » ou de l'accord : v. sur ce point H. INCOLLINCO-MONA, thèse, préc., pp. 266-267, n° 425-426.

[544] V. en ce sens F. DEKEUWER, *La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation*, in *Approche critique de la contractualisation*, *op. cit.*, p. 174.

[545] A.-M. LEROYER, *Autorité parentale et contrat*, in *La contractualisation de la famille*, *op. cit.*, p. 154 et s. Pour cet auteur, il est manifeste que ces accords de volontés sont dotés d'une force obligatoire. Celle-ci est cependant particulière « puisque la seule volonté des parents est impuissante à la faire naître. Il existe ainsi des accords de volonté engageant leurs auteurs, non sur la seule puissance de leur volonté, mais sur la foi d'éléments extérieurs ». Certains auteurs ont également pu considérer que ces accords parentaux étaient effectivement obligatoires, mais concèdent qu'aucune possibilité d'exécution forcée n'existe tant que les pactes n'ont pas été homologués : v. en ce sens F. DEKEUWER, *op. cit*. p. 174, note 31, citant M. REBOURG, *Les conventions homologuées en matière d'autorité parentale et d'entretien d'enfant*, Dr. Fam., 2004, note 17.

[546] V. sur ce point : A.-M. LEROYER, *op. cit.*, p. 169.

[547] Il est à noter que certains accords, particulièrement les conventions définitives de divorce par consentement mutuel, sont même dotés, « après homologation, d'une résistance inouïe » : L. LEVENEUR, *Introduction*, in *La contractualisation de la famille*, *op. cit.*, p. 9.

[548] Il semble dès lors indispensable de se détacher de l'éminence créatrice de la volonté individuelle. Certains auteurs ont par ailleurs déjà pu relever un tél détachement : D. R. MARTIN, *Régimes matrimoniaux et contrat*, in *La contractualisation de la famille*, *op. cit.*, p. 185) Cet auteur indique que l' « on est bien revenu aujourd'hui de l'éminence créatrice de la volonté individuelle », et insiste sur la nécessité pour le contrat d'être reçu par le droit objectif.

[549] Le juge est en effet appelé à opérer un contrôle des choix contractuels des parties, tant au regard de la conformité à l'ordre public, que de l'équilibre contractuel de l'accord.

l'intrusion contractuelle dans des matières traditionnellement hors de portée de la volonté[550].

En revanche, la liberté contractuelle semble être inexistante lorsque la conclusion de l'accord est imposée aux individus par la loi. Il en va notamment ainsi du contrat de responsabilité parentale[551], son défaut de signature entraînant la suppression du versement des allocations familiales. Autrement dit, le consentement ne serait ici synonyme que d'un acquiescement des individus à l'applicabilité de la loi, n'emportant la création d'aucune obligation nouvelle[552], mais permettant simplement le rappel aux individus d'obligations légales préexistantes[553].

D'une manière plus large, il semble devoir en être ainsi de l'ensemble des contrats à fonction pédagogique ayant pour ambition de soumettre plus aisément les individus au respect des règles légales[554]. Le Professeur MEKKI[555] indique ainsi s'agissant du contrat de responsabilité parentale que l'une de ses fonctions principales est la sensibilisation des individus afin de les confronter à leurs responsabilités. L'auteur y voit cependant la traduction du fameux « *pacta sunt servanda* », et concède donc une qualification contractuelle à cet accord. En revanche, il indique que ce type de contrat n'aurait qu'une fonction « *expressive* » et non « *normative* », en ce qu'il exprimerait simplement « *la règle de droit préexistante avec d'autres termes et par le biais d'un processus individualisé d'échange des consentements, le sujet de droit devenant ainsi gestionnaire de ses devoirs* ».

Enfin, la volonté individuelle semble, dans certains accords, se limiter à la possibilité d'adhérer ou non à un statut légal. On rejoint alors notamment le débat opposant le « mariage-contrat » et le « mariage-institution ». Si la notion de « mariage-contrat »[556] a triomphé sous l'égide du *Code* de 1804, l'organisation de cette union ne repose cependant pas entièrement sur le mécanisme contractuel, la loi prescrivant en effet certains devoirs impératifs aux époux. Nul ne doutera alors que le mariage se détache de l'ordinaire contractuel : en engendrant plus que « *de simples rapports de créancier à débiteur* », il instaure alors une véritable famille[557].

Le même débat s'est élevé s'agissant du PACS. Ce mécanisme, identique au mariage en ce qu'il repose sur un accord de volontés fondateur de nature contractuelle et un contenu impérativement défini par la loi, a été présenté comme « *une avancée du champ contractuel dans l'ordre familial*. »[558]. Même si la liberté contractuelle se limite ici à l'adhésion à un statut prédéfini, le PACS a été perçu par certains comme un mécanisme permettant de légitimer socialement le « *pluralisme conjugal* »[559]. Ce pacte entraînerait ainsi une institutionnalisation du couple non marié.

---

[550] V. en ce sens S. CHASSAGNAR-PINET et D. HIEZ, *Synthèse générale*, in *La contractualisation de la production normative, op. cit*., p. 60.

[551] Ce contrat entraîne une immixtion du président du Conseil général dans un domaine habituellement réservé aux parents, à savoir l'autorité parentale. V. en ce sens S. LAMBERT, *Le nouveau contrat de responsabilité parentale : où l'autorité de l'Etat prend le relais de l'autorité parentale*, Droit de la famille, juin 2007, étude 25.

[552] Si ce contrat « crée une règle, (il) ne crée pas de nouvelles obligations. » : S. CHASSAGNARD et D. HIEZ, *Synthèse générale*, in *La contractualisation de la production normative*, *op. cit*., p. 19.

[553] V. en ce sens P. ANCEL, préc., pp. 319-320. Cet auteur constate ainsi que dans ce type d'accords, la bilatéralité n'est qu'illusoire.

[554] V. sur ce point P. ANCEL, préc., p. 319, renvoyant à J. ROCHEFELD, auteur à qui l'on doit la paternité de cette expression : J. ROCHEFELD, RDC 2005. 257 et RDC 2006.

[555] M. MEKKI, *Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat*, in *La contractualisation de la production normative*, Thèmes et Commentaires, Actes, Dalloz, 2008, *op. cit*., pp. 340-341.

[556] Initialement, ceux qui généralisèrent le qualificatif contrat à propos du mariage le firent « afin de favoriser la sécularisation » de celui-ci, « plus que pour insister sur son caractère contractuel » ; le contrat étant alors opposé à l'idée de sacrement et non à celle d'institution : v. B. BASDEVANT-GAUDEMET, *Contrat ou institution : un enjeu de société,* LGDJ, 2004, pp. 7-8.

[557] J. CARBONNIER, *La famille*, 16e éd. n° 12, cité par L. LEVENEUR, *Introduction, La contractualisation de la famille*, *op. cit*., p. 7.

[558] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation*, in *Approche critique de la contractualisation*, *op. cit*., pp. 169-170.

[559] D. FENOUILLET, *Couple hors mariage et contrat*, in *La contractualisation de la famille* (dir.) D. FENOUILLET et P. de VAREILLES-SOMMIERES, Economica, 2001, p. 91.

Toutefois, comme l'a très justement démontré le Professeur MEKKI, bien plus qu'une institutionnalisation du couple non marié, le PACS entraînerait une *« institutionnalisation »* du contrat, consistant dès lors en la création d'une relation ou en l'organisation de celle-ci[560]. Autrement dit, le PACS[561], tout comme le mariage ou les divers accords relatifs à l'autorité parentale, institutionnalisent un lien personnel, mettant ainsi en lumière l'existence de contrats organisationnels au sein desquels le contractuel cohabite avec l'institutionnel.

2. L'existence d'une nature mixte des accords

Comme l'a très justement souligné le Professeur Hervé LECUYER, afin de dépasser l'opposition entre contrat et institution, il s'avère nécessaire de « *cesser de lire le droit des contrats à travers le prisme de la théorie de l'autonomie de la volonté* »[562]. On sait en effet que le *Code civil* ne l'a jamais expressément adoptée, et qu'elle semble ne pas avoir été initialement envisagée dans son sens le plus absolu.

Pour cet auteur, le mariage est un contrat spécial tirant sa grande spécificité du particularisme de son objet même et de sa cause. Il semble en être également ainsi de tous les accords de volontés fortement mâtinés de contrôles ou de dispositions obligatoires et échappant ainsi en tout ou partie à la volonté individuelle. Mais ce *« contrôle social »* semble pouvoir se justifier en considération du particularisme de l'objet de ces accords et de leurs domaines d'élection, légitimant ainsi « *l'irréductible dualité* »[563] à laquelle ils sont soumis.

Ces nouveaux avatars apparaissent ainsi comme des contrats réglementés, mi-contractuels, mi-institutionnels[564], comme peut l'être le contrat de société[565]. Cette « *hybridation* »[566] de l'acte contractuel tient d'une part à ses nouvelles terres d'élection, et d'autre part, selon certains, à la nouvelle fonction de pénétration de l'ordre social qu'il est possible de lui accoler[567]. La contractualisation de la production normative n'est dès lors pas sans incidences sur l'outil contractuel, et appelle même une réflexion nouvelle sur ses fondements.

---

[560] M. MEKKI, *op. cit*., p. 330.

[561] Certains auteurs distinguent cependant le PACS du mariage, ravivant « l'épineuse question de la définition de la famille. V. sur ce point L. LEVENEUR, *Introduction*, in *La contractualisation de la famille*, (dir.) D. FENOUILLET et P. de VAREILLES-SOMMIERES, Economica, 2001, *op. cit*., pp. 3-4.

[562] H. LECUYER, *Mariage et contrat*, in *La contractualisation de la famille*, *op. cit*., p. 60.

[563] Pour reprendre l'expression du Professeur H. LECUYER, *op. cit*., p. 61.

[564] La querelle soulevée entre le mariage-institution et le mariage-contrat a été résolue par l'adoption d'une conception mixte, mi-institutionnelle, mi-contractuelle. V. en ce sens L. LEVENEUR, *op. cit*., p. 7, renvoyant à PLANIOL et RIPPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 2, 2e éd. par Rouast, n° 69 ; D. MAZEAUD et L. LEVENEUR, H.L.J. MAZEAUD, *La famille*, 7e éd. par L. LEVENEUR, n° 711.

[565] La nature mixte du contrat de société a été mise en lumière par une partie de la doctrine. V. notamment sur ce point l'analyse du Professeur MAY, *La société, contrat ou institution ?,* in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, op.cit., p. 142.

[566] V. notamment sur cette figure de l'hybridation, A. SUPIOT*, Le Monde 7 mars 2000*, pour qui la contractualisation est le « symptôme de l'hybridation de la loi et du contrat. ».

[567] V. en ce sens F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation*, in *Approche critique de la contractualisation*, (dir.) S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ), LGDJ, juillet 2007, *op. cit*. p.168, constatant que la contractualisation permet de faire pénétrer plus facilement l'ordre social dans les familles ; v. aussi sur ce point S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, *Synthèse générale*, in *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p.4, selon lesquels sous l'effet du mouvement de contractualisation de la société, le contrat se trouve « investi d'une fonction normative ».

II. LA CONTRACTUALISATION DE LA PRODUCTION NORMATIVE : INCIDENCES SUR LE CONTRAT

Le contexte institutionnel du développement de la contractualisation a permis l'émergence de modes « *non autoritaires de direction des conduites* »[568]. Il est dès lors fait plus de place à la régulation privée, et donc au contrat, de même que la régulation publique semble davantage mobiliser les techniques contractuelles afin d'agir sur les comportements sociaux[569]. Evoquer ainsi aujourd'hui le passage d'une normativité autoritaire à une normativité contractuelle en droit de la famille et en droit des personnes c'est ainsi « *souligner la réhabilitation du contrat comme mode de production normative* »[570].

Toutefois, cette nouvelle fonction normative, ou quasi-normative du contrat[571] n'est pas sans incidence sur celui-ci, puisque tant sa physionomie que sa fonction s'en trouvent impactées. Mais « *si un mouvement de contractualisation souffle n'est-il donc pas normal qu'il puisse alors favoriser une respiration nouvelle ?* » [572]. Ce souffle nouveau semble pouvoir se déceler dans l'interaction nouvelle entre l'autonomie et l'hétéronomie au sein du mécanisme contractuel.

On ne cesse en effet de constater la nécessité pour l'institutionnel d'être soumis à l'approbation consensuelle des individus, tandis que les rapports privés se trouvent de plus en plus largement placés sous le signe de la contrainte institutionnelle. Ainsi, tandis que le contrat semble de plus en plus échapper à toute négociation, la loi semble quant à elle de plus en plus proposée et non imposée *ab initio*. Autrement dit, la loi se contractualise[573] tandis que le contrat s'institutionnalise ou plus précisément, s'objectivise. Les univers contractuel et institutionnel ne sauraient dès lors raisonnablement encore « *être regardés comme séparés par des cloisons étanches.* »[574]. L'hybridation de la loi et du contrat qui en résulte a certes impacté sa physionomie traditionnelle **(B)**, mais elle a en revanche permis une diversification des fonctions du contrat **(A)**. Une fois ces deux aspects étudiés, il conviendra de voir si l'émergence de ce nouveau paradigme peut raisonnablement constituer un mode de production normative efficiente permettant d'assurer le respect tant des intérêts individuels que celui de l'intérêt général.

A. La diversification des fonctions du contrat

Le droit apparaît aujourd'hui « *comme un droit éprouvé dans son efficacité et son effectivité* »[575]. Cette dégénérescence hétéronome, consécutive d'une perte de légitimité de la loi, a conduit les pouvoirs publics à conférer une place plus importante au contrat. Si nous pouvons raisonnablement supposer qu'une partie de la contractualisation du droit répond à un besoin d'autonomie croissant des individus, c'est en revanche avec certitude que nous pouvons affirmer que les autorités publiques ont trouvé dans le mécanisme contractuel un relais utile à la loi en raison de sa légitimité consensuelle.

---

[568] S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, *op. cit.*, p. 23, renvoyant à P. Amselek, *L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales*, RD publ., 1982, p. 275 s., spé. p. 289.
[569] V. en ce sens : J. CHEVALIER, *Contractualisation et régulation*, in *La contractualisation de la production normative*, *op. cit.*, p. 188.
[570] P. LOKIEC, précité, p. 95.
[571] V. en ce sens P. PUIG, *Le transfert au contrat des exigences de formulation d'une source normative*, in *La contractualisation de la production normative*, *op. cit.*, p.285-286.
[572] F. TERRE, *Rapport de synthèse*, in *La contractualisation de la famille*, p. 316.
[573] P. PUIG, *Le transfert au contrat des exigences de formulation d'une source normative*, in *La contractualisation de la production normative*, *op. cit.*, p. 287.
[574] J. CHEVALLIER, *Contractualisation et régulation*, in *La contractualisation de la production normative*, *op. cit.*, p. 184.
[575] H. INCOLLINCO-MONA, *op. cit.*, pp. 26-27, n° 35, s'appuyant sur l'article du Professeur J. CHEVALIER, *Vers un droit postmoderne* ?, in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 21 et s.

La contractualisation révèle ainsi le second versant du contrat : la possible soumission des individus à l'ordre social. Dès lors, même si la multiplication des contrats organisationnels mériterait d'être remarquée, c'est bien plutôt ce second point qui doit attirer toute notre attention dans le cadre de cette étude, tant il n'est en effet pas anodin de constater que le contrat devient un instrument de pénétration de l'ordre social **(1)**, conférant ainsi une légitimité nouvelle à la loi. **(2)**

1. Le contrat : un nouveau mécanisme au service de la régulation sociale

À côté de la traditionnelle fonction d'échange, le contrat devient un vecteur précieux de diffusion de l'ordre social, permettant ainsi aux pouvoirs publics d'encadrer les comportements sociaux et d'en prévenir les éventuelles conséquences néfastes. Il en va notamment ainsi lorsque les pouvoirs publics soumettent les parents d'un enfant en situation d'absentéisme scolaire à la signature d'un contrat de responsabilité parentale sous peine de perdre leurs droits aux allocations familiales. Un tel contrat permet ainsi à l'Etat de rappeler aux parents leurs obligations légales afin de prévenir l'insécurité due à la délinquance juvénile qui pourrait résulter d'une telle situation[576]. De même, en ayant ouvert la voie du divorce au consentement mutuel, l'Etat a ainsi joué la carte de l'apaisement des conflits en raison de la concordance des volontés des époux.

Le contrat n'est ainsi souvent rien d'autre qu'un instrument permettant d'obtenir que les particuliers, loin de s'opposer aux exigences de l'ordre public, se les approprient et organisent eux-mêmes leur soumission à ses prescriptions[577]. En ce sens, la réponse normative apportée au souhait croissant de liberté individuelle dans la création et l'organisation des liens familiaux et personnels « *semble se situer non dans un désengagement de l'Etat mais dans une transformation de son action sociale* »[578], familiale et individuelle. La contractualisation correspondrait ainsi à un nouveau registre de l'action étatique se fondant sur la négociation et le consensus plutôt que sur l'unilatéralisme et l'autorité[579]. Obtenir ainsi l'assentiment des parties à la règle de droit semble conférer une légitimité nouvelle à la loi.

2. Le contrat : vecteur d'une légitimité nouvelle de la loi

Sous l'effet de la contractualisation ont ainsi été constatés de « *nouveaux modes de l'action publique par lesquels les détenteurs d'autorité recherchent le consentement de ceux qui doivent observer les règles (…)* »[580]. L'accord de volonté faciliterait ainsi la prise de conscience des parties, laquelle aurait alors pour effet de réactiver la force obligatoire de l'accord[581]. D'aucuns parlent très justement à cet effet de "*contrat incantation*" ou de "*contrat alibi*"[582].

Toutefois, la référence ainsi faite au contrat « *n'est alors qu'une façon de parler, d'évoquer une certaine manière d'intégrer les destinataires et leurs intérêts propres dans l'élaboration de la règle* »[583]. Dès lors, plutôt que de se substituer purement à la loi, l'outil contractuel semble au contraire aujourd'hui être « *le*

[576] H. INCOLLINCO-MONA, *op. cit*., p. 90, n° 141.
[577] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation*, *op. cit*., p.168.
[578] H. INCOLLINCO-MONA, *La normativité et le droit de la famille*, thèse, *op. cit*., pp. 18-19, n° 20-22.
[579] L'émergence du contrat serait ainsi « le pendant d'une dégénérescence de la loi et de l'inadéquation de l'instrument législatif. ». S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, *Synthèse générale*, in *La contractualisation de la production normative op. cit*., p. 23.
[580] M.-A. FRISON-ROCHE, *Régulation et contrat : présentation du thème et synthèse du 11e forum de la régulation*, LPA, 03 mai 2005, n°87, p. 3.
[581] S. CHASSAGNARD et D. HIEZ, *Synthèse générale*, in *La contractualisation de la production normative*, *op. cit*., p. 19.
[582] Conseil d'Etat, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, *op. cit*., p. 138.
[583] M.-A. FRISON-ROCHE, op.cit., p. 6. Cette instrumentalisation du contrat met en lumière l'importance attachée « à la mystique contractuelle », P. ANCEL, *op. cit*., p. 317.

soutien » de la loi, « *en participant à sa mise en œuvre* »[584]. Certains auteurs[585] ont ainsi pu relever que la production normative se caractérisait bien plus par une « *interpénétration croissante des sources hétéronomes et autonomes du droit, par un enchevêtrement de la norme prescrite et de la norme convenue*, » l'une et l'autre pouvant être mobilisées au service d'un même projet normatif.

Le passage d'une normativité autoritaire à une normativité contractuelle semble ainsi avoir entraîné dans son sillage une réhabilitation de la volonté[586] comme mode de légitimation de la norme, renvoyant dès lors à une conception volontariste du contrat. En revanche, la conception autonomiste semble devoir être dépassée en considération du caractère fortement dérogatoire des accords de volonté en droit de la famille et en droit des personnes.

B. Les incidences sur la physionomie du contrat

En droit de la famille ainsi qu'en droit des personnes les parties se trouvent asservies à des objectifs supérieurs qui dépassent leurs intérêts individuels. Partant de cet impératif, le contrat s'objectivise **(1)** en ce qu'il contribue au maintien d'un bien commun. Mais nous verrons que cette utilité nouvelle a nécessairement un impact sur la physionomie traditionnelle du contrat **(2)**.

1. L'objectivation du contrat civiliste

Ce phénomène d'objectivation du mécanisme contractuel se traduit d'une part par l'encadrement et la moralisation des comportements contractuels et, d'autre part, par l'instrumentalisation des sources du droit. En effet, le recours croissant à la procédure contractuelle dans l'élaboration de la norme ne se traduit nullement par une liberté accrue et autonome des contractants. Bien au contraire, les conventions se trouvent soumises à un ensemble de normes encadrant et limitant la volonté individuelle. Le contrat apparaît ainsi comme un entrelacs de données objectives et subjectives, dans lequel la volonté des contractants ne peut prospérer efficacement que dans le cadre légitimé par le droit objectif. D'aucuns parlent d'ailleurs très justement à cet égard "*d'autonomie subordonnée de la volonté*"[587]. Le terme contrat en est ainsi venu à désigner toute une série de réalités nouvelles, notamment dans l'ordre rhétorique et symbolique[588], entraînant une inflexion certaine de la notion de contrat.

2. L'inflexion de la notion de contrat

Sous l'effet de la contractualisation, les volontés libres ne peuvent s'exercer au sein du droit de la famille et des personnes qu'à l'intérieur d'un cadre légal et prédéfini, les relations privées organisées par le contrat s'inscrivant nécessairement dans un contexte social et juridique qui les oriente et les contraint. Déjà DURKHEIM soulignait que "*tout n'est pas contractuel dans le contrat*" et ajoutait que "*pour que la force obligatoire du contrat soit entière, il ne suffit pas qu'il ait été l'objet d'un assentiment exprimé, il faut*

---

[584] S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ*, Synthèse générale*, *in La contractualisation de la production normative*, *op. cit*., p. 17 ; P. PUIG, *Le transfert au contrat des exigences de formulation d'une source normative*, in *La contractualisation de la production normative, op. cit*., p. 303, indiquant que « la loi contractualisée bénéficie parfois, grâce au relais contractuel, d'un surcroît d'obligatoriété. ». Et d'ajouter que le contrat devient le « stimulateur » de la loi.

[585] S. CHASSAGNARD et D. HIEZ, *op. cit*., p. 4.

[586] Toutefois, le consentement n'apparaît ici que comme facteur de détachement lequel se déroulera ensuite selon des modalités très strictes, voire formalistes, où les volontés individuelles n'ont pour ainsi dire pas de prise sur la détermination du contenu des obligations respectives de chacun. Comme pour l'expérimentation biomédicale, le don d'éléments corporels présuppose une manifestation de volontés, mais celle-ci ne déploie ses effets que dans un cadre légal extrêmement strict.

[587] E. DURKHEIM avait déjà souligné que tout n'était pas contractuel dans le contrat : E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, PUF, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1973, p. 189.

[588] F. COLLART-DUTILLEUIL, *Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique*?, In *La nouvelle crise du contrat*, (dir.) C. JAMIN et D. MAZEAUD, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2003, p.99 et s.

encore qu'il soit juste (...)". Cette exigence de justice contractuelle, comme celle du maintien du bien commun emporte la soumission de ces nouveaux accords à un régime juridique dérogatoire au droit commun. En ce sens, la conception autonomiste du contrat semble devoir être dépassée, ou à tout le moins, repensée[589]. La plupart d'entre eux sont en effet des contrats essentiellement formels, dérogeant au traditionnel consensualisme. De même, échappent-ils bien souvent à la force obligatoire[590], ou s'y trouvent soumis sur la foi d'éléments extérieurs à l'accord des parties. Beaucoup ne sont également que de simples contrats d'adhésion, leur contenu étant largement déterminé et imposé par le législateur.

L'ensemble de ces caractéristiques, parfois communes à différents contrats, semble confirmer la nécessité de dépasser le dogme de l'autonomie de la volonté dans une approche contemporaine du contrat, permettant ainsi au statut légal et à l'acte contractuel de ne plus être considérés comme antinomiques[591]. Aussi, bien plus que d'illustrer « *le mouvement de balancier* »[592] existant entre l'institutionnel et le contractuel, la contractualisation de la production normative a-t-elle pour effet d'établir un équilibre entre les deux, l'un ne l'emportant pas sur l'autre. Comme nous l'avons en effet dit plus en amont, la loi s'appuie désormais sur le contrat afin d'asseoir sa légitimité et faire pénétrer l'ordre social au sein des familles et du droit des personnes. A l'inverse, le contrat ne saurait raisonnablement prospérer en ces domaines traditionnellement emprunts d'ordre public, sans l'encadrement et le soutien de la loi. Ce changement de paradigme semble alors pouvoir être perçu comme un nouveau mode de production normative efficient, associant autonomie et contrainte, accompagnement et encadrement, bilatéralité et unilatéralité, permettant d'une part l'expansion de la procédure contractuelle et de la volonté en des domaines traditionnellement hors de portée de celles-ci et, d'autre part, la réhabilitation de la légitimité de la loi. Peut-être est-ce là, finalement, le meilleur moyen pour qu'aucun d'entre eux ne décline à nouveau.

---

[589] Certains auteurs évoque par ailleurs déjà l'idée de « mythe » de l'autonomie de la volonté : D. FENOUILLET, *La contractualisation ou institutionnalisation des activités privées ?*, in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, (dir.) B. BASDEVANT-GAUDEMET, LGDJ, 2004, *op. cit.*, p. 106.

[590] « Le sacro-saint principe de la force obligatoire » ne semble dès lors plus devoir « faire l'objet d'un culte dévot. » : D. MAZEAUD, *Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin?,* in *La nouvelle crise du contrat*, (dir.) C. JAMIN et D. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 136.

[591] D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. 105

[592] B. BASDEVANT-GAUDEMET, *Avant-propos*, in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, *op. cit.*, p. 4.

La Revue
" A qui profite le droit ? "
Numéro 11 - Juin 2017

Verdict

Rapport de synthèse

*Hervé **LECUYER**,*[593]
Professeur de droit privé et de sciences criminelles,
Université Paris 2 Panthéon-Assas

Un procès, articulé en un réquisitoire contre le Droit, réquisitoire qui prit les traits des Présidents de séances Charles-André DUBREUIL et Frédéric BUY, les ROBESPIERRE auvergnats, et un plaidoyer, sous la férule des Présidents Ronan RAFFRAY et Florence FABRON-TOURETTE, les TRONCHET et SEZE Clermontois…

Un procès, puis une sentence…

Le décor a été parfaitement planté par Monsieur Nicolas GRAS, ouvrant cette magnifique journée au nom et pour le compte de l'Association des Doctorants Clermontois.
Madame le Doyen a rendu un très bel hommage à l'Association. Et l'on discute encore de la fictivité ou de la réalité des personnes morales ? Cette personne morale-là est faite de chair et d'intelligence et elle nous offrit ce superbe mais complexe thème.
Que l'Association accepte ma reconnaissance et mes plus vives félicitations. L'avenir de l'Université sera rayonnant, entre des mains comme celles-ci…
Félicitations, mais aussi réprimandes. Comment, à partir d'un simple clin d'œil (à qui profite le crime, à qui profite le droit…), donner au juriste un tel vertige ?
Surtout que, l'identification du sujet dans le second cas est bien plus difficile que dans le premier.
À qui profite le crime ? À celui qui l'a commis ou qui l'a commandité.
À qui profite le droit ? À celui qui l'engendre ? Peut-être, sans doute. Mais en isolant celui-là, on n'épuise sûrement pas le sujet…

Voici venue le temps de la synthèse… La synthèse, était la deuxième partie obligée des thèses des docteurs du Moyen Age, évoqués par Luc GRYNBAUM ce matin. Le plan analyse-synthèse était un plan imposé ; il est facultatif pour les thésards contemporains mais il est un de ces thésards qui l'a sublimement réhabilité. La synthèse, c'est aussi la seconde partie de la thèse de Jean CARBONNIER.

Nous pourrions dire que **la synthèse** est proprement et essentiellement la reconstitution des éléments en un composé à l'inverse de **l'analyse, qui** est la résolution du composé en ses éléments.
La synthèse est un art qui participe aussi d'une théorie des sciences, par laquelle on peut réconcilier sciences dures et sciences humaines.
Le chimiste voit dans la synthèse la réunion de corps simples pour former des composés, ou de corps composés pour en former d'autres, d'une composition plus complexe.
Le philosophe voit, quant à lui, dans la synthèse, l'opération mentale par laquelle on construit un système.
Le juriste qui opère la synthèse est à la fois chimiste et philosophe. Il réunit et compose un système. Merci RIVERO (cité ce matin par Grégory HOUILLON), pour cette apologie pour les faiseurs de système. Et ce système est un composé de réponses, pour reprendre la pensée profonde de Christian ATTIAS qui nous a

[593]La présente contribution est une simple traduction écrite de l'intervention orale.

été rappelée ce matin par les doctorants.

S'essayerait-on à systématiser le thème qui fut labouré aujourd'hui, il faudrait, sans doute, partir des mots, de ceux qui composent l'intitulé qui fit le lien de toutes les interventions aujourd'hui.

A qui profite le droit ? CARBONNIER, dans son ouvrage de droit des biens, se livra à la glose de l'article 544, décortiquant le texte mot à mot. Tentons, pour une première approche, cet exercice.
À qui ?
Qui interrogatif, c'est quelle personne ?
Le sujet de notre sujet, est un sujet, non un objet.
Le sujet est un homme. A qui, ce n'est pas A quoi…
Le quoi interrogatif veut dire : quelle chose ?

On aurait pu réfléchir sur ce thème : à quoi profite le droit ? Aux bonbons au chocolat si cher à Jean-Luc ALBERT, ceux définis de manière délirante par la loi fiscale, et décris de manière désopilante par le narrateur ? Le droit ne pourrait-il être vu comme servant des objets, des causes, des non-personnes ? Des institutions, des idées, des idéologies, des philosophies… Il n'est pas besoin d'aller jusqu'à Chicago, par exemple, pour trouver l'idée – fausse mais répandue – que le droit est au service de l'économie. Le droit sert à l'économie, Catherine PRIETO nous en a une nouvelle fois pleinement convaincu ; il n'est pas au service de l'économie.

Ce qui est très intéressant, c'est que le français nous enferme dans une alternative :
Qui – Quoi ? L'être *versus* la chose. Le sujet contre l'objet.
Et pourtant, et si le droit profitait à des non sujets et des non objets ?
Peut-on sortir de l'alternative ? Songeons, à la façon dont le droit appréhende, depuis le mois dernier, l'animal. L'animal être sensible, jusque dans le *Code civ*il, que l'on entend extirper de la catégorie des choses mais sans nécessairement le projeter dans la catégorie des personnes… L'animal trouvera-t-il une place entre qui et quoi ? Le vocabulaire est à inventer.

A qui… Littré nous indique que le « **Qui » interrogatif** est toujours du masculin… Mais toujours n'est pas français et La Fontaine l'a accommodé au féminin…
Donc, nous pouvons oublier les premiers assauts de l'Association. Notre thème n'a pas *a priori* une connotation sexuelle.
Au demeurant, si l'on s'intéresse aux sujets de droit, il est sans doute facile, - du moins en général – de donner un sexe à une personne physique ; mais comment en donner un à une personne morale ?
Encore que… Dites-vous la Holding ou le Holding ?
Indifférence sexuelle ? Cela reste à voir. Madame EL BADAWI a très bien évoqué, ce matin, les mouvements féministes, dont la reconnaissance et l'institutionnalisation ont servi leur cause. Chassez le sexe par la porte…

« Qui » interrogatif est toujours du singulier.
Une réflexion sur celui qui profite au singulier conduit vers un raisonnement en termes d'intérêt individuel, et invite à cerner le titulaire de droits subjectifs. Le droit profiterait à celui-là qui pourrait exercer, par l'intercession du droit objectif, à des fins égoïstes, les prérogatives juridiques que le système lui offre.
Mais cette dimension singulière du « qui » épuise-t-elle le sujet ?
Le Dictionnaire de l'Académie française nous enseigne qu'il existe une tolérance dans la langue moderne, tolérance selon laquelle « **qui » peut être pluriel**, désigner une pluralité de sujets. Qui veut bien m'en donner crédit ? Plusieurs d'entre vous, j'espère…
Mais ce « qui » pluriel ouvre alors sur un autre champ de réflexion, caractérisé par une dimension

collective, voire sociale.
A qui… enfin, et non **de qui**…
Posons simplement, et brièvement, la question, pour mieux l'exclure : **de qui** profite le droit ? Est-il admissible que le droit puisse profiter de ses sujets ? Le mouvement de la pensée est étonnant : quand on envisage ce sujet, on s'oriente inconsciemment vers le droit fiscal…
Jean-Luc ALBERT l'a magnifiquement parcouru. Il a notamment souligné que la matière fiscale pouvait être subtile : le contribuable n'aura pas compris les « nuances » introduites par le législateur dans l'application de tel ou tel dispositif et perdra de ce fait un avantage fiscal ou se verra plus lourdement imposé.

Le droit fiscal n'est pas illégitime en soi quand il profite du travail d'autrui. Au fond, il organise un transfert de richesses aux fins de redistribution. Le droit fiscal profiterait immédiatement, mais c'est un autre, ou ce sont d'autres, qui sont les bénéficiaires médiats et finaux.

Le système juridique profite aussi de la doctrine. Luc GRYNBAUM en a fait une superbe évocation ce matin, soulignant l'apport au droit de la doctrine, qui continue au quotidien d'analyser, de rationaliser le droit technique et évolutif, intermédiaire obligé entre la norme et ses destinataires finaux. Une doctrine au service du droit contemporain.
Comme l'est le juge ? Madame Marie-Elisabeth BAUDOIN a si bien montré combien le droit profitait au juge (un profit relatif). A l'inverse, l'interprétation libre du juge ne pourrait-elle être vue comme servant le droit, œuvrant au progrès de la justice au cœur du système ?

À qui <u>profite</u> ?
« *Profite* », du verbe profiter, troisième personne du singulier, présent de l'indicatif. Ce verbe est très complexe à cerner.
Profiter, c'est tirer un gain, tirer un avantage de quelque chose. Il y a une dimension synchronique du profit, qui s'éprouve *hic et nunc* ; mais profiter c'est aussi faire des progrès. Le profit s'inscrit alors dans le temps, dans une dimension diachronique.

Le profit peut encore revêtir des connotations très différentes, violemment opposées :
Il est un bien. Il est perçu ainsi, par exemple, quand il est retiré par une personne faible que le droit s'attache à protéger. Il est un mal quand il est celui d'une personne qui abuse du système, joue son intérêt particulier contre l'intérêt général.

La notion de légitimité a été aujourd'hui omniprésente. Profiter, ce peut être tirer un avantage légitime, et l'on doit s'en réjouir ; ce peut être tirer un avantage illégitime, et l'on doit s'en offusquer et le combattre. Madame EL BADAWI évoquait le combat – par la désobéissance – contre la loi illégitime ; l'analogie nous pousserait ici à évoquer le combat contre le profit illégitime. Sus aux profiteurs !!!

Les deux questions sont finalement intimement liées : si le droit, comme système, n'offre pas de gains légitimes, s'il n'est qu'un moyen que l'on pourrait juger illégitime de procurer des avantages, c'est sa légitimité même qui est en cause. Cette légitimité-là est en débat, dans les propos de Christian ATTIAS sur la philosophie du droit, rappelés ce matin. La mémoire de l'auteur fut aussi évoquée, avec profondeur et sensibilité, par Frédéric BUY.

De quelle consistance est-ce profit, légitime ou illégitime ?
Le juriste spécialiste de droit des affaires ou de droit patrimonial de la famille conférera au profit une couleur exclusivement patrimoniale : il se remémorera l'arrêt Caisse rurale de Manigod, définissant le profit comme tout gain pécuniaire qui ajoute à la fortune de l'associé ; il songera à l'article 1469 alinéa 3 du *Code civil* qui évalue la récompense à hauteur du profit subsistant…

Ne serait-il cependant pas réducteur de limiter l'avantage que constitue le profit à un simple gain patrimonial ? Norbert ROULAND, si justement associé à nos travaux par les doctorants ce matin, nous en convainquit, quand, parlant des sociétés traditionnelles, il montrait que ces sociétés n'avaient pas valorisé les rapports économiques et avait préféré spéculer sur l'organisation sociale.

On ne va pas rejouer l'opposition entre HAYEK et HABERMAS, finement rappelée par Luc GRYNBAUM. On se rangera, naturellement, dans l'un des deux camps, pour constater ici que le profit n'est pas seulement patrimonial.
Enguerrand SERRURIER et Camille MOISAN ont, dans cette perspective, évoqué un profit linguistique, extrapatrimonial par nature, même s'il peut être patrimonial dans ses fins ou ses effets.

À qui profite le droit ?
Sur la magnifique affiche du colloque, Droit est écrit avec une majuscule… Mais dans le programme, droit est affublé d'une minuscule… Est-ce des droits subjectifs ou du droit objectif dont on profite ? Des deux ?

Si l'on se limite au Droit objectif, le saisit-on comme un tout, comme un système, ou bien réfléchit-on à partir de la norme, cellule de base du système ?
Madame EL BADAWI nous a soufflé cette question, en nous montrant que la contestation du droit pouvait porter sur une norme ou un ensemble de normes (il en est ainsi pour les exemples qu'elle nous a fourni : les faucheurs de champs d'OGM, les activistes favorables à la régularisation des sans-papiers, les opposants au projet d'aéroport de Notre Dame des Landes), comme elle pouvait porter sur le système juridique en son ensemble, l'idéologie qui l'anime. Songeons à la critique marxiste des systèmes juridiques occidentaux au début du XXe siècle.

Tout se bouscule : le profit, c'est *a priori* tout avantage. Il peut être légitime comme illégitime. Le droit qui l'engendre, ce peut être la norme ou le système. Le bénéficiaire peut être identifié au singulier ou au pluriel.

Les contributions d'aujourd'hui ont dessiné les traits de ce bénéficiaire, ont œuvré à son identification. L'identité de celui ou ceux qui profitent paraît être variable. Mais il faut sans doute dépasser cette impression de chaos.
À qui profite le droit ?
À un homme ; à des hommes ; à l'Homme…

I. A UN HOMME

Le droit peut profiter à un homme. Quel est ce profit confisqué par un seul ?
La notion de profit se laisse très mal saisir. Le profit serait un avantage, ici un avantage individuel. Avantage par rapport à qui ? Ou par rapport à quoi ? Peut-être faut-il, une fois encore, plonger dans *l'Ethique à Nicomaque* pour trouver chez ARISTOTE, déjà cité par Madame Catherine PRIETO, les clefs permettant de comprendre ce qu'est le profit. Au fond, pour qu'il y ait profit, il faudrait qu'il y ait une rupture avec l'idée de justice commutative. Ce profit serait légitime quand il serait imposé par la justice distributive ; il serait illégitime sinon.
L'homme tire parfois un profit illégitime **(A)**, parfois un profit légitime **(B)**.

A. Un homme tire un profit illégitime

L'homme, c'est d'abord la personne physique. L'avantage illégitime qu'il pourrait retirer du droit s'obtient sans doute par une exploitation abusive des droits subjectifs que le droit objectif lui concède. L'abus de droit, évoqué ce matin par Marie-Élisabeth BAUDOUIN, révèle l'illégitimité du profit en même temps qu'il le combat.

L'homme, au prix d'un anthropomorphisme finalement très coutumier au droit, ce serait aussi la personne morale, et notamment l'État. A son propos, la question a été posée de savoir si le droit international constituait ou non un droit de la force. Les classiques, si parfaitement rappelés à nos souvenirs par Camille MOISAN et Enguerrand SERRURIER, le pensaient. L'État puissant tirerait un profit illégitime de cette puissance sous couvert de la norme…

Mais nos deux intervenants, filant la métaphore musicale, ont été nuancés. Nous entendîmes une grande musique internationale marquée par les grandes puissances occidentales, un droit au service des puissants, mais qui progressivement perdit cette caractéristique pour évoluer sous le coup de la diversification des intérêts. Se dessine aujourd'hui une perspective nouvelle : la reconnaissance de la dignité des plus faibles.

Le profit retiré se dépouillerait alors de son illégitimité. On rejoindrait ainsi les hypothèses, nombreuses, où un homme tire du droit un profit légitime.

B. Un homme tire un profit légitime

La diversité des cas, de cet homme qui tire du droit un profit légitime, est importante. Il n'est pas le propos ici d'établir une « cartographie » complète, pour reprendre la très heureuse expression de Jennifer EXBRAYAT.

La théorie des droits subjectifs, dont la contestation s'est tue en doctrine depuis plusieurs décennies, est sûrement le fondement le plus sûr du profit légitimement retiré par l'homme qui en est titulaire.

L'homme qui profite, c'est aussi l'assujetti qui tire avantage des subtilités du droit fiscal et qui s'inscrit dans une logique de contractualisation de l'impôt que le Professeur ALBERT a parfaitement décrit. La norme fiscale est un nouvel espace de compromis.

L'homme qui profite, n'est-ce pas aussi le Codificateur, l'homme à l'origine de la codification ? À l'origine de tous les mouvements de codification réelle, il y eut un homme. Rémy CABRILLAC, dans son magnifique ouvrage sur les codifications, en a fourni illustrations et explications.
Une codification réelle, facteur de stabilité et de pérennité séduit un homme qui, par le Code qu'il initie, entend engranger pour lui ses vertus, et par son œuvre, gagner son immortalité.
N'est-ce pas cela qui mua HAMMOURABI, Napoléon BONAPARTE ou François MITTERRAND ?
Le droit profite à un homme ; il profite aussi à des hommes.

II. A DES HOMMES

L'on passe d'un « qui » singulier à un « qui » pluriel. Le droit se ferait ici récepteur, vecteur d'intérêts collectifs. Cet avantage, que le droit offre à des hommes, peut être localisé en différents endroits. Le profit, pour la collectivité, peut être tiré de sa participation à la création de la norme, de la consistance de la norme ou de l'application de cette dernière.

A. Le profit tiré de la création de la norme

Le Profit retiré du droit par des hommes peut être constaté lorsque ce groupe d'hommes participe à la création de la norme. Le chocolat, lien entre Isabelle GUILHEN et Jean-Luc ALBERT, a montré combien les corporations pouvaient être à l'origine de la norme. La norme fiscale en ce domaine, a martelé le Professeur ALBERT, a été imposée par la corporation.

Le propos s'amplifie si l'on se saisit du phénomène du lobbying. Ce dernier fut magnifiquement dépeint par Grégory HOUILLON, qui nous a invités, à ce sujet, à dépasser les apparences pour mieux saisir la réalité.

L'apparence est celle d'un groupe d'hommes qui porte un intérêt fractionnel, distinct de celui recherché par l'auteur de la norme qui porterait, lui, l'intérêt général. Cette incitation à négocier le contenu de la loi – ou de l'acte – ferait apparaître le lobbying comme ayant une influence néfaste en droit français.

L'invitation à saisir la réalité fut particulièrement instructive. La réalité est celle d'un lobby doté d'une influence normative et non d'une force normative. En outre, le lobbying remplit opportunément une double fonction. Il s'érige, à la fois, conseil des pouvoirs publics, mais aussi garant du consentement du destinataire de la norme à l'application de celle-ci.
Le Lobby se révèle ami du législateur et ami du citoyen.

Le profit est ainsi tiré de la participation d'une collectivité à la création de la norme. RIPERT eut qualifié ce profit d'illégitime. Après avoir entendu Grégory HOUILLON, on peut vraiment s'interroger sur cette qualification.

B. Le profit tiré de la consistance de la norme

Le profit retiré par un groupe d'hommes est parfois retiré de la consistance de la norme. Le terme consistance peut, au fond, revêtir deux significations. La consistance c'est le contenu ; ce peut aussi être la nature.

Or, la nature de la norme connaît des mutations importantes. Dans une perspective générale, Grégory HOUILLON et Jean-Luc ALBERT ont clairement révélé l'avènement de la norme négociée ; de manière particulière, la question de la nature de la norme est aussi crûment posée en droit de la famille, ce droit qui couve cette petite société, ce petit agrégat d'hommes qu'est la famille.

Jennifer EXBRAYAT a parfaitement démontré la progression de la contractualisation de la norme familiale, appelée légitimement à s'épanouir dans un cadre institutionnel qui demeure et qui participe sans nul doute des instruments permettant l'affirmation du pluralisme dans le droit de la famille. Le « à chacun sa famille, à chacun son droit » devait bien accoucher de la promotion d'une technique contractuelle, garante de l'adaptation de la norme à la spécificité irréductible de son objet.
La famille, les familles ont ainsi tiré grand profit de la nature de la norme appelée à régir leurs relations

patrimoniales et extrapatrimoniales.

La consistance de la norme, c'est aussi son contenu. Tout contenu normatif doit être vu comme servant l'intérêt général ; la défense d'un intérêt individuel, ou d'un intérêt catégoriel, objet immédiat d'une norme, ne peut être conçue autrement que comme étant exigée par l'intérêt général et servant ce dernier, dès lors.

C'est pourquoi notre théorie dite moderne des nullités, hélas appelée à intégrer le *Code civil*, si le projet n'évolue pas sur ce point, qui oppose, à l'invitation de JAPIOT, nullités relatives et absolues selon que la règle transgressée poursuit un intérêt particulier ou un intérêt général, est si critiquable. On ne joue pas, dans la norme, l'intérêt particulier ou l'intérêt collectif contre l'intérêt général ; on protège l'intérêt particulier, l'intérêt collectif parce que l'on considère que cela sert l'intérêt général.

Aucune peine à admettre dès lors l'éclosion et l'épanouissement d'un ordre public de protection, entièrement ordonné à la protection d'une partie jugée ou présumée faible.
Que des hommes, ceux-là mêmes qui sont placés dans cette situation de faiblesse, profitent de la norme, paraît légitime, si, du moins, l'on s'accorde sur le fait que la protection des faibles participe des finalités ultimes d'un système juridique. Ont ici été détectées des parties faibles pour lesquelles le droit œuvre et qui vont profiter de son attention.

On disait au XIXe siècle, quand il s'agissait de faire prendre en considération les dégâts causés par la révolution industrielle, qu'il existait en France des catégories de victimes nées : les ouvriers confrontés au machinisme. On pourrait tout autant dire aujourd'hui qu'il existe des catégories de faibles nés : les consommateurs, les salariés, les administrés…
Le profit que peuvent retirer du droit ces catégories de personnes présumées faibles n'est pas absolu, car leur intérêt parfaitement légitime coexiste avec d'autres intérêts que le droit positif juge tout autant légitimes. Combien fut éclairante, dans cette perspective, l'intervention de Maître MORAND. Celui-ci a parfaitement montré l'équivoque actuelle qui imprégnait un droit certes ordonné à la protection des salariés mais aussi ordonné à la protection de l'entreprise.

N'est-ce pas une même équivoque qui fut si bien dénoncée par Sandrine TISSEYRE, lorsqu'elle se saisit de la question de la protection des consommateurs ? Sandrine TISSEYRE en a rappelé la définition nouvellement donnée par la loi Hamon, directement recopiée de la directive.
La démonstration qui suivit fut éclairante : le droit de la consommation ne protège pas toujours le consommateur. L'influence du droit européen y a été pour quelque chose. Le droit de la consommation protège d'autres que les consommateurs.

Ceci impose sans doute de repenser la place du droit de la consommation dans notre système juridique. Au demeurant, la définition nouvelle du consommateur y invite. La définition peut intriguer, non seulement parce que le législateur contemporain, décidément très urbain, a oublié la campagne et ses agriculteurs. Au-delà, voici un consommateur qui est défini par ses actes, mais négativement : c'est la personne qui agit « à des fins qui n'entrent pas dans »…

Les finalités de l'action ne sont pas définies positivement. La conséquence est importante : le consommateur est défini par défaut. Le droit qui lui est applicable a donc vocation à s'appliquer par défaut. C'est la marque du droit commun.
En présence des consommateurs et des salariés, les interventions d'aujourd'hui nous ont fait passer d'une idée d'absolu à une idée de relativité : d'une protection absolue à une protection relative.
Saisissant l'administré, c'est un même passage de l'absolu au relatif que nous avons opéré

intellectuellement, grâce à la forte intervention d'Olivier LAVAIL, mais le point de départ était très différent. Nous sommes passés de la conviction d'un défaut absolu de protection de l'administré à celle d'une protection relative de ce dernier ! Olivier LAVAIL nous a, en effet, convaincus que les administrés bénéficiaient de la protection du droit administratif.
Beaucoup de juristes, essentiellement privatifs, étaient jusqu'alors intimement convaincus que le droit administratif était un outil servant le pouvoir de l'administration et que le Conseil d'État s'érigeait en bras armé, jaloux protecteur de l'effrayante machine…
Cette analyse a vite été contrariée par la démonstration que le droit administratif, droit de déséquilibre, est une garantie de la protection de l'administré, non pas de l'administré pris dans son acception collective, acception qui justifie les prérogatives accordées à l'administration, mais de l'administré considéré en tant qu'individu, dont la prise en compte est toujours accrue.

Le groupe, s'il s'étoffe, change de nature : d'une catégorie d'individus, sous-ensemble de la société, cette réunion d'homme devient société. Et cette réunion d'homme-là doit pouvoir, fort légitimement, tirer profit de la consistance de la norme, essentiellement, parce que la norme peut contribuer à la cohésion sociale. Qui n'a pas été convaincu, grâce aux forts propos de Madame Catherine PRIETO, de la place éminente occupée par les règles de concurrence dans cette perspective ? Nous avons suivi, par elle, le passionnant destin de l'expression « concurrence libre et non faussée », supprimée ici, réapparaissant là au prix d'un tour de passe-passe peu glorieux a-t-il été dit. Nous avons été pleinement séduits par l'analyse selon laquelle cette concurrence libre et non faussée visait la régulation des marchés en vue du bien-être collectif et qu'elle servait ainsi la cohésion sociale.
Dans les propos de Madame PRIETO, le juge fit écho à l'auteur. Il était saisissant d'y entendre en effet la CJUE, à l'unisson, soutenir que les règles de concurrence contribuaient au bien-être dans l'Union.

Dans cette voie du profit légitime tiré par la société, pour sa propre cohésion, de la consistance de la norme, il reste sans doute, sûrement des efforts à faire, surtout si l'on appréhende la problématique au niveau de la société européenne. Le constat en fut magnifiquement fait par le Doyen Christine BERTRAND ; il fut implacable. Constat d'une citoyenneté européenne qui profite trop peu aux citoyens européens et qui demeure un facteur secondaire de cohésion de l'union européenne.

C. Le profit tiré de l'application de la norme

Des groupes d'initiés peuvent encore trouver un profit dans l'application de la norme. Jean-Baptiste PERRIER, incarné par Isabelle GUILHEN, en fut un parfait témoin, en matière pénale. Il fustigea le détournement de la norme pénale par des initiés parfaitement identifiés : services d'enquête, services de police judiciaire, magistrats. Le détournement est commandé par le pragmatisme, avec la seule loyauté pour rempart…
L'application de la norme suppose, au demeurant, souvent l'interprétation de celle-ci. Affluent alors les profiteurs. Ils grouillaient dans les propos du Professeur ALBERT, forcé de constater que l'administration fiscale tirait profit de la complexité de la norme fiscale. L'administration, par divers canaux, parmi lesquels le BOFIP tient une place à part, élabore sa doctrine, s'érige interprète de la norme fiscale et en retire grand pouvoir.

Ce sont souvent des hommes qui profitent du droit, et ce profit-là n'est pas nécessairement illégitime, même s'il l'est parfois. Mais là n'est pas encore l'essentiel. Le droit profite à un homme, à des hommes… Il profite surtout à l'Homme.

III. A L'HOMME

L'homme, c'est le fonds humain ; l'homme, ce n'est pas un être, identifié ou identifiable, ce n'est pas une collection d'êtres, l'homme c'est l'être humain considéré dans ce qu'il a de supérieur à la bête. L'homme c'est l'animal raisonnable qui occupe le premier rang parmi les êtres organisés. L'homme, c'est l'humanité. C'est évidemment à l'homme que le droit profite, qu'il doit profiter, qu'il ne peut que profiter. À l'homme va le profit dans l'espace, analysé comme un avantage saisissable *hic et nunc* **(A)**, à lui va aussi le profit dans le temps, analysé comme un progrès **(B)**.

A. L'avantage

Là où il y a société, il y a droit. Le profit tiré du droit par l'homme est de type organisationnel. Relisons, par les doctorants, les forts propos de Louis ASSIED-ANDRIEU : « La nature ne leur est pas humaine, ils la gèrent. Et pour la gérer vient à leur esprit l'une de ces idées torves, pauvres en figures, mais promptes en principes d'exécution, que l'on finira par unifier sous l'idée de droit, à force d'en exclure les symboles, la religion, et les états de force pure ».

Le droit joue, dans cette fonction de gestion, un rôle légitimant considérable. Certes, ce rôle n'est pas toujours parfaitement rempli. La question de la désobéissance à la loi est alors posée. Elle le fut par Madame EL BADAWI. Mais le *plerumque fit* est que le Droit remplit cette fonction de légitimation.

Légitimation des auteurs de la norme : Christian ATTIAS, cette fois, par vos voix, insistait sur le fait que « le droit doit être accepté parce qu'il est considéré comme venant d'une divinité, c'est-à-dire d'une autorité et d'un pouvoir supérieur et incontestables ».
Légitimation de l'objet de la norme : Jean CARBONNIER, évoqué ce matin, insistait sur la légitimation de la violence à laquelle le droit pouvait œuvrer.
Légitimation du gardien de la norme : c'est la légitimité de l'office du juge, légitimité sous condition, l'a démontré Madame Marie-Élisabeth BAUDOUIN. Cette légitimité s'acquiert à condition de respecter des bornes, procédurales, formelles, substantielles. À condition de demeurer dans le droit, finalement, droit qui dispense alors sa vertu légitimante.

À l'homme va l'avantage produit par le Droit, avantage perçu *hic et nunc.* Pour l'homme œuvre encore le Droit, quand il conduit l'humanité dans la voie du progrès.

B. Le progrès

Le profit est ici saisi dans son insertion dans le temps. Le Droit œuvre au progrès de l'humanité. Le progrès consiste ici pour le Droit à œuvrer pour permettre à l'homme de sortir du doute. Et le Droit œuvre dès lors, inlassablement, à améliorer la qualité de la réponse aux questions que se pose l'homme. Telle est la conception du droit développée par Christian ATTIAS, qui n'est guère éloignée, Marie-Élisabeth BAUDOUIN le disait, de celle de DWORKIN.

Au fond, tel est sans doute là le plus grand profit qu'offre le droit, celui d'inscrire l'humanité dans le temps, et d'offrir à l'humanité de maîtriser le temps. L'homme est le seul animal qui dispose de la faculté d'avoir une histoire ; le droit lui offre de forcer la nature pour créer un présent ; et lui forger un avenir.
Le droit profite à l'homme. Nécessairement, inéluctablement, viscéralement.

La Revue
" A qui profite le droit ? "
Numéro 11 - Juin 2017

L'Etude

L'évaluation de la dangerosité : le neurodroit ?[594]

*Laura **PIGNATEL**,*
Attachée temporaire d'enseignement et de recherche à FDSP, Aix-Marseille Université
Laboratoire de droit privé et de sciences criminelles, EA 4690

La question posée aurait, à première vue, de quoi interpeler le juriste tant elle paraît éloignée du droit. Sorte d'objet juridique non identifié, le « neurodroit » a en effet pour première conséquence d'amener à s'interroger sur la neurologie ou les neurosciences de telle sorte que toute l'attention se porte finalement sur le préfixe « neuro » en y oubliant presque l'aspect juridique. Pourtant, au fond, la question de l'évaluation de la dangerosité par le neurodroit est, avant tout, une problématique juridique. L'apparition de cette question s'explique pour plusieurs raisons. La première est scientifique[595]. Elle est liée au développement des neurosciences et en particulier à l'émergence d'un nouveau champ de recherche qu'est le neurodroit. Traduit de l'anglais « *neurolaw* »[596], le neurodroit nous vient des Etats-Unis et il s'intéresse à l'influence des neurosciences dans le droit. En France, le neurodroit n'est pas le droit de la recherche en neurosciences mais véritablement l'intégration des données scientifiques dans le droit[597], en particulier, des résultats des techniques d'imagerie cérébrale qu'elle soit anatomique ou fonctionnelle[598].

L'émergence de ce neurodroit en France s'est réalisée à la fin des années 2000[599] et plus précisément en 2011 à l'occasion de la révision des lois de bioéthique de 2004. La loi de bioéthique du 7 juillet 2011[600] fait de la France le premier pays au monde à admettre, par un texte législatif, le recours aux techniques d'imagerie cérébrale à l'occasion de procédures judiciaires. Cette loi intègre, en effet, un nouvel article au sein du Code civil français, l'article 16-14 qui dispose :

---

[594] L'auteur tient à adresser ses remerciements les plus sincères à Monsieur le Professeur Jean-Baptiste Perrier pour son invitation à participer au XXXVe Congrès international de Droit et de Santé mentale qui s'est tenu à Prague au mois de juillet et qui était organisé par l'Académie Internationale de Droit et de Santé mentale. La présente contribution n'est donc rien d'autre que la retranscription, par écrit, de la version orale présentée le 14 juillet dernier à l'occasion d'une table ronde coordonnée par le Professeur Jean-Baptiste Perrier dont le thème était celui de la dangerosité.

[595] O.D., Jones, A.D., Wagner, D.L., Faigman, M.E., Raichle, « Neuroscientists in court », *Nature* 2013 vol. 14 p. 730 ; S. Pardo, D. Patterson, *Minds, Brains, and Law. The conceptual Foundations of Law and Neuroscience*, Oxford University Press, 2013, 240 pages.

[596] Pour une étude comparée et approfondie du neurodroit, V. *spéc.,* : T. Matthias Spranger, *International Neurolaw. A comparative analysis,* éd. Springer Berlin, 2014 ; V. également, L. Pignatel, « L'émergence du neurodroit dans le monde », *in.* B. Cyrulnik (ss. dir.) *Le cerveau est-il coupable ?,* éd. Duval, coll. SciencesPsy, 2016, p. 51, où l'auteur reprend quelques exemples tirés de l'ouvrage de T. Matthias Spranger.

[597] L. Pignatel, O. Oullier, « Les neurosciences dans le droit », *Cité,* n°60, Paris, PUF, 2014, p.81 ; P. Larrieu, *Neurosciences et droit pénal,* L'Harmattan, Coll. Le droit aujourd'hui, 2015, 294 pages ; du même auteur, « La réception des neurosciences par le droit *», AJPénal 2011,* p. 231.

[598] O. Houdé, B. Mazoyer, N. Tzourio-Mazoyer, *Cerveau et psychologie : introduction à l'imagerie cérébrale anatomique et fonctionnelle*, PUF, Coll. Premier cycle, 2002, 609 pages ; B. Mazoyer, *L'imagerie cérébrale fonctionnelle*, éd. PUF, coll. Que sais-je ?, 2001, 127 pages.

[599] En décembre 2009, le Centre d'analyse stratégique fut la première institution, en France, à organiser une journée d'étude consacrée au neurodroit et à publier en septembre 2012 un document de travail intitulé *Le cerveau et la loi : analyse de l'émergence du neurodroit* . Ce document, coordonné par Monsieur le Professeur Olivier Oullier est la référence incontournable de toute réflexion portant sur le neurodroit en France. Disponible sur : [http://archives.strategie.gouv.fr/cas/system/files/cas-dqs_dt-neurodroit_11septembrereduit_0.pdf].

[600] Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique :
[https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000024323102].

« Les techniques d'imagerie cérébrale ne peuvent être employées qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique, ou dans le cadre d'expertises judiciaires. Le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l'examen, après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l'examen. Il est révocable sans forme et à tout moment ».

En France, le neurodroit a un statut particulier : non seulement il est un champ de recherche émergent, mais en plus, la relation entre les neurosciences et le droit est tellement discrète qu'il est permis de se demander si le neurodroit existe réellement[601]. Alors que la France est en effet le premier et seul pays au monde à avoir consacré législativement ce neurodroit, ou plus précisément, l'utilisation des neurosciences dans les expertises judiciaires, il n'existe, à l'heure actuelle, aucune jurisprudence ni aucun réseau de recherche consacré au neurodroit. La situation est donc différente de celle des Etats-Unis où l'on trouve l'important *« Research Network on Law & Neuroscience »,* réseau de recherche financé par la célèbre *Mac Arthur Foundation*[602]*.*

En France, le seul projet initié par le Gouvernement et portant sur le neurodroit, est un travail intitulé « Le cerveau et la loi : analyse de l'émergence du neurodroit »[603], coordonné par le professeur en psychologie cognitive français Olivier Oullier[604], qui est paru en septembre 2012. C'est le premier projet[605] qui s'intéresse véritablement au « neurodroit » tant dans ses aspects historiques, pratiques, méthodologiques ou bien encore éthiques et philosophiques. Mais alors que l'ensemble des experts auditionnés était contre l'insertion des neurosciences dans la loi, les neurosciences ont soudainement fait irruption dans le code civil et de manière assez maladroite. D'une part, le législateur emploie le terme large et imprécis de « *techniques d'imagerie cérébrale* » alors que celles-ci sont nombreuses[606] et, en plus, la formule employée est elle-même extrêmement large : « *les techniques d'imagerie cérébrale peuvent être employées (…) dans le cadre d'expertises judiciaires* »[607].

---

[601] V. Genevès, L. Pignatel, *Droit et neurosciences,* Mission de recherche Droit et Justice, 2016 [http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/droit-et-neurosciences/].

[602] [http://www.lawneuro.org] ; V. également l'interview d'Owen Jones, « Les Etats-Unis et leur grand réseau de recherche sur le « neurodroit », *in.,* B. Cyrulnik (ss. dir.) *Le cerveau est-il coupable* op.cit., p. 39 ; S. Morse, « Du cerveau, encore du cerveau, rien que du cerveau ? », *in.,* B. Cyrulnik (ss. dir.) *Le cerveau est-il coupable, op.cit.,* p. 45.

[603] *V. supra.* note n°6.

[604] Conseiller scientifique au sein du département Questions sociales du Centre d'analyse stratégique, co-responsable du programme « Neurosciences et politiques publiques » et professeur à Aix-Marseille Université où il enseigne la psychologie, les neurosciences et les systèmes complexes. Membre de l'équipe « Cognition et contexte social » du laboratoire de psychologie cognitive (UMR CNRS 7290 / Fédération de recherche 3C).

[605] Ce n'est véritablement qu'après la publication de ce document de travail, que d'autres publications portant sur le neurodroit ont vu le jour. Parmi ces travaux, l'on peut citer, par exemple : P. Larrieu, B. Roullet, C. Gavaghan (sous la dir. de.), *Neurolex sed… dura lex ? L'impact des neurosciences sur les disciplines juridiques et les autres sciences humaines : études comparées,* Journal de Droit Comparé du Pacifique, City Print, Wellington, New Zealand, 2013, 251 pages ; B. Cyrulnik (sous la dir. de.) *Le cerveau est-il coupable ?*, Ed. Philippe Duval, 2016, coll. SciencesPsy, 172 pages ; P. Larrieu, *Neurosciences et droit pénal, op.cit*.

[606] À ce titre, les techniques d'imagerie cérébrale les plus couramment présentées sont les techniques d'imagerie par résonance magnétique (IRM) anatomique et fonctionnelle et l'électroencéphalogramme (EEG). Alors que l'IRM anatomique est en quelque sorte une technique d'imagerie donnant une image figée du cerveau, les deux autres donnent quant à elle une estimation de l'activité du système nerveux central. L'EEG consiste en l'enregistrement de l'activité électrique du cerveau telle qu'elle se reflète à la surface du crâne. L'EEG ne permet pas d'obtenir une véritable « image » du cerveau, mais simplement une représentation de celui-ci sous la forme d'un tracé. L'IRMf, qui vient en complément de l'IRMa et qui repose sur le phénomène de résonnance magnétique, permet de détecter en temps réel d'infimes variations de l'irrigation sanguine du cerveau. Son principe est d'exploiter ces variations au cours d'une tâche comportementale afin de localiser des activations cérébrales en s'attachant aux modifications de l'état d'oxygénation de l'hémoglobine des globules rouges du sang avec lequel varient ses propriétés magnétiques (c'est la mesure du signal appelé « BOLD » pour *Blood Oxygen Level Dependent).*

[607] À quelle fin ? Quand ? Comment ? Par qui ? Quelle conséquence pour l'individu qui ne donnerait pas son consentement ? … Autant de questions qui n'ont apparemment pas été envisagées par le législateur. Un début de réponse peut néanmoins être trouvée dans la réponse du ministre de la justice à la question n°8578 de J_F. Viallatte, député, JO du 11 juin 2013, page 6172 (à consulter sur : [http://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-8578QE.htm]).

La seconde raison qui explique l'apparition de la question posée est juridique. Elle est liée à l'expertise judiciaire. En France, elle est en effet jugée trop subjective et a besoin d'outils scientifiques perçus comme plus « objectifs »[608]. Cette insertion des neurosciences dans la loi française, s'expliquerait non pas par la révision de la loi de bioéthique, mais, de manière cachée, tout simplement par les besoins du droit, et en particulier, de la matière pénale. Matière au sein de laquelle les besoins de vérité, d'objectivité et de preuves tangibles sont les plus pressants[609].

Enfin, la dernière raison, à mi-chemin entre la science et le droit, est liée à un changement de conception de la délinquance. L'infraction est en effet parfois encore assimilée à une pathologie[610] dont il faut rechercher les causes et les diagnostiquer afin de soigner le délinquant de ses maux.
Ainsi, si les résultats des recherches en neurosciences et en particulier l'imagerie cérébrale intéressaient dans un premier temps le domaine médical, ces résultats sont peu à peu sortis des laboratoires et ont investi la société : alors que l'on pouvait observer la case du langage ou de l'égoïsme dans le cerveau, les chercheurs ont étudié la case de l'agressivité ou de l'impulsivité de sorte que les blouses blanches et les robes noires se questionnent désormais sur l'évaluation de la dangerosité[611].

Se rapprochant presque d'une phrénologie de Gall en version 2.0 neuroscientifique, les neurosciences peuvent-elles ou pourraient-elles, dans un futur proche, faciliter l'évaluation de la dangerosité et être un outil de prévention de la récidive ? La question, certes fascinante, n'en reste pas moins intrigante. Mais si elle est les deux à la fois, c'est parce qu'elle attrait à l'organe le plus mystérieux du corps humain : notre cerveau. Il est « la boîte noire » qui délivrerait tous les secrets et toute l'individualité de l'homme. Grâce aux progrès en matière d'imagerie cérébrale, les neurosciences deviennent un nouvel outil d'évaluation dynamique de la personnalité et pourraient par conséquent permettre d'évaluer de la dangerosité. Mais l'emploi du conditionnel n'est pas anodin : ce n'est en effet qu'en apparence seulement que les neurosciences pourraient permettre l'évaluation la dangerosité. Et comme les apparences sont malheureusement souvent trompeuses, la réalité est bien différente. À l'heure actuelle et compte tenu des nombreuses limites que le neurodroit présente, derrière l'apparence d'un véritable outil d'évaluation de la dangerosité (I) se cache la réalité (II).

I. L'APPARENCE

En apparence, les techniques d'imagerie cérébrale pourraient être utilisées aux fins d'évaluation de la dangerosité et pourraient modifier la pratique expertale[612]. Classiquement celle-ci se divise en deux temps : l'évaluation de la dangerosité au moment du passage à l'acte (A) et au moment du prononcé de la sanction pénale (B). C'est donc dans ces deux temps que les neurosciences s'intègreraient en tant qu'outils d'évaluation de la dangerosité.

---

[608] P. Jusseaume, « L'expertise psychiatrique, ses pièges et ses limites…, *» AJ Pénal 2012*, n°2 p. 70 ; C. Byk, « Justice et expertise scientifique : un dialogue organisé dont il faut renouveler les fondements », *Revue de la recherche juridique,* 2013-1, pp.17-33.
[609] V. sur ce point, l'article de J-B. Perrier, « L'innovation en matière de preuve : les neurosciences et le procès pénal », *in.* P-D. Cervetti (sous la dir. de) *L'innovation à l'épreuve de la mondialisation. Réflexions autour d'un droit de l'innovation en devenir,* PUAM, coll. Innovation et brevets, 2015, p. 177.
[610] L. Pignatel, O. Oullier, « Les neurosciences dans le droit », *op.cit.,* p.81.
[611] P. Larrieu, « Neurosciences et évaluation de la dangerosité. Entre néo-déterminisme et libre arbitre », *RIEJ* 2014/1 Vol. 72 p. 1.
[612] P. Larrieu, « Neurosciences et évaluation de la dangerosité. Entre néo-déterminisme et libre arbitre », *op.cit.,* ; G.M., Gkotsi, V. Moulin, J. Gasser, « Les neurosciences au Tribunal : de la responsabilité à la dangerosité, enjeux éthiques soulevés par la nouvelle loi française », *L'encéphale*, 2015, n°41, pp. 385-393.

A. L'évaluation de la dangerosité au moment du passage à l'acte

En matière d'évaluation de la dangerosité, le droit pénal français opère classiquement une différenciation entre dangerosité psychiatrique, dangerosité criminologique et dangerosité pénitentiaire[613]. Et selon le type de dangerosité, l'évaluation de la dangerosité ne se fera pas au même temps de la procédure. Dans tous les cas néanmoins, l'évaluation de la dangerosité se fait en deux temps[614].
Le premier temps est consacré à la formulation du diagnostic de la dangerosité alors que le second temps est consacré au pronostic. Le temps du diagnostic est celui de « l'instant t », au moment du passage à l'acte. Il se différence du pronostic qui, quant à lui, fait référence à la prévision de l'évolution de la dangerosité dans l'avenir, à « l'instant t+1 ». Le pronostic de dangerosité est donc associé à l'évaluation du risque que représente l'individu et donc à la récidive.
Cette distinction entre pronostic et diagnostic explique la diversité des méthodes existantes pour évaluer la dangerosité[615]. La première génération d'outils étant incarnée par la méthode clinique tandis que la deuxième génération d'outils, dits actuariels, plus objectifs, concerne le recours aux données statistiques et aux probabilités afin de prédire les comportements violents sur une base probabiliste[616]. Mais malgré les progrès réalisés, les méthodes existantes ont largement été critiquées[617] et un certain nombre de chercheurs ont souligné et, soulignent encore, le besoin de méthodes plus sûres et plus efficaces.
C'est dans ce cadre, qu'à partir de résultats issus de recherches en neurosciences cognitives, des chercheurs se sont intéressés aux bases neurobiologiques du comportement violent afin d'expliquer la dangerosité de l'individu. Les neurosciences apparaissent ainsi comme un outil au service des expertises psychiatriques en ce qu'elles permettraient d'aider au diagnostic en limitant les risques d'erreurs[618]. La neuroimagerie améliorerait l'examen clinique et contribuerait à un changement de « paradigme » passant de la psychiatrie légale à la « neuropsychiatrie » légale ou « neuroforensique »[619].
Mais les neurosciences apporteraient également leur contribution au pronostic de la dangerosité, élément essentiel au prononcé d'une sanction pénale telle que les mesures de sûreté.

B. L'évaluation de la dangerosité au moment du prononcé de la sanction

En termes de pronostic de dangerosité, la neuroimagerie pourrait préciser les échelles actuarielles, par exemple sur les liens entre un problème neuro-anatomique identifié et un comportement déviant[620]. De nombreux articles issus de la littérature scientifique anglo-saxonne portent d'ailleurs sur cette thématique du dysfonctionnement cérébral associé au risque de récidive. Des recherches récentes suggèrent que les techniques d'imagerie cérébrale permettraient de diagnostiquer des lésions cérébrales

---

[613] Sur la distinction entre ces différents types de dangerosité, *V. spéc.,* L. Grégoire, *Les mesures de sûreté. Essai sur l'autonomie d'une notion*, Fondation Varenne, 2015, Collection des thèses, 718 pages ; *V.* également les interventions orales lors du congrès : E. Raschel, « La prise en compte de la dangerosité : l'allongement des peines » et L. Grégoire « La neutralisation de la dangerosité : la rétention de sûreté ». Les deux auteurs insistaient sur le fait que la dangerosité est une notion « complexe » et « protéiforme » dont la question centrale est l'identification. Le Professeur Evan Raschel s'interrogeait finalement sur la légitimité d'une telle notion, idée que reprendra Ludivine Grégoire en observant qu'il était impossible à l'heure actuelle d'avoir une connaissance objective de la dangerosité. Elle concluait, comme le Professeur Jean-Baptiste Perrier également, en se posant finalement la question de l'avenir de son évaluation.
[614] *Id.*
[615] V. *not.,* S. Raoult, « L'évaluation du risque de récidive : l'expert, le politique et la production du chiffre », *RSC,* 2014, n°3, p. 655.
[616] B.E Harcourt, J.Kreeger, « Une généalogie de la rationalité actuarielle aux Etats-Unis aux XIX° et XX° siècles », *RSC,* 2010, n°1, p.31 ; S. Raoult, *op. cit.*
[617] V. *not.,* B.E Harcourt, « Surveiller et punir à l'âge actuariel », *Déviance et Société,* 2011/1, Vol.35 p.5 (partie I); B.E Harcourt, « Surveiller et punir à l'âge actuariel », *Déviance et Société,* 2011/2, Vol.35, p163 (partie II) ;
[618] C. Byk, « Responsabilité et dangerosité à l'aune des neurosciences », *Revue pénitentiaire et de droit pénal,* n° 2, avril-juin 2010, p. 325.
[619] M. Gkotsi, *Les neurosciences au Tribunal : de la responsabilité à la dangerosité*, *op. cit.,* p.24.
[620] Centre d'analyse stratégique*, Le cerveau et la loi : analyse de l'émergence du neurodroit, op.cit.,* V. *spéc*. p.178.

dans les zones particulières du cerveau relatives à l'agressivité et à l'impulsivité[621] et qu'elles prédiraient avec précision si un individu est susceptible de (re)passer à l'acte[622].
En théorie, en France, depuis l'entrée en vigueur du nouvel article 16-14 du Code civil, l'expert chargé d'examiner la dangerosité de l'individu pourrait se servir des techniques d'imagerie cérébrale, notamment de l'IRMf, afin d'indiquer si la personne est accessible à une sanction pénale, dans quelle mesure elle sera capable de se réadapter et quel est le traitement le plus approprié aux troubles dont elle souffre. Le juge prendra alors en considération l'ensemble de ces éléments afin de choisir la sanction la plus appropriée à l'état (mental, pour ne pas dire « cérébral ») du délinquant.
Cependant, à notre connaissance, en France, aucune expertise de dangerosité basée sur « la neuro-évaluation » ou « la neuro-prédiction » n'a pour le moment été effectuée. Bien qu'en théorie elle soit désormais possible, ce constat confirme bien que les apparences sont souvent trompeuses et que la réalité est bien différente.

II. LA REALITE

En réalité, à l'heure actuelle, le neurodroit n'est pas et ne devrait pas être un outil d'évaluation de la dangerosité en raison des nombreuses limites[623] qu'il présente. Ces limites concernent à la fois l'objet d'étude (A) mais également la méthode employée (B).

A. Les limites tenant à l'objet d'étude

Ces limites sont nombreuses car non seulement l'objet d'étude est double mais aussi, il est instable.
D'une part la dangerosité**,** thème de cette journée d'étude, est une notion complexe et difficile à définir. Le neurodroit ne pourrait être un outil d'évaluation de la dangerosité qu'à la condition que l'on s'accorde au préalable sur un standard ou une définition de la dangerosité. Pour comprendre cette limite, prenons l'exemple d'un individu en état de légitime défense. Une femme est agressée violemment par un individu sur un parking alors qu'elle terminait ses achats avec son enfant. L'homme, armé d'un couteau, tente de lui dérober son sac et de la violer. La victime se défend et parvient à pousser son agresseur qui tombera en se blessant mortellement avec le couteau qu'il tenait dans sa main. Au sens du droit pénal, la victime répond aux critères de l'article 122-5 du Code pénal. Mais imaginons qu'à l'occasion de son procès, elle accepte de se soumettre à un examen d'imagerie fonctionnelle, l'expert faisant ainsi défiler dans l'appareil des images de la scène de violence. L'on imagine assez facilement que l'image pourrait révéler une activité élevée de l'amygdale cérébrale du fait de la peur éprouvée par la victime. Mais, les « cases » de l'agressivité ou de l'impulsivité pourraient également s'éclairer, sans distinction aucune avec celles qu'un sujet jugé dangereux présenterait[624]. À moins de supposer qu'une différence de couleurs est égale à une différence de degré de dangerosité, pour l'heure, sans définition d'un standard de dangerosité et sans échelles de comparaison, l'imagerie ne peut pas permettre d'évaluer la dangerosité d'un individu.

---

[621] Y. Yang, A. Raine, « Prefrontal structural and functional brain imaging findings in antisocial, violent, and psychopathic individuals: A meta-analysis », *Psychiatry Research: Neuroimaging* 2009, Vol.174, Issue 2, p.81 (URL : doi:10.1016/j.pscychresns.2009.03.012).
[622] E.Aharoni (E.) et al, « Neuroprediction of future rearrest », *PNAS,* 2013, vol.110, n°15, p. 6223-6228 (téléchargeable sur : [www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1219302110]) ; J.M Fabian, « Neuropsychological and neurological correlates in violent and homicidal offenders : a legal and neuroscience perspective », *Aggression and Violent Behavior,* 2010, vol.15, issue 3, p.209 (URL : doi:10.1016/j.avb.2009.12.004) ; M. Gkotsi, *Les neurosciences au Tribunal : de la responsabilité à la dangerosité*, Thèse de doctorat, Faculté de biologie et de médecine de l'Université de Lausanne, 2015, 49 pages.
[623] O. Oullier, F. Basso, « Différences individuelles, variabilités et limites actuelles du recours à l'imagerie cérébrale fonctionnelle par les tribunaux », in. Centre d'analyse stratégique, *Le cerveau et la loi : analyse et émergence du neurodroit, op.cit.,* p. 123 et s.
[624] Ce cas, bien que fictif, s'inspire cependant d'un cas réel dont les faits se sont déroulés en Inde. La preuve par imagerie cérébrale avait en effet été utilisée comme principale preuve à charge dans un procès pour empoisonnement. Une jeune femme était accusée du meurtre de son fiancé après avoir empoisonné son hamburger avec de l'arsenic. La méthode d'imagerie employée révélait en effet que le cerveau de l'accusée réagissait au terme « arsenic » révélant sa participation au crime… Sur ce point, V. *not.,* Centre d'analyse stratégique*, Impact des neurosciences : quels enjeux éthiques pour quelles régulations ?*, La note de veille n°128, mars 2009, *spéc*. encadré n°2.

D'autre part, toute la réflexion sur les limites du neurodroit naît à partir d'un seul et unique objet : le cerveau. Organe à la fois le plus mystérieux du corps humain mais aussi le plus plastique : le cerveau s'adapte en effet à son environnement. Il ne réagit pas de la même manière à « l'instant t » et « l'instant t+1 » et, suite à un traumatisme cérébral, par exemple, la rééducation permet à une région cérébrale d'avoir les mêmes fonctions que la région endommagée. Or, utiliser des techniques d'imagerie cérébrale à l'occasion d'expertises judiciaires n'est rien d'autre que permettre d'investiguer sur le cerveau … dont la principale caractéristique est sa plasticité et donc, son instabilité[625].

Pourtant, en théorie, le législateur français a implicitement autorisé l'utilisation de toutes les techniques d'imagerie cérébrale à l'occasion d'expertises judiciaires et a, en quelque sorte, « présumé » que les résultats obtenus en laboratoire étaient fiables. Or, la fiabilité de ces techniques dans le monde judiciaire représente la deuxième principale limite.

B. Les limites tenant à la méthode employée

À l'heure actuelle, le neurodroit n'a pas atteint le stade de maturité nécessaire afin d'être utilisé comme moyen d'évaluation de la dangerosité et ce, conformément à l'avis formulé par les nombreux spécialistes auditionnés à l'occasion de la révision des lois de bioéthique françaises[626]. Ce manque de fiabilité s'explique en partie par les nombreux obstacles[627] que l'on rencontre en pratique.

D'une part, les obstacles sont techniques. Ils tiennent au fait que, bien que les techniques d'imagerie cérébrale permettent d'obtenir de belles images et animations tridimensionnelles du cerveau, aucune des techniques n'est ni une photographie du cerveau, ni une mesure directe de l'activité du cerveau[628]. L'IRMf mesure indirectement l'activité neuronale à partir de variations de différentes natures. L'IRMf n'est pas une méthode qui permet d'enregistrer réellement et directement l'activité cérébrale. Les différentes techniques d'imagerie fonctionnelle ne procurent qu'une estimation à partir de phénomènes physiologiques, neurobiologiques, électriques, magnétiques ou radioactifs. La différence entre « enregistrer » l'activité du cerveau et « l'estimer » doit donc être gardée à l'esprit à l'heure où les neurosciences peuvent intégrer l'expertise judiciaire[629].

À cela, s'ajoute la variabilité liée aux mouvements de la personne dans l'appareil. En effet, tout mouvement peut faire perdre le signal et c'est pourquoi n'importe quel examen d'imagerie cérébrale (anatomique ou fonctionnelle) nécessite une immobilisation absolue du sujet pendant le temps nécessaire à l'examen. En matière d'évaluation de la dangerosité, cela nécessite du sujet qu'il soit

[625] D'où l'impossibilité, à notre avis, de comparer la neuro-preuve à la preuve génétique : l'ADN étant contrairement au cerveau et par définition, un élément stable.

[626] V. notamment le compte rendu de l'audition publique organisée par les députés Alain Claeys et Jean-Sébastien Vialatte en mars 2008, intitulée « Exploration du cerveau, neurosciences : avancées scientifiques, enjeux éthiques » [http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr-oecst/CR_Neurosciences.pdf] ; le rapport de l'OPECST sur « L'impact et les enjeux des nouvelles technologies d'exploration et de thérapie du cerveau », mars 2012 [http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/124000420/index.shtml] ; Centre d'analyse stratégique, séminaire du 10 décembre 2009, *Neurosciences et politique publiques*, « Perspectives scientifiques et légales sur l'utilisation des sciences du cerveau dans le cadre de procédures judiciaires » [http://archives.strategie.gouv.fr/cas/content/actes-du-seminaire-perspectives-scientifiques-et-legales-sur-l'utilisation-des-neuroscienc-0.html].

[627] Sur ce point, *V.*, B. Baertschi, *L'Éthique à l'écoute des neurosciences*, Paris, Les Belles Lettres, éd. 2013, pp. 180 à 198.

[628] N.K. Logothetis, « What we can do and what we cannot do with fMRI », *Nature,* 2008, vol. 453, p. 869.

[629] O. Oullier, F. Basso, « Différences individuelles, variabilités et limites actuelles du recours à l'imagerie cérébrale fonctionnelle par les tribunaux », *op.cit.,* p. 121 et s.

totalement consentant à passer cet examen[630] et qu'il soit totalement immobile, ce qui dans certains cas peut s'avérer complexe.
Une autre source de variabilité peut provenir de l'appareil puisqu'à l'occasion de plusieurs examens d'imagerie réalisés sur une même personne avec des appareils différents, il a été démontré que les résultats pouvaient être différents [631]. Les résultats sont donc dépendants du seuil défini par l'expérimentateur. En effet, selon le seuil défini par ce dernier, une activation sera ou non considérée comme significative. Ainsi, un changement des paramètres dans la chaîne d'analyse peut conduire à des conclusions radicalement différentes. C'est pourquoi, la prudence s'impose dans l'interprétation des images obtenues en IRMf. La variabilité liée à la plasticité du cerveau doit également être retenue.
De plus, l'ensemble des techniques d'imagerie fonctionnelle ne permet d'observer que des corrélations entre le mental et le cérébral. Or, une corrélation n'est ni une explication ni un lien de causalité : si A est corrélé à B, cela ne veut pas dire que A explique B. Par exemple, l'activation de l'amygdale corrélée avec la colère ou la peur ne signifie pas que la colère et la peur sont expliquées par l'activité de l'amygdale[632].
Enfin et surtout, il faut garder à l'esprit que l'usage des différentes techniques d'imagerie dans les laboratoires n'est pas identique à l'usage de ces mêmes techniques dans les prétoires. Il s'agit d'un usage détourné de sa finalité première. Or, si l'on souhaite évaluer la dangerosité encore faut-il savoir ce que l'on évalue : criminologique, psychiatrique, pénitentiaire ? De même, le moment de l'évaluation est important : quand évaluer la dangerosité compte tenu de la plasticité du cerveau ? Au moment de l'acte ? Cela paraît presque impossible sauf à imaginer, par exemple, une reconstitution virtuelle de la scène de crime grâce à l'imagerie ou bien une détection précoce de la dangerosité chez tous les individus et ce, dès le plus jeune âge.
Ces questions aussi terrifiantes soient-elles ne sont pas nouvelles. Rappelons qu'en France ce besoin d'identifier les causes biologiques ou neurobiologiques de l'agression, de l'hyperactivité, de la dangerosité existait déjà il y a dix ans. Souvenons-nous en effet, qu'en septembre 2005, l'INSERM avait rendu public un rapport d'expertise sur le trouble des conduites chez l'enfant et l'adolescent[633] dont l'objectif était de repérer et de prendre en charge les enfants susceptibles d'avoir des comportements violents. Ce travail avait eu un impact considérable puisqu'un député français s'en était inspiré pour proposer la création d'un système de repérage précoce des troubles du comportement de l'enfant dans les crèches et les établissements scolaires[634].

En France, toutes ces questions, n'ont pour l'heure pas encore été traitées d'où l'intérêt d'identifier précisément ce qu'est le neurodroit, ses enjeux, ses limites, ses perspectives afin de poser un cadre[635]. C'est pourquoi nous préférons parler de « limites » et non de dangers, puisque les limites sont, par définition, susceptibles d'être franchies un jour[636].

---

[630] La question interpelle : comment envisager d'évaluer la dangerosité d'un individu malade mental sur le fondement du nouvel article 16-14 du Code civil alors que ce dernier est incapable, par principe, de donner son consentement ?
[631] L. Friedman et al., « Reducing inter-scanner variability of activation in a multicenter fMRI study : Role of smoothness equalization », *Neuroimage*, 2006, vol. 32, Issue 4, p. 1656-1668, cité dans O. Oullier, F. Basso, « Différences individuelles, variabilités et limites actuelles du recours à l'imagerie cérébrale fonctionnelle par les tribunaux, *op.cit.,* p. 129.
[632] V. *not.,* B.Baertschi, *op.cit.,* p. 17.
[633] [http://www.inserm.fr].
[634] [http://www.ville.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_Bockel.pdf].
[635] En France, plusieurs thèses de doctorat ont débuté ces dernières années et portent sur ce thème, dont l'une intitulée *L'émergence d'un neurodroit* est d'ailleurs en cours au sein du Laboratoire de droit privé et de sciences criminelles (EA 4690) de l'Université d'Aix-Marseille, sous la direction du Professeur Madame Sylvie Cimamonti et la co-direction du Professeur Monsieur Olivier Oullier.
[636] Sur cette distinction entre limites actuelles et dangers potentiels, V. *spéc.*, L. Pignatel, O. Oullier, « Les neurosciences dans le droit », *op.cit.,* p. 93 et s.

CONCLUSION

Pour conclure, au sujet subtilement posé de « l'évaluation de la dangerosité : le neurodroit ? », la forme interrogative interpelait le juriste. Nous le faisions d'ailleurs remarquer en introduction puisque sur le fond le neurodroit paraissait éloigné du droit. Mais, à dire vrai, la question nous interpelait aussi et surtout sur la forme : la question n'est ni fermée, ni véritablement ouverte, et prend presque les allures d'une question suggestive. Et pour cause. Notre réponse invite à la prudence. Derrière l'apparence se cachait le « oui » et derrière la réalité se cachait ensuite le « non ». Mais finalement la réponse « oui et non » ne surprend pas tellement : elle est là, la réponse classique du juriste dont le cerveau, sans cesse en activité, réfléchit encore à la question posée...

La Revue
" A qui profite le droit ? "
Numéro 11 - Juin 2017

Table des matières

Les Annonces

Le Dossier

A qui profite le droit ? 6
Actes du colloque du 25 mars 2016

LA CONTESTATION DU DROIT, ... 8
*par Lamia **EL BADAWI***
I. La contestation « fidèle » au droit 9
A. Les ambiguïtés de la contestation par le droit
B. Les motifs de la contestation du droit dans les sociétés démocratiques
II. La contestation à la périphérie du droit 13
A. Le droit confronté à la désobéissance
B. L'évolution du droit sous l'effet de la désobéissance

REQUISITOIRE CONTRE LE DROIT : « LE DROIT PROFITE D'ABORD AUX INITIES ! »

PREMIER GRIEF : LA NORME AU SERVICE DES PRESCRIPTEURS DU DROIT ?

LE LEGISLATEUR SOUS L'INFLUENCE DU LOBBYING ?, ... 19
*par Grégory **HOUILLON***
I. L'influence normative du lobbying sur le contenu du droit produit 21
A. Une influence *a priori* par l'information de l'auteur
B. L'influence *a posteriori* par la garantie de l'adhésion du destinataire
II. L'influence normative du lobbying sur les modes de production du droit 26
A. Influence normative des lobbies et principe représentatif
B. Influence normative des lobbies et unilatéralisme

LE ROLE DE LA DOCTRINE, ... 35
*par Luc **GRYNBAUM***
I. Doctrine, une question d'autorité 35
II. Opinion doctrinale et rémunération : l'indépendance 36
III. La doctrine au service du droit contemporain 37

SECOND GRIEF : LA NORME DETOURNEE PAR LES DESTINATAIRES DU DROIT ?

LES SUBTILITES DU DROIT FISCAL, ...39
*par Jean-Luc **ALBERT***
I. La recherche d'une subtilité fiscale 40
A. La norme fiscale et sa compréhension
B. La norme fiscale et sa finesse d'interprétation
II. Les limites de la subtilité de la norme fiscale 44
A. Un frein à la subtilité de la norme fiscale : l'inaccessibilité et l'inintelligibilité
B. Un frein à la subtilité du contribuable

LE DETOURNEMENT DE LA REGLE DE PROCEDURE PENALE AU SERVICE DE LA REPRESSION, ...49
*par Jean-Baptiste **PERRIER***
I. Le pragmatisme pour raison 50
II. La loyauté pour rempart 53

LE DROIT INTERNATIONAL AU SERVICE DES ÉTATS PUISSANTS ?, ...55
*par Camille **MOISAN** et Enguerrand **SERRURIER***
I. L'orchestre symphonique classique, interprète privilégié de la « grande musique » du droit international 56
A. Le jeu des cordes : un droit international classique façonné par l'Occident
B. Débuts de cacophonie : une œuvre musicale inadaptée aux mutations de la communauté internationale
II. Adaptation de la « grande musique » internationale à ses nouveaux auditoires 61
A. Les vents, bois et cuivres : une redistribution de la société orchestrale
B. L'harmonie : un équilibre fragile entre droit et effectivité

PLAIDOYER POUR LE DROIT : **« LE DROIT PROFITE SURTOUT A CHACUN ! »**

PREMIER ALIBI : LES NORMES PROTEGENT LA PARTIE FAIBLE

L'EXTENSION NORMATIVE DU DROIT DE LA CONSOMMATION, ...66
*par Sandrine **TISSEYRE***
I. L'extension rationae personae *du droit de la consommation 68*
A. L'admission de la catégorie de non-professionnels au bénéfice de la protection du droit de la consommation
B. Une catégorie hétéroclite
II. L'influence rationae materiae *du droit de la consommation 71*
A. Vers une protection au-delà du contrat de « consommation »
B. Un but de protection de la partie faible suscitant des réserves

À QUI PROFITE LE DROIT DU TRAVAIL ?, ...76
*par Michel **MORAND***
I. Un droit à vocation univoque 76
A. Un droit de protection des salariés
B. La protection par l'ordonnancement traditionnel des normes juridiques
II. Un droit à vocation équivoque 77
A. Un droit de protection de l'entreprise
B. Le nouvel ordonnancement des normes juridiques

LE DROIT ADMINISTRATIF, PROTECTEUR DES ADMINISTRES, ...80
*par Olivier **LAVAIL***
*I. L'*administré-collectif *: justification des prérogatives accordées à l'administration 81*
A. La prise en compte de l'administré par le droit en tant que justificatif de l'action administrative
B. La recherche d'une nouvelle légitimité procédurale fondée sur une relation ascendante
*II. L'*administré-individu *: motif de sujétions pour l'Administration 85*
A. Le résultat de l'enrichissement et de la complexification du droit administratif
B. La subjectivisation croissante du Droit administratif facteur de protection de l'Administré

SECOND ALIBI : LES NORMES CONTRIBUENT A LA COHESION SOCIALE

LE DROIT DE LA CONCURRENCE, INSTRUMENT DE PRESERVATION DES MERITES SUR LES MARCHES POUR LE BIEN-ETRE COLLECTIF, ...89
*par Catherine **PRIETO***
I. Finalité des règles de la concurrence 90
A. Constats d'accaparement, appels à une norme
B. Concurrence, processus construit par le droit
II. Efficacité des règles de la concurrence 91
A. Comportements déviants des entreprises
B. Comportements déviants des États

À QUI PROFITE LA CITOYENNETE EUROPEENNE ?, ...97
*par Christine **BERTRAND***
I. La citoyenneté européenne profite faiblement aux citoyens européens et à l'Union européenne 98
A. Des droits trop symboliques et rarement spécifiques
B. Une étape indispensable, mais finalement non décisive de la construction européenne
II. La citoyenneté européenne est un facteur aujourd'hui marginal de cohésion de l'Union européenne 101
A. Citoyenneté européenne et cohésion sociale
B. Citoyenneté européenne et cohésion politique

LA CONTRACTUALISATION DE LA PRODUCTION NORMATIVE EN DROIT DE LA FAMILLE ET EN DROIT DES PERSONNES : INCIDENCES SUR LA THEORIE GENERALE DU CONTRAT, ...104
*par Jennifer **EXBRAYAT***
I. La qualification juridique des accords de volonté : contrat ou institution ? 105
A. La confrontation des approches contractuelle et institutionnelle des accords de volonté
B. Nature juridique hybride des accords de volontés
II. La contractualisation de la production normative : incidences sur le contrat 111
A. La diversification des fonctions du contrat
B. Les incidences sur la physionomie du contrat

La Revue
" A qui profite le droit ? "
Numéro 11 - Juin 2017

VERDICT

RAPPORT DE SYNTHESE, ... **115**
*par Hervé **LECUYER***
I. A un homme *118*
A. Un homme tire un profit illégitime
B. Un homme tire un profit légitime
II. A des hommes *120*
A. Le profit tiré de la création de la norme
B. Le profit tiré de la consistance de la norme
C. Le profit tiré de l'application de la norme
III. A l'homme *123*
A. L'avantage
B. Le progrès

L'Etude

L'évaluation de la dangerosité : le neurodroit ? **124**
*par Laura **PIGNATEL***
I. L'apparence *126*
A. L'évaluation de la dangerosité au moment du passage à l'acte
B. L'évaluation de la dangerosité au moment du prononcé de la sanction
II. La réalité *128*
A. Les limites tenant à l'objet d'étude
B. Les limites tenant à la méthode employée