

# LA REVUE DES JURISTES DE SCIENCES PO



**Direction scientifique :**

Bernard STIRN

**Rédacteurs en chef :**

Pierre-Benoit DRANCOURT et Matthieu MISIK

OCTOBRE 2020 - **N°19**

11<sup>e</sup> ANNÉE - ISSN 2011-4293



► Dossier thématique

## La nouvelle place de l'État

### ► ACTUALITÉS

2 > p. 4

L'accès aux médicaments à l'heure de la crise sanitaire

par Alice Dartevelle, doctorante à l'École de droit de Sciences Po

3 > p. 8

Relire la crise sanitaire avec Ulrich Beck : ce que peut le droit public

par Garance Thomas, doctorante à l'École de droit de Sciences Po

### ► DOSSIER THÉMATIQUE

4 > p. 15

La nouvelle place de l'État

par Stéphanie Abdesselam, Olivier Bernardi, Xavier Chassin de Kergommeaux, Mireille Delmas-Marty, David Djaïz, Michel Delpuech, Aurélie Filippetti, Laetitia Gaillard, Antoine Garapon, Antoine Gosset-Grainville, Florence G'Sell, Daniel Kadar, Christine Le Bihan-Graf, Enrico Letta, Guillaume Nataf, Hugo Pascal, Pierre-Louis Périn, Michel Prada, Alain Sauty de Chalon, Bernard Stirn, Hubert de Vauplane

# Sommaire

## Édito

Édito ..... n° 1

## Actualités

L'accès aux médicaments à l'heure de la crise sanitaire ..... n° 2

Relire la crise sanitaire avec Ulrich Beck : ce que peut le droit public ..... n° 3

## Dossier thématique

La nouvelle place de l'État ..... n° 4

Construire une citoyenneté à plusieurs niveaux ..... n° 5

Résolution bancaire : la nouvelle réglementation dispensera-t-elle les États d'intervenir dans les faillites bancaires ? ..... n° 6

The new French compliance landscape at the time of the first assessments: a common inspiration, regulatory

authorities that have taken off and an intense litigation to come ..... n° 7

Reconstruire la puissance publique ..... n° 8

Le rôle nouveau de l'État en matière de sécurité ..... n° 9

Quelle place pour l'État dans la politique culturelle au XXI<sup>e</sup> siècle ? ..... n° 10

La justice a été en arrêt maladie pendant l'épidémie ..... n° 11

L'État actionnaire ..... n° 12

Remarques sur les aspects juridiques de la « souveraineté numérique » ..... n° 13

La place de l'État dans le secteur de l'énergie : un modèle pour l'intervention de la puissance publique dans les secteurs régaliens ? ..... n° 14

Une conversation avec Enrico Letta ..... n° 15

Les AAI, symptôme de la crise de l'État ou attribut d'un État moderne ? ..... n° 16

La RSE : une mutation des relations entre États et entreprises ..... n° 17

Contrôle des investissements étrangers ..... n° 18

Covid-19: What to do about sovereign debt? ..... n° 19

# L'équipe **contentieux et arbitrage**

## Nos atouts

En France, nos associés, qui bénéficient d'une notoriété incontestée, sont très intégrés dans la communauté judiciaire et dans le monde de l'arbitrage. De plus, nos avocats collaborent étroitement avec une équipe composée de plus de 800 avocats des différents bureaux de Reed Smith et intervenant dans des contentieux à travers les Etats-Unis, l'Europe, l'Asie et le Moyen-Orient. Leurs compétences sont largement reconnues comme l'illustre le classement de Reed Smith - chaque année - parmi les meilleurs cabinets de contentieux et de risques industriels en Europe, aux Etats-Unis et en Asie.

L'implantation historique de nos avocats sur le marché français et notre vision globale et internationale du contentieux nous confèrent une position privilégiée pour vous conseiller et vous représenter:

- dans le choix de la juridiction à saisir,
- dans la détermination de votre stratégie judiciaire,
- pour l'exécution des décisions françaises hors de nos frontières ou de décisions étrangères en France.

## Au niveau mondial

Une tradition du contentieux en France

Une plateforme internationale pour répondre à des questions mondiales

Un savoir-faire distingué, notamment en de responsabilité du fait des produits : l'équipe figure parmi les meilleures dans les classements d'Option Droit et Affaires et de Legal 500.

## Vos contacts



### Ana Atallah

Associée

Paris

+33 (0) 1 76 70 40 00

aatallah@reedsmith.com



### Benoît Charot

Associé

Paris

+33 (0) 1 76 70 40 00

bcharot@reedsmith.com



### Daniel Kadar

Associé

Paris

+33 (0) 1 76 70 40 00

imacelhone@reedsmith.com



### Peter Rosher

Associé

Paris

+33 (0) 1 76 70 40 00

prosher@reedsmith.com



### Andrew Tetley

Associé

Paris

+33 (0) 1 76 70 40 00

atetley@reedsmith.com



### Emmanuelle Faivre

Counsel

Paris

+33 (0) 1 76 70 40 00

efaire@reedsmith.com



### Clément Fouchard

Associé

Paris

+33 (0) 1 76 70 40 00

cfouchard@reedsmith.com

ABU DHABI  
ATHENS  
AUSTIN  
BEIJING  
BRUSSELS  
CENTURY CITY  
CHICAGO  
DALLAS  
DUBAI  
FRANKFURT  
HONG KONG  
HOUSTON  
KAZAKHSTAN  
LONDON  
LOS ANGELES  
MIAMI  
MUNICH  
NEW YORK  
**PARIS**  
PHILADELPHIA  
PITTSBURGH  
PRINCETON  
RICHMOND  
SAN FRANCISCO  
SHANGHAI  
SILICON VALLEY  
SINGAPORE  
TYSONS  
WASHINGTON, D.C.  
WILMINGTON



**Reed Smith**, cabinet d'avocats international fort de 30 bureaux dans le monde, l'un des acteurs les plus dynamiques à Paris, est le partenaire de la Revue des Juristes de Sciences Po

Avec **3000 personnes**, dont **1800 avocats**, Reed Smith est présent aux Etats-Unis, en Europe, au Moyen-Orient et en Asie. Implanté à Paris depuis 2005, Reed Smith y compte près de 80 avocats, dont 23 associés aux expertises complémentaires en contentieux et en conseil. Leurs savoir-faire diversifiés sont reconnus par le marché et ancrés dans cinq secteurs stratégiques : Energie et ressources naturelles, Finance, Industries pharmaceutiques et de santé, Media & Entertainment, Transports.

**Contact : Daniel Kadar**, Associé en contentieux, Co-Managing Partner, EF 1995 [dkadar@reedsmith.com](mailto:dkadar@reedsmith.com)

[reedsmith.com](http://reedsmith.com)

ABU DHABI ATHENS AUSTIN BEIJING BRUSSELS CENTURY CITY CHICAGO DALLAS DUBAI  
FRANKFURT HONG KONG HOUSTON KAZAKHSTAN LONDON LOS ANGELES MIAMI MUNICH NEW  
YORK **PARIS** PHILADELPHIA PITTSBURGH PRINCETON RICHMOND SAN FRANCISCO SHANGHAI  
SILICON VALLEY SINGAPORE TYSONS WASHINGTON, D.C. WILMINGTON

**ReedSmith**  
Driving progress  
through partnership

## 1 Édito



**Pierre-Benoît DRANCOURT,**  
*Rédacteur en chef*



**Matthieu MISIK,**  
*Rédacteur en chef*

**C**hers lecteurs, Chères lectrices,  
Nous sommes heureux de pouvoir vous présenter ce nouveau numéro de la Revue des Juristes de Sciences Po consacré à la nouvelle place de l'État et dirigé par Bernard Stirn.

Nous tenons en premier lieu à remercier toutes celles et tous ceux qui ont permis à ce 19<sup>e</sup> numéro de paraître. Sans conteste, la crise du coronavirus a constitué un cadre de travail inédit pour nos partenaires comme pour nos équipes, et leur mérite n'en est que plus grand.

À cet égard, nous souhaitons remercier chaleureusement Bernard Stirn pour sa disponibilité, ses conseils et la ligne qu'il a insufflée à ce travail. Nous remercions aussi et vivement les contributrices et les contributeurs de cette publication qui, au-delà de la confiance et de l'engagement qu'ils nous ont témoigné, ont réussi à allier la qualité de leur expertise et les plus actuelles considérations qui découlent de la crise que nous vivons. Enfin, notre reconnaissance va également à l'École de droit de Sciences Po et aux membres du comité scientifique et du comité de rédaction, sans qui cette nouvelle collaboration n'aurait pas abouti.

Entamée avant la crise du coronavirus, notre réflexion sur le sujet de ce numéro répondait aux épreuves et aux changements importants dont nous sommes toutes et tous témoins aujourd'hui et auxquels une institution aussi fondamentale pour le droit que ne l'est l'État fait face en ce début de XXI<sup>e</sup> siècle.

Le dossier thématique devait initialement aborder ces épreuves et ces changements en explorant les nouveaux périmètres de la puissance publique dans un univers mondialisé en adoptant une approche kaléidoscopique. Celui-ci n'aurait alors pas manqué de mettre en lumière toute la prégnance de réflexions si profondes.

Puis le Covid-19 est arrivé, projetant les réflexions engagées

jusqu'à et plaçant les contributions de ce numéro dans une perspective d'autant plus saisissante, mettant en exergue de façon parfois radicale les enjeux qui se posent aux États et aux missions qu'ils entendent poursuivre aujourd'hui et à l'avenir. Ainsi, les bouleversements engendrés par la crise sanitaire actuelle ont-ils mis encore plus l'accent sur le lien qui existe entre les nouvelles directions dans lesquelles s'engagent les États, entre, d'une part, une institution si centrale et, d'autre part, des défis profondément nouveaux.

Ce nouveau numéro propose donc de traiter de l'État par le prisme de questions à la fois classiques et originales.

Aspects traditionnels s'il en est, mais non moins essentiels pour l'État à ce jour encore, les missions régaliennes, en lien plus ou moins net avec l'idée de souveraineté, n'en demeurent pas moins présentes. Elles ont à ce titre toute leur place dans les réflexions qui nourrissent le présent numéro. Bien que plus moderne dans sa démarcation et dans son affirmation, le volet social et culturel de l'État prend lui aussi sa part dans les nouvelles trajectoires qu'empruntent les États, avec des considérations toutes aussi déterminantes sur le rapport entre la puissance publique et la société au sens large.

Enfin, loin de se juxtaposer à ces thèmes déjà conséquents en eux-mêmes, s'y ajoutent et s'y mêlent des problématiques historiques mais renouvelées par des évolutions contemporaines tant politiques que technologiques : l'économie, la finance, les données, etc.

L'ensemble de ces sujets laisse à voir l'ampleur qui est toujours celle de la place de l'État, suggérant que ce dernier reste un catalyseur de dimensions aussi diverses que vitales et que le droit ne peut ignorer s'il veut continuer à lui donner forme.

Nous vous donnons rendez-vous en janvier pour notre prochain numéro, consacré à la privatisation de la justice.

En vous souhaitant une excellente lecture. ■

## Revue des Juristes de Sciences Po

REVUE SEMESTRIELLE

Directeur scientifique :

**Bernard Stirn**

Conseiller scientifique :

**Louis Assier-Andrieu,**  
Directeur de recherches  
au CNRS, Professeur à l'École  
de Droit de Sciences Po

Rédacteurs en chef :

**Pierre-Benoît Drancourt  
& Matthieu Misik**

Membres du Comité  
de rédaction :

**Jules Andreau  
Amjad El Hafidi  
Catherine Ellwanger  
Stanislas Julien-Steffens  
Blanche Mourre  
Sofia Norton  
Carla Sasiela**

Membres du Comité  
Scientifique :

**Bernard Stirn** (Président),  
président de section honoraire  
au Conseil d'État

**Reinhard Dammann**, avocat,  
professeur affilié à l'École de  
Droit de Sciences Po

**Aurélien Hamelle**, directeur  
juridique du groupe Total

**Julie Klein**, professeur de  
droit à l'Université de Rouen-  
Normandie, secrétaire générale  
adjointe du Club des Juristes

**Anne Maréchal**, directrice  
juridique de l'AMF

**Emmanuelle Mignon**, conseiller  
d'État en disponibilité, avocat  
associé chez August & Debouzy

**Pierre-Louis Périn**, avocat  
associé, Bersay et associés,  
professeur affilié à l'École de  
Droit de Sciences Po

**Hugo Pascal**, doctorant  
à l'Université Paris 2,  
rédacteur en chef honoraire

Directeur de la publication :  
**Thimothée Guichoux**

Photo de couverture :

© Marta Nascimento / Sciences Po

Origine du papier : Allemagne  
Taux de fibres recyclées : 6 %  
Certification : 100 %  
Impact sur l'eau : P<sub>TOT</sub> = 0,01 kg / tonne



Evoluprint  
Parc Industriel Euronord  
10, rue du Parc - 31150 Bruguères

---

## LES AUTEURS

---

**Stéphanie ABDESSELAM** Avocate collaboratrice au sein du département Contentieux du cabinet Reed Smith.

**Olivier BERNARDI** département financier.

**Xavier CHASSIN DE KERGOMMEAUX** Avocat associé Senior du cabinet Gide, spécialisé en financements adossés à des actifs, titrisations, sociétés de crédit foncier et sociétés de financement de l'habitat (covered bonds), fiducies, financements structurés et défaisances.

**Alice DARTEVELLE** Doctorante à l'École de droit de Sciences Po Paris et Docteur en Pharmacie.

**Mireille DELMAS-MARTY** Professeur émérite au Collège de France, Membre de l'Institut.

**Michel DELPUECH** Ancien Préfet de région et ancien Préfet de police, Conseiller d'État en service extraordinaire.

**David DJAÏZ** Auteur et Enseignant à Sciences Po Paris, Dernier ouvrage paru : Slow Démocratie. Comment maîtriser la mondialisation et reprendre notre destin en main (Paris, Allary Éditions, 2019).

**Aurélien FILIPPETTI** Ancienne Ministre de la Culture (2012-2014), Députée de Moselle (2007-2017), Aurélien Filippetti est Professeure agrégée à Sciences Po Paris et Nancy. Elle est aussi romancière (Les derniers jours de la classe ouvrière, Stock, 2003 ; Un Homme dans la poche, Stock, 2006 ; Les Idéaux, Fayard, 2018) et participe régulièrement à l'Esprit Public sur France Culture.

**Laetitia GAILLARD** Avocate collaboratrice au sein du département Contentieux du cabinet Reed Smith.

**Antoine GARAPON** Magistrat honoraire, membre du comité de rédaction de la revue Esprit. Dernière publication : La justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique, PUF, 2018 (avec Jean Lassègue).

**Antoine GOSSET-GRAINVILLE** Avocat associé du cabinet BDGS Associés au sein du département concurrence et régulation, inscrit aux barreaux de Paris et de Bruxelles.

**Florence G'SELL** Agrégée de droit privé, Professeur à l'Université de Lorraine et co-titulaire de la Chaire Digital, Gouvernance et Souveraineté de Sciences Po Paris. Elle travaille principalement sur les questions impliquant le numérique, dans un optique comparative.

**Daniel KADAR** Co-gérant du bureau de Paris du cabinet Reed Smith et Avocat associé au sein du département Contentieux, il est régulièrement impliqué dans des litiges transnationaux et dispose d'une profonde expérience des différences entre les systèmes juridiques.

**Christine LE BIHAN-GRAF** Avocate associée responsable de l'activité droit public économique et spécialisée en droit de l'énergie au sein du cabinet De Pardieu Brocas Maffei, Directrice générale de la Commission de régulation de l'énergie de 2008 à 2011, Agrégée de philosophie, Diplômée de l'ENA (1996) et membre du Conseil d'État en activité jusque 2003.

**Enrico LETTA** Doyen de l'École des Affaires Internationales de Sciences Po Paris depuis 2015, Président de l'Institut Jacques Delors depuis 2016, Président d'APSIA (Association of Professional Schools of International Affairs) depuis juin 2019.

**Guillaume NATAF** Avocat associé du cabinet Baker McKenzie, spécialisé en « fusions-acquisitions et droit des sociétés en France et à l'international.

**Hugo PASCAL** Doctorant en droit civil à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas, ancien élève de l'École de droit de Sciences Po.

**Pierre-Louis PÉRIN** Avocat associé du cabinet Bersay, Professeur affilié à l'École de Droit de Sciences Po.

**Michel PRADA** Ancien Président de l'Autorité des Marchés Financiers, Président du Conseil de normalisation des comptes publics.

**Alain SAUTY DE CHALON** Avocat associé du cabinet Baker McKenzie, spécialisé en fusions-acquisitions, droit des sociétés et restructurations.

**Bernard STIRN** Président de section honoraire au Conseil d'État, Membre de l'Institut.

**Garance THOMAS** Doctorante en droit public de l'environnement et en droit des déchets à l'École de Droit de Sciences Po Paris, diplômée de l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne en droit public et en sciences politiques.

**Hubert DE VAUPLANE** Avocat associé du cabinet Kramer Levin Naftalis & Frankel LLP à Paris, Docteur en droit.

# Actualités



## 2 L'accès aux médicaments à l'heure de la crise sanitaire

Le dialogue entre droit et science face à une cristallisation inédite de tensions



Alice DARTEVELLE,  
Doctorante à l'École de Droit de Sciences Po,  
docteur en Pharmacie

1 - Auparavant considérée comme un enjeu touchant exclusivement les pays en développement, la question de l'accès aux médicaments en France a occasionnellement fait irruption dans l'espace médiatique ces dernières années autour de deux enjeux principaux : la question de l'occurrence croissante de ruptures d'approvisionnement de médicaments sur notre territoire et celle du prix des nouvelles innovations médicamenteuses, notamment lors de la mise sur le marché en France de médicaments extrêmement onéreux de la classe des antiviraux à action directe utilisés pour le traitement de l'hépatite C.

2 - Marquant une rupture avec le traitement médiatique épisodique de la question de l'accès aux médicaments, la crise sanitaire actuelle a notamment eu pour conséquence de la hisser au cœur des préoccupations des citoyens par la mise permanente sous le feu des projecteurs d'une multitude de tensions afférentes à ce domaine. Les fermetures de frontières, la mise à l'arrêt quasiment complète des grands acteurs de la production industrielle, la tentation protectionniste et l'attente généralisée et fébrile de la découverte d'un traitement ou d'un vaccin ont en effet considérablement exacerbé ces tensions, jusqu'à approcher un point de rupture pouvant être qualifié de véritable « crise médicamenteuse »<sup>1</sup>.

3 - En l'espace de quelques semaines, les résistances autour de la question de l'accès aux médicaments ont en effet pris des formes multiples et l'ont hissée au cœur même des priorités nationales en matière sanitaire. En premier lieu, des tensions voire ruptures d'approvisionnement, définies comme « l'incapacité pour une pharmacie d'officine ou une pharmacie à usage intérieur (...) de dispenser un médicament à un patient dans un délai de 72 heures après avoir effectué une demande d'approvisionnement auprès de deux entreprises exerçant une activité de distribution de médicament »<sup>2</sup> ont pu être observées dès la fin du mois de mars, notamment vis-à-vis de certains médicaments utilisés pour la prise en charge en réanimation des patients atteints par le Covid-19. Celles-ci ont brutalement mis en lumière la question d'ores et déjà connue des pouvoirs publics de notre vulnérabilité dans l'approvisionnement en médicaments par notre dépendance à des pays tiers. En témoigne la préoccupation sans cesse grandissante des pouvoirs publics vis-à-vis de cette problématique avec notamment la publication en juillet 2019 d'une feuille de route sur la lutte contre les pénuries de médicaments en France<sup>3</sup>. En second lieu, des tensions autour de l'accès à des traitements ne bénéficiant pas

d'une autorisation de mise sur le marché (AMM) dans le traitement du Covid-19 sont apparues, principalement à travers le débat autour de l'utilisation de l'hydroxychloroquine dans cette indication, qui a vu s'affronter médecins, chercheurs mais également représentants politiques et citoyens dans l'arène scientifique, médiatique et judiciaire. La crise sanitaire a également été caractérisée par une exacerbation des tensions autour du décalage entre le rythme de la recherche scientifique de nouveaux traitements et de vaccins et celui de la crise, qui relève nécessairement du domaine de l'urgence. Cette exacerbation de tensions a en outre été couplée à de nombreux questionnements quant aux modalités de la communication scientifique autour de la recherche clinique au grand public. Enfin, les déclarations du directeur général du laboratoire pharmaceutique Sanofi sur la priorité donnée aux États-Unis dans l'accès à un éventuel vaccin contre le Covid-19<sup>4</sup> n'ont pas manqué de susciter la polémique et d'entraîner une prise de conscience autour de potentielles futures inégalités d'accès à un vaccin entraînées par la concurrence que se livrent les États sur cette question, y compris entre États traditionnellement considérés comme partenaires.

4 - Cette cristallisation de tensions nous conduit à questionner nos schémas traditionnels et la façon dont le droit peut contribuer à apporter une réponse aux défis qui se manifestent depuis plusieurs mois avec une intensité nouvelle, et ce en lien étroit avec les données scientifiques et la parole des experts. Cette question sera étudiée à travers trois exemples représentatifs de la façon dont l'outil juridique a été mobilisé de façon conjointe aux arguments scientifiques par le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et l'autorité judiciaire durant cette crise pour traiter certains des enjeux rencontrés dans l'accès aux médicaments, à savoir l'encadrement des modalités d'accès aux médicaments en dehors de l'indication autorisée par leur AMM et la lutte contre les ruptures d'approvisionnements de médicaments en France.

1. A. Lami, L'accès au médicament à l'épreuve de l'urgence sanitaire, Dr. fam. 2020, étude 18.

2. CSP, art. R. 5124-49-1.

3. Ministère des Solidarités et de la Santé, Lutter contre les pénuries et améliorer la disponibilité des médicaments en France – Feuille de route 2019 – 2022,

[https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/31142\\_dicom\\_pe\\_nurie\\_de\\_me\\_dicamentsv8.pdf](https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/31142_dicom_pe_nurie_de_me_dicamentsv8.pdf)

4. « Le gouvernement américain a le droit à la plus grosse précommande car il a investi dans la prise de risque. » dans un article de Bloomberg du 14 mai 2020, disponible sur <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-05-14/we-put-8-questions-to-sanofi-s-ceo-about-the-race-for-a-vaccine>.

## 1. Une extension des pouvoirs de l'exécutif en matière de mise à disposition de médicaments rendue possible par la voie législative

5 - La loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19<sup>5</sup>, adoptée en commission mixte paritaire le 22 mars 2020, a créé un régime d'état d'urgence sanitaire destiné à répondre à une catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population<sup>6</sup>. Ce nouveau régime sert d'ancrage légal à l'extension des prérogatives pouvant être mises en œuvre par le pouvoir exécutif. Il confère en effet de nouveaux pouvoirs au Premier ministre, qui a la possibilité de prendre une série de mesures énumérées à l'article L. 3131-15 du Code de la santé publique par décret<sup>7</sup>. Le Premier ministre peut ainsi « prendre toute mesure permettant la mise à la disposition des patients de médicaments appropriés pour l'éradication de la catastrophe sanitaire »<sup>8</sup>. Cette disposition, introduite en séance au Sénat, répond à la demande du ministre des Solidarités et de la Santé de disposer d'un « dispositif souple », pour pouvoir réagir aux résultats de « recherches thérapeutiques d'importance majeure » conduites en France et à l'étranger en demandant par exemple la « mise en œuvre de manière très réactive d'un dispositif de licences d'office ou de plafonnement du prix de médicaments »<sup>9</sup>. De fait, le langage employé donne toute latitude au Premier ministre pour prendre par décret toute mesure nécessaire afin de permettre l'accès aux médicaments pouvant être utilisés dans le cadre du traitement ou de la prévention de la maladie Covid-19. On notera d'ores et déjà que le terme « approprié » est suffisamment large pour laisser la porte ouverte à la mise à disposition des patients de médicaments expérimentaux ou utilisés dans une indication autre que celle de leur autorisation de mise sur le marché.

6 - Les déclarations du ministre des Solidarités et de la Santé en séance au Sénat le 19 mars 2020 démontrent une volonté du gouvernement de bénéficier de l'outil juridique le plus souple possible afin de pouvoir réagir aux avancées des connaissances scientifiques sur ce virus, utilisant ainsi la voie législative pour considérablement renforcer l'efficacité du dialogue entre science et droit.

## 2. Le recours à des dispositifs souples par le pouvoir exécutif pour encadrer l'accès aux médicaments en lien étroit avec les données scientifiques disponibles

7 - En France, plusieurs modalités permettent la prescription d'un médicament en dehors des indications prévues par son AMM<sup>10</sup>. Sa prescription peut tout d'abord être encadrée par une autorisation temporaire d'utilisation<sup>11</sup> (ATU) ou une recommandation temporaire d'utilisation<sup>12</sup> (RTU), qui permettent respectivement et sous certaines conditions précises de mettre à la disposition de patients en situation d'échec thérapeutique une spécialité pharmaceutique ne bénéficiant pas d'une AMM en France ou d'encadrer la prescription d'une spécialité d'ores et déjà autorisée en dehors

des indications de son AMM. De plus, le médecin conserve en droit français une liberté de prescription, mentionnée dans le Code de la santé publique<sup>13</sup> et le Code de la sécurité sociale<sup>14</sup>, qui lui permet de s'écarter des indications prévues par l'AMM d'un médicament sous certaines conditions. Ainsi, en l'absence de RTU dans l'indication ou dans les conditions d'utilisation considérées, et sous réserve qu'aucune alternative médicamenteuse appropriée bénéficiant d'une AMM ou d'une ATU ne soit disponible, le médecin conserve la possibilité d'effectuer une prescription non conforme à l'AMM d'un médicament s'il « juge indispensable, au regard des données acquises de la science, le recours à cette spécialité pour améliorer ou stabiliser l'état clinique de son patient »<sup>15</sup>.

8 - Toutefois, les circonstances de la crise sanitaire et le fait qu'aucun traitement médicamenteux n'était autorisé ni même n'avait démontré son efficacité selon des standards d'évaluation dans le traitement ou la prévention du Covid-19 ont conduit les autorités à s'écarter des conditions de droit commun permettant la prescription hors AMM d'une spécialité médicamenteuse. En effet, la lourdeur administrative des mécanismes d'ATU et de RTU et la menace que l'exercice de sa liberté de prescription fait peser sur le prescripteur du fait de la potentielle mise en cause future de sa responsabilité en cas d'apparition d'effets indésirables, notamment au regard de la difficulté d'appréhender le concept de « données acquises de la science » face à ce virus méconnu, étaient incompatibles avec l'urgence sanitaire et l'incertitude scientifique caractérisant cette période.

9 - L'hydroxychloroquine, commercialisée en France sous le nom de Plaquenil® dans le traitement de certaines maladies inflammatoires<sup>16</sup>, a très rapidement été au centre d'un intense débat sur l'opportunité de son utilisation dans le traitement du Covid-19. En effet, tel que l'avait indiqué l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM) fin mars 2020, « des données préliminaires suggèrent un effet potentiel de l'hydroxychloroquine sur ce virus, sans que cela ne constitue une démonstration d'efficacité »<sup>17</sup>. Si ce médicament a rapidement pu être mis à disposition des patients dans le cadre d'essais cliniques menés en France et au niveau international, tous les patients souffrant de cette maladie ne pouvaient être inclus dans ces essais, ce qui a conduit les pouvoirs publics à permettre la prescription d'hydroxychloroquine en dehors des indications de son AMM en se conformant aux recommandations émises par le Haut Conseil de la santé publique (HCSP)<sup>18</sup>. On notera que l'association lopinavir / ritonavir, utilisée dans le cadre de son AMM dans le traitement de l'infection à VIH-1 chez l'adulte et le jeune enfant<sup>19</sup> a également fait l'objet de mesures dérogatoires de prescription encadrées par décret.

10 - Le pouvoir exécutif s'est appuyé sur le fondement du 9° de l'article L. 3131-15 du Code de la santé publique<sup>20</sup>, introduit par la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 précédemment mentionnée, pour prendre ces mesures par décret<sup>21</sup>. Démontrant le tâtonnement auquel a dû se livrer le gouvernement sur ce sujet, ces modalités ont été complétées dès le lendemain par un autre décret qui est venu restreindre cette possibilité de prescription en ajoutant de

5. Loi n° 2020-290, 23 mars 2020, d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

6. CSP, art. L. 3131-12.

7. CSP, art. L. 3131-15.

8. CSP, art. L. 3131-15 9°.

9. Sénat, Compte rendu intégral Séance du jeudi 19 mars 2020.

10. A. Regniault, A. C. Perroy, A. Rimailho, Recherche clinique et médicaments : la loi et l'éthique à l'épreuve de la crise sanitaire, 27 avril 2020.

11. CSP, art. L. 5121-12.

12. CSP, art. L. 5121-12-1.

13. CSP, art. R. 4127-8.

14. CSS, art. L. 162-2.

15. CSP, art. L. 5121-12-1.

16. Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé, Protocole d'utilisation thérapeutique Hydroxychloroquine – Infection par le coronavirus SARS-CoV-2, 30 mars 2020.

17. Ibid.

18. Haut Conseil de la santé publique, Avis relatif aux recommandations thérapeutiques dans la prise en charge du COVID-19 (complémentaire à l'avis du 5 mars 2020), 23 mars 2020.

19. Ibid.

20. CSP, art. L. 3131-15 9°.

21. Décret n° 2020-314, 25 mars 2020, complétant le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

nouvelles conditions<sup>22</sup>. Ces conditions mentionnent explicitement la référence aux recommandations émises par le HCSP, illustrant ainsi l'importance donnée à l'avis des experts et aux données scientifiques en vigueur sur ce sujet. Le décret charge par ailleurs l'ANSM de préciser les modalités de la prescription d'hydroxychloroquine en élaborant un protocole d'utilisation thérapeutique à l'attention des professionnels de santé<sup>23</sup>, permettant ainsi de sécuriser au maximum la prescription selon l'évolution des connaissances sur ce traitement, de façon similaire à un mécanisme de RTU ou d'ATU.

11 - Ce dispositif souple, appuyé par les recommandations du HCSP et encadré par l'ANSM, présente l'avantage de permettre l'évolution rapide des modalités de prescription de ces spécialités pharmaceutiques en fonction de l'avancée des connaissances scientifiques sur l'efficacité et la sécurité de l'utilisation de ces médicaments. En témoigne le revirement rapide opéré par le ministre des Solidarités et de la Santé suite à la modification des recommandations du HCSP sur le positionnement de l'hydroxychloroquine dans la prise en charge du Covid-19 dans un avis publié le 23 mai 2020<sup>24</sup>. Le HCSP s'est en effet appuyé sur les recommandations internationales, sur les études scientifiques publiées, dont une étude<sup>25</sup> depuis lors remise en question puis retirée par la revue scientifique *The Lancet*, ainsi que sur les rapports des centres régionaux de pharmacovigilance pour recommander « *de ne pas utiliser l'hydroxychloroquine (seule ou associée à un macrolide) dans le traitement du Covid-19* », tout en continuant d'évaluer le bénéfice / risque de ce médicament dans le cadre d'essais cliniques<sup>26</sup>. En conséquence, un décret du 26 mai 2020 a abrogé les conditions dérogatoires de prescription de l'hydroxychloroquine et de l'association lopinavir / ritonavir mises en place par voie réglementaire<sup>27</sup>. Ainsi, ces médicaments ne doivent plus être prescrits, que ce soit dans le cadre de la médecine de ville ou à l'hôpital, pour le traitement de cette maladie. Le communiqué de presse publié par le ministère des Solidarités et de la Santé le 27 mai 2020 prend soin de préciser que la publication de ce décret « *tire une nouvelle fois les conclusions de l'avis du HCSP* » et que les recommandations pourront à l'avenir être mises à jour « *à la lumière des nouvelles données issues de la recherche clinique* »<sup>28</sup>, démontrant une nouvelle fois que l'encadrement juridique en la matière est étroitement conditionné à l'avis des experts et à l'évolution des connaissances scientifiques et nécessite dès lors le recours à des dispositifs d'encadrement souples.

12 - On notera en outre que le pouvoir exécutif s'est servi de la voie réglementaire pour répondre à l'une des autres tensions observées dans l'accès aux médicaments, à savoir la lutte contre les ruptures d'approvisionnements. Le décret n° 2020-314 du 25 mars 2020 a ainsi rapidement interdit toute exportation de spécialités contenant l'association lopinavir/ ritonavir ou de l'hydroxychloroquine « *afin de garantir l'approvisionnement approprié et continu*

*des patients sur le territoire national, en officines de ville comme dans les pharmacies à usage intérieur* »<sup>29</sup>.

### 3. L'accès aux médicaments dans l'arène juridictionnelle

13 - Suivant une tendance plus globale de judiciarisation de l'accès aux médicaments à l'échelle internationale, les tribunaux français sont apparus de façon occasionnelle ces dernières années comme un recours pour faire face aux barrières érigées par les autorités publiques pour accéder à un médicament donné. Cette stratégie avait par exemple pu être observée en 2018 lors de la demande d'annulation formulée par un particulier auprès du Conseil d'État d'une décision de modification de la RTU du baclofène dans la prise en charge des patients alcoolo-dépendants visant à restreindre la posologie maximale autorisée<sup>30</sup>.

14 - Il n'est donc pas surprenant que le débat autour des conditions d'utilisation de l'hydroxychloroquine dans le traitement du Covid-19 ait fait irruption dans les prétoires, et ce rapidement après le début de la crise sanitaire.

15 - Au mois de mars, l'Union générale des travailleurs de Guadeloupe (UGTG) avait notamment demandé au juge des référés du tribunal administratif de Guadeloupe d'enjoindre à l'Agence Régionale de Santé de la Guadeloupe (ARS) et au Centre Hospitalier Universitaire de la Guadeloupe (CHU) de passer commande de doses d'hydroxychloroquine et d'azithromycine, un antibiotique de la famille des macrolides, pour le traitement de l'épidémie de Covid-19 au regard de la situation sanitaire du pays. Afin de donner droit à la demande de l'UGTG, le juge des référés du tribunal administratif de Guadeloupe invoque le principe de précaution et le droit au respect de la vie, issu de l'article 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. À nouveau, on voit que la parole des experts et les données scientifiques irriguent le raisonnement juridique, dans la mesure où le juge se réfère notamment aux « *déclarations et (...) publications du professeur Didier Raoult, spécialiste des maladies infectieuses* », aux « *résultats encourageants* » de la combinaison hydroxychloroquine / azithromycine dans le traitement de cas sévères d'infection au coronavirus et à l'inclusion de ces deux molécules dans l'essai clinique européen Discovery pour justifier sa décision, tout en convenant que la prudence reste de rigueur quant aux « *résultats de cette étude et (...) effets de ces médicaments* »<sup>31</sup>.

16 - Cette décision a été annulée par une ordonnance du Conseil d'État en date du 4 avril 2020<sup>32</sup>, qui s'appuie quant à lui sur une expertise et des données scientifiques d'une autre nature. Le juge des référés du Conseil d'État fonde sa décision sur les recommandations du HCSP et les conditions de prescription instaurées par décret qui en découlent, prévoyant qu'un traitement par hydroxychloroquine et azithromycine ne puisse être administré qu'à un nombre limité de patients, et sur le fait que d'autres molécules étaient à ce moment incluses dans des essais cliniques en attente de résultats pour déterminer que les stocks de ces deux médicaments prévus par l'ARS et le CHU de Guadeloupe ne pouvaient être considérés comme insuffisants et constitutifs d'une carence dans l'usage des pouvoirs dont ces deux organismes disposent.

17 - Cette ordonnance faisait suite à deux autres ordonnances dans lesquelles le juge des référés du Conseil d'État avait eu à se prononcer sur la question de la prescription de l'hydroxychloro-

22. Décret n° 2020-337, 26 mars 2020, complétant le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

23. Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé, Protocole d'utilisation thérapeutique Hydroxychloroquine – Infection par le coronavirus SARS-CoV-2, 30 mars 2020

24. Haut Conseil de la santé publique, Covid-19 : utilisation de l'hydroxychloroquine, 23 mai 2020

25. M. R. Mehra, S. S. Desai, F. Ruschitzka, A. N. Patel, RETRACTED : Hydroxychloroquine or chloroquine with or without a macrolide for treatment of COVID-19 : a multinational registry analysis, *The Lancet*, May 22 2020.

26. Haut Conseil de la santé publique, Covid-19 : utilisation de l'hydroxychloroquine, 23 mai 2020.

27. Décret n° 2020-630, 26 mai 2020, modifiant le décret n° 2020-548 du 11 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

28. Ministère des Solidarités et de la Santé, Communiqué de presse, Avis du Haut Conseil à la Santé Publique relatif à l'utilisation de l'hydroxychloroquine dans le Covid-19 : Le Gouvernement prend un décret modifiant le cadre de prescription, 27 mai 2020.

29. Décret n° 2020-314, 25 mars 2020, complétant le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

30. CE, 23 mai 2018, n° 417607, M<sup>me</sup> C.

31. TA Guadeloupe, 27 mars 2020, n° 2000295, Syndicat UGTG.

32. CE, 4 avr. 2020, n° 439904, 439905, Doses d'hydroxychloroquine et tests de dépistage au CHU de Guadeloupe.

quine en-dehors des indications prévues par son AMM et sur l'opportunité de prendre des mesures nécessaires à la production et à la constitution de stocks d'hydroxychloroquine et d'azithromycine.

18 - Dans ces deux ordonnances du 28 mars 2020<sup>33 34</sup> la demande d'un groupe de particuliers et celle d'un syndicat de médecins (Syndicat des Médecins Aix et Région) visant notamment à demander au juge des référés du Conseil d'État d'enjoindre au gouvernement de saisir sans délai l'ANSM en vue de l'élaboration d'une RTU destinée à permettre une prescription plus large de l'hydroxychloroquine aux patients manifestant des symptômes de la maladie Covid-19 ont été rejetées par celui-ci. Pour aboutir à ces décisions, le juge des référés s'est une nouvelle fois très largement appuyé sur une série d'arguments et d'analyses de nature scientifiques, notamment sur les effets indésirables potentiellement graves associés à l'hydroxychloroquine et sur ce qu'il qualifie « *d'insuffisances méthodologiques* » des études disponibles à ce moment, en citant l'étude observationnelle menée à l'institut hospitalo-universitaire de Marseille et une étude menée en Chine, qui ne permettent pas selon lui de « *conclure à l'efficacité clinique de l'hydroxychloroquine* ». Il défend ainsi les modalités d'encadrement de la prescription de l'hydroxychloroquine instaurées par le

33. CE, 28 mars 2020, n° 439765, M, A.A. et a.

34. CE, 28 mars 2020, n° 439726, SMAER, Demande de mesures pour production de masques, dépistage, administration hydroxychloroquine et azithromycine.

pouvoir exécutif qui présentent l'avantage d'être « *susceptibles d'évolution dans des délais très rapides* » et qui s'appuient sur les recommandations du HCSP à défaut de ce qu'il qualifie de « *données acquises de la science* ».

19 - Ces deux décisions rejettent également une autre forme de demande d'accès aux médicaments, celle d'enjoindre au gouvernement de prendre sans délai les mesures nécessaires à la production et à la constitution de stocks d'hydroxychloroquine et d'azithromycine. Au regard de l'instruction et en l'absence de précisions fournies par les requérants sur d'éventuelles autres mesures qui pourraient être prises utilement et à très bref délai, le juge des référés du Conseil d'État estime en effet que les mesures prévues par les décrets des 25 et 26 mars 2020, qui interdisent d'ores et déjà l'exportation du Plaquenil® par les grossistes-répartiteurs, peuvent être considérées comme suffisantes.

20 - Il est intéressant de constater que les décisions rendues par les tribunaux face à cette problématique renvoient à des expertises scientifiques distinctes et mobilisent des argumentaires fondés sur des analyses différentes des mêmes données scientifiques, qualifiant par exemple les résultats disponibles d'une étude « *d'encourageants* » dans un cas ou dénonçant les « *insuffisances méthodologiques* » de cette même étude dans l'autre. Ces décisions mettent à l'épreuve le rapport entre droit et expertise scientifique et questionnent de façon directe la manière dont le juge aborde des données scientifiques et s'appuie sur elles pour porter une appréciation juridique sur le litige en cause et rendre sa décision.■

### 3 Relire la crise sanitaire avec Ulrich Beck : ce que peut le droit public



Garance THOMAS,

Doctorante en droit public de l'environnement et en droit des déchets à l'École de Droit de Sciences Po Paris, diplômée de l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne en droit public et en sciences politiques

1 - En sciences sociales, non contents de les précéder, les anciens éclairent de leurs lanternes les contemporains. Nombreux sont « les intellectuels » qui ont invoqué les auteurs des crises sanitaires précédentes pour penser la crise sanitaire actuelle, due à l'épidémie du coronavirus Sras-CoV-2, convoquant une concordance de temps et d'idées en consultant *la Peste* d'Albert Camus, *le Hussard sur le toit* de Jean Giono, ou en relisant *l'Amour au temps du choléra* de Gabriel García Márquez<sup>1</sup>.

2 - La crise sanitaire semble, en effet, illustrer des invariants du fonctionnement de la société et des institutions politiques, ouvrant la voie à des pensées propres aux continuités et interrogeant le droit grâce à des termes issus de dialectiques juridiques anciennes opposant nationalisme méthodologique et néolibéralisme mondialisé. Aussi, la vulnérabilité de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) face à son manque d'impartialité<sup>2</sup>, la division de l'Union européenne sur des questions monétaires<sup>3</sup>, le *law-shopping* agressif d'Amazon<sup>4</sup> ont-ils pu interroger les partisans du cosmopolitisme et du multilatéralisme. Les critiques relatives au néolibéralisme des politiques publiques ont été soulevées de nouveau face à la difficile gestion de la pandémie par une structure hospitalière affaiblie par des politiques néolibérales la structurant<sup>5</sup>. Les prophéties foucauldienne relatives à la « gouvernementalité » révèlent ce désengagement étatique, plaçant dans le champ économique toute réponse politique<sup>6</sup>.

3 - Il convient, en interrogeant ces constantes, de manière prudente et expérimentale, de nommer l'auteur qui bâtit une archéologie de notre modernité entrant avec le plus d'acuité en résonance avec la crise actuelle, née d'un risque sanitaire, issu d'un excès d'urbanité et de développement<sup>7</sup>, propagé alors sur tous les continents et dans tous les sous-systèmes sociaux (économique, sanitaire, environnemental, social...). Penseur d'une société où les risques sont fabriqués, « manufacturés » par la société industrielle,

technicisée et mondialisée, Ulrich Beck semble bien être cet auteur, qui, parmi les théoriciens de la modernité, nous aide à penser la crise sanitaire actuelle. Poursuivant une sociologie webérienne, U. Beck établit un procès de la rationalité et du progrès. Le progrès fabrique des risques, qui définissent autant qu'ils modifient nos sociétés. Les interrogations qu'il pose dans son ouvrage publié en 1982, *La société du risque*<sup>8</sup>, relatives à l'auteur du risque et aux modalités de la régulation collective des risques, renvoient aux problèmes posés par la pandémie actuelle, interrogeant les modalités d'une régulation collective ou individuelle du risque sanitaire. U. Beck y répond en livrant des catégories analytiques et juridiques particulièrement utiles aujourd'hui, où le risque s'est inséré « au cœur du rapport (...) des individus à la nature (épistémologie), du rapport des individus entre eux (anthropologie politique) »<sup>9</sup>.

4 - Aussi, le progrès projette-t-il une ombre toujours plus sombre sur la modernité, systématiquement amplifiée par le développement technico-industriel. Les innovations scientifiques et techniques destinées à maîtriser le danger sont ainsi sources de nouvelles menaces. Le déferlement des risques dans l'ensemble des sous-systèmes sociaux vient révéler les limites de la croissance et de maîtrise. Cette pensée de l'autoréférencement des crises se nourrit des écrits de Niklas Luhmann, décrivant une économie « autoréférentielle », indépendante de la satisfaction des besoins humains, ancrée dans la maximisation de la rationalité du sous-système fonctionnel. Cette économie multiplie et dissimule ainsi des crises postmodernes nées des risques produits par l'Homme dans son rapport aux autres et à la nature<sup>10</sup>.

5 - Les conséquences constitutionnelles propres à la survenance de cette société du risque sont majeures. En effet, U. Beck assoit l'idée d'un déplacement des lieux de production du politique, quittant les arènes institutionnelles officielles pour migrer vers les lieux de la science, et de l'expertise, lieux de maîtrise du développement : Les institutions traditionnelles s'effacent (le gouvernement, le parlement, etc.), les arènes polycentriques d'une « subpolitique technico-économique »<sup>11</sup> s'affirment (l'hôpital, l'entreprise, les instituts d'investissement, experts, etc.). La démocratie parlementaire et son paradigme de légitimité s'effacent. Ces institutions politiques deviennent alors les gestionnaires d'une évolution qu'elles n'ont pas planifiée, sur laquelle elles ne peuvent agir, mais dont elles doivent répondre.

6 - Les conséquences normatives sont aussi essentielles. Sur le plan juridique, le concept de risque imprègne le droit à partir du

1. O. Gesbert, E. Morin, « Book Club sortie de crise : des livres pour revivre », *La grande table des idées*, France culture, 26 juin 2019 (<https://www.franceculture.fr/emissions/la-grande-table-idees/book-club>).

2. Un manque d'impartialité déjà dénoncé lors de la grippe A-H1N1 : J. Corti-Varella « Quelles responsabilités pour les décisions des organisations scientifiques internationales ? Le cas de la grippe (A-H1N1) et l'OMS », *Droit, sciences et techniques, quelles responsabilités ? Actes du colloque international de 2011*, Paris, LexisNexis, 2011, pp. 33-50.

3. D. Simon, « Europavirus », *Europe*, n° 5, mai 2020, p. 5.

4. Comportement du groupe « Amazon » face aux jugements du TGI de Nanterre du 14 avril 2020, et de la Cour d'appel de Versailles du 24 avril 2020, fermant leurs entrepôts français, passant alors par les systèmes de logistique frontaliers pour assurer leurs services (<https://www.franceculture.fr/emissions/le-billet-economique/billet-economique-du-jeudi-16-avril-2020>).

5. D. Benamouzig, *La santé au miroir de l'économie*, Paris, Presses Universitaire de France, collection sociologies, 2005.

6. M. Foucault, *Dits et écrits tome III 1976-1979*, Paris, Gallimard, 1994, p. 635 ; M. Foucault, *Naissance de la biopolitique*, Paris, Broché, 2004.

7. S. Shah, « Contre les pandémies, l'écologie », *Le Monde diplomatique*, n° 792, mars 2020.

8. U. Beck, *Risikogesellschaft*, Francfort, Suhrkamp Verlag, 1986, trad. fr. L. Bernardi, *La société du risque : sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Flammarion, 2001.

9. F. Ewald, *l'État providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 68.

10. N. Luhmann, *Essays on self-reference*, New York, Columbia University Press, 1990.

11. U. Beck, *Ibid*, p. 434.

XIX<sup>e</sup> siècle<sup>12</sup>. Il y fonde la responsabilité civile sous les plumes de R. Saleilles et L. Josserand et modèle une « société assurantielle »<sup>13</sup>, d'où naissent des mécanismes de compensation privés ou publics qui se manifestent dans le développement du droit social<sup>14</sup>. Des instruments de calcul économique de ces compensations et de maîtrise des risques, pilotés par des experts, se développent. L'emploi de ces instruments s'étend à de nouveaux secteurs, dont certains sont non marchands, comme la santé dans les années 1960<sup>15</sup> ou l'environnement dans les années 1970<sup>16</sup>. Ces calculs, marqués par le souci de la rationalité économique, opèrent un travail « cosmétique »<sup>17</sup> sur les risques. Ils les invisibilisent davantage qu'ils ne les résolvent. Ils développent une maîtrise « symptomatique et symbolique du risque »<sup>18</sup>. La société est ainsi accoutumée à une prise croissante de risques invisibilisés<sup>19</sup>.

7 - La crise sanitaire liée à l'épidémie du coronavirus Sras-CoV-2 illustre l'ensemble des points propres à cette théorie. Le risque épidémique est lié au développement humain<sup>20</sup> ; en effet, la crise sanitaire est issue d'une épidémie née d'un excès d'urbanité, là où domine le développement, viciant le rapport de l'Homme à la biosphère (la faune comme la flore). Ces risques épidémiques sont autoréférentiels en ce qu'ils créent d'autres risques : crises économiques, sociales, écologiques, etc. Ils sont globaux en ce que la lutte par la politique de fermeture des frontières fut vaine contre son endiguement, l'épidémie passant de continent en continent. Aussi, la crise actuelle révèle-t-elle le glissement de la politique dans les sphères d'expertises médicales, mettant en valeur le lien entre développement scientifique et régulations sociales et politiques. Les assises démocratiques et parlementaires semblent écartées par des lois propres aux circonstances exceptionnelles<sup>21</sup>. Plus généralement, la régulation de la santé publique par des instruments propres au calcul des risques a ouvert la voie à une intégration de la santé publique dans des logiques de marché. Cette intégration est elle-même créatrice de risque auquel la société s'est accoutumée.

8 - Pour faire cesser ce désordre issu des risques, engendrant une individualisation de l'exposition au risque, U. Beck propose des réponses propres au droit public, promesse d'une protection collective face à la crise.

9 - Aussi, U. Beck propose-t-il une nouvelle architecture constitutionnelle par un jeu d'équilibrage des pouvoirs et des contrepouvoirs, endiguant les risques industriels. U. Beck prône l'accroissement des garanties juridiques d'organisations influençant la « sous-politique », comme les pouvoirs judiciaires et médiatiques. Les combinaisons de ces pouvoirs permettent de construire une « démocratie réflexive ».

10 - Plus qu'une architecture institutionnelle, Ulrich Beck propose une architecture normative propre au droit public, comme vecteur de réflexivité, modérant les élans technologiques et les désastres que ceux-ci créent. U. Beck soutient le développement d'une politique de gestion industrielle assise sur un droit restruc-

turé autour de principes propres à la responsabilité et à la précaution<sup>22</sup>.

11 - Pourtant, les applications des architectures réflexives conçues par Ulrich Beck interrogent. La crise actuelle est une illustration des limites de cette réflexivité. Nous nous réveillions aujourd'hui, entourés de risques, jusqu'alors invisibles. Les institutions et normes esquissées par U. Beck, traduites en droit positif, ne semblent pas avoir abouti à modérer la maîtrise du progrès, promoteur de la crise sanitaire. Plus particulièrement, la normativité du principe de précaution questionne, face à l'insuffisance de masques et de tests virologiques poussant au confinement des populations. Ces instruments propres à la société du risque ne seraient-ils plus en mesure de faire face à une nouvelle société, celle de la menace<sup>23</sup>, marquée par un risque transcendantal, dégradant la biosphère et affectant définitivement les conditions de la vie humaine<sup>24</sup> ?

12 - Aussi, convient-il de faire une place importante au « mélange de prédictions semi-empiriques et de raisonnements projectifs »<sup>25</sup> qu'Ulrich Beck expose dans *La Société du risque* : il y formalise des outils méthodologiques et juridiques qui permettraient de faire advenir une seconde modernité réflexive, débarrassée des risques systémiques. U. Beck nous enseigne que le progrès produit des risques, devenus aujourd'hui sanitaires (1). Des solutions tenant à l'inscription « d'interdits », à la défense de l'intérêt général et du collectif, sont ainsi avancées grâce à l'application du droit public (2). Cependant, la crise sanitaire actuelle illustre les limites potentielles de ces instruments. Il convient alors de trouver de nouvelles traductions juridiques de ces interdits (3).

## 1. La société du risque comme grille de lecture opérante de la crise sanitaire —

13 - U. Beck met en parallèle deux crises, celle de la protection sociale (A), et de l'autorité scientifique (B), comme fondements conceptuels de la société du risque.

### A. - La crise de la protection sociale comme berceau de la société du risque

14 - Ulrich Beck nous enseigne que notre vision du « social » est dépassée, dissoute d'un côté par la gestion individuelle de nos vies, et de l'autre par la globalisation des risques.

15 - La première modernité est marquée par une mutation de la société traditionnelle en une société industrielle à travers la production de risques industriels. De nature environnementale, sanitaire, financière et sociale, le risque est la rencontre d'un aléa, entendu comme l'expression de la menace, avec une vulnérabilité, entendue comme l'expression de ce qui va être affectée<sup>26</sup>. Face au chômage de masse, aux accidents du travail, ou encore aux catastrophes industrielles, les individus sont davantage exposés à des situations de conflits et de risques qui échappent aux structures de solidarité traditionnelles<sup>27</sup>. Aussi l'individu s'émancipe-t-il des réseaux traditionnels familiaux, des statuts sexuels, des statuts

12. G. Martin, *L'évolution du concept de risque en droit au cours du XX<sup>e</sup> siècle*, C.E.S.P.R., 11, 1992, p. 11.

13. F. Ewald, *Ibid.*

14. A. Supiot, *Grandeur et misère de l'état social*, Paris, Collège de France, 2013.

15. D. Benamouzig, « L'institutionnalisation de l'économie de la santé en France, 1950-1990 », *Journal d'économie médicale*, Vol. 24, n° 1, 2006.

16. S. Boudia et N. Jas, « Risk and Risk Society in Historical Perspective », *History and Technology*, vol. 23, numéro spécial n° 4, 2007.

17. U. Beck, *Ibid.*, p. 92.

18. U. Beck, *Ibid.*, p. 92.

19. D. Pestre, *A contre science, politique et savoir des sociétés contemporaines*, Paris, Le seuil, 2013.

20. P. Descola, G. Erner, *Les invités des matins*, France culture, 20 avril 2020 (<https://www.franceculture.fr/emissions/invite-des-matins/pandemie-la-nature-reprend-ses-droits-philippe-descola-est-linvite-exceptionnel-des-matins>).

21. Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

22. U. Beck, A. Giddens, S. Lash, *Reflexive modernization : politics, tradition and aesthetics in the modern social order*, Palo Alto, Stanford university press, 1994.

23. A. Papaux, « De la société du risque à la société de la menace », dans D. Bourg (dir) *Du risque à la menace. Penser la catastrophe*. Paris, Presses Universitaires de France, « L'écologie en questions », 2013, pp. 145-164.

24. D. Bourg, « Dommages transcendants », dans D. Bourg (dir) *Du risque à la menace. Penser la catastrophe*, Paris, Presses Universitaires de France, « L'écologie en questions », 2013, pp. 109-126.

25. U. Beck, *Ibid.*, p. 464.

26. F. Lemarchand, « Pour dépasser le concept de risque », dans D. Bourg (dir), *Du risque à la menace. Penser la catastrophe*. Paris, PUF, « L'écologie en questions », 2013, pp. 127-144.

27. U. Beck, *Ibid.*, p. 283.

d'emplois qui se révèlent non-protecteurs<sup>28</sup>. La modernité voit une poussée sociale de l'individualisation, de la subjectivisation et une standardisation des modes de vie<sup>29</sup>. Le risque n'est alors plus absorbé par un collectif, il devient personnel.

16 - Cette expérience de la vulnérabilité, inscrite dans la dissolution des formes traditionnelles de protection et de solidarité, participe à une demande croissante de sécurité envers l'État. Ainsi, la demande de sécurité accompagnant la notion de risque n'a de sens que si elle rencontre l'engagement de l'État d'assurer, par le droit, cette sécurité. La protection des populations est la charge traditionnelle de l'État. C'est à travers les instruments et dispositifs conçus et déployés pour protéger sa population contre diverses menaces que l'État s'est construit et a pu développer sa maîtrise de la société<sup>30</sup>. Or l'État n'a qu'une capacité très limitée pour gouverner des risques qui circulent bien souvent dans des espaces transnationaux. Les effets propres aux risques franchissent les frontières, créant ainsi la fabrique du risque global. Incapable de cantonner le danger d'un risque global, l'État se trouve impuissant. L'entrée dans cette seconde modernité, marquant le passage d'une société industrielle à la société du risque, prolonge la crise des mécanismes de protection collective sociale et environnementale, face à la « nature » industriellement intégrée et contaminée.

17 - C'est cette capacité étatique de gestion du risque sanitaire qui aujourd'hui nous préoccupe. Elle nous interroge sur la proportionnalité à établir entre protection de la santé publique, et défense des libertés individuelles et collectives. Aussi, si les pouvoirs de police de l'État qu'ils soient relatifs à l'ordre public général, sanitaire ou économique sont devenus considérables<sup>31</sup>, certains juristes questionnent la capacité d'une réponse nationale durable. En effet, certains doutent de la capacité d'une réglementation de police comme voie d'absorption des risques collectifs, sécuritaires hier, sanitaires aujourd'hui, environnementaux demain, sans renforcement des institutions de service public<sup>32</sup>. D'autres s'interrogent sur les capacités d'une réponse nationale face à la globalisation de la pandémie.

18 - Cette difficile réponse étatique rejoint les conséquences d'une crise relative au déplacement des lieux de production du politique, des instances traditionnelles à celles de la « subpolitique ».

## B. - La crise de l'autorité scientifique comme entrée en « subpolitique »

19 - Les risques industriels, sociaux, sanitaires, deviennent ainsi les moteurs de l'autopolitisation de la science au sein de la modernité. La technique devient politique du fait de sa potentialité de menace, effaçant les frontières entre science et politique. La « non-politique » de l'évolution technico-économique se mue en « subpolitique », soit la sous-politique inscrite dans la science et la technique qui fondent et régulent les risques<sup>33</sup>. Celle-ci est inscrite par exemple dans les décisions d'investissement qui dessinent les futures technologies et ravalent le potentiel de transformation sociale.

20 - La société se transforme ainsi en fonction des calculs économiques et scientifico-techniques propres aux experts et aux modèles d'analyse des risques coût/bénéfice<sup>34</sup>. L'entrée dans la subpolitique signe le couronnement de l'expertise comme modalité rationnelle de la fabrique de la loi. Si cette dernière renforce le besoin de légitimité matérielle et fonctionnelle du droit<sup>35</sup>, elle répond surtout à une demande politique<sup>36</sup>. Ce paradoxe de l'expertise reflète l'échange au sein du couple indissociable du pouvoir et du savoir. En effet, selon Michel Foucault, le pouvoir crée du savoir et le savoir crée de nouvelles formes de pouvoir et de domination<sup>37</sup>.

21 - La politique étatique, désarmée au profit de la subpolitique, ne peut plus qu'entériner des décisions déjà prises<sup>38</sup>, desquelles elle doit répondre. L'économie, qui abandonne les conséquences sociales des politiques publiques en fonction de leurs coûts<sup>39</sup> et la science, qui initie les politiques publiques sans égards aux conséquences se substituent à la politique gouvernementale. Ainsi, le développement de la production de la politique par des espaces subpolitiques est marqué par l'opacité, la monopolisation des pouvoirs et des savoirs et l'irresponsabilité.

22 - Cet état de fait se reflète dans l'actualité. Le gouvernement s'appuie sur trois comités d'experts, dont deux créés *ad hoc*, pour éclairer ses décisions pendant et après l'état d'urgence sanitaire. Ces comités livrent des avis hautement politiques (confinement de la population, maintien des élections, modalité du potentiel tri de patients<sup>40</sup>, fermeture des établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD)<sup>41</sup>, ouverture des écoles, etc.). Loin d'être critiqués ou camouflés par le gouvernement comme des surgisements d'une « République des experts », les avis et la présence de ces comités sont employés comme une rhétorique de vérité dans la gestion de la crise sanitaire.

23 - On pourra regretter toutefois leurs faibles encadrements juridiques, écartant les notions de déontologie ou de transparence. Le Comité consultatif national d'éthique voit ses nominations, procédant de l'exécutif, non contrôlées<sup>42</sup>. La tenue de ses séances n'est pas publique<sup>43</sup>. Aussi, les membres du Comité scientifique sont-ils nommés sans procédure de contrôle par le ministère de la Santé et par le président de la République<sup>44</sup>. Peu marquées par l'interdisciplinarité, ces nominations pourraient révéler des conflits d'intérêts étant donné le cumul d'activités de certains membres avec la participation à des essais cliniques. Enfin, le Comité

28. U. Beck, *Ibid*, Chapitre 3 : Par-delà les classes et les couches sociales, pp.165-216.

29. U. Beck, *Ibid*, Chapitre 5 : individualisation, institutionnalisation et standardisation des modes de vie et des modèles biographiques, pp. 275-294.

30. M. Foucault, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France, 1977-1978*, Paris, Gallimard et Le Seuil, coll. Hautes études, 2004.

31. Décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

32. C. Boyer-Capelle, *Le service public et la garantie des droits et libertés*, thèse, 2009 ; S. Niquègue « Covid19 et libertés : l'oubli du service public », *AJDA* 2020, p. 1441.

33. U. Beck, *Ibid*, p. 403 : « L'évolution techno-économique perd son caractère non politique en même temps qu'elle acquiert un plus grand potentiel de transformation et de menace. [...] Les constructions que le processus de modernisation avait politiquement neutralisées jusqu'alors se mettent à se fissurer ».

34. S. Boudia, *Gouverner les risques, gouverner par les risques. Pour une histoire du risque et de la société du risque*, Mémoire d'habilitation à diriger des recherches, Strasbourg, Université de Strasbourg, 2010.

35. G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1955.

36. M-A. Hermitte « l'expertise scientifique à finalité politique », *Justices*, 1997, n° 8, p. 78.

37. M. Foucault, *Histoire de la sexualité, tome 1, la volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976, « tout point d'exercice du pouvoir dans une société moderne est ainsi lieu de formulation du savoir (sur le vivant, sur la folie, sur le sexe, la petite enfance...) et de façon symétrique, tout savoir établi permet et assure l'exercice d'un pouvoir ».

38. U. Beck, *Ibid*, p. 473 « la politique devient une agence de publicité financée par les fonds publics, qui vante les qualités d'une évolution, qu'elle ne connaît pas et à laquelle elle ne participe pas activement ».

39. U. Beck, *Ibid* : « les rênes du processus de modernisation sont entre les mains du subpolitique économique : calcul économique, bénéfice (ou risque) économique, organisation technique dans les entreprises. (...) L'évaluation des effets secondaires est soumise à la pression des décisions sur les investissements et à un impératif de rentabilité ».

40. Avis -13/03/20 - covid-19 : contribution du Comité consultatif national d'éthique.

41. Avis -30/03/20 - réponse à la saisine du ministère des Solidarités et de la Santé sur le renforcement des mesures de protection dans les ehpad et les usld.

42. Article 3, Décret n° 83-132 du 23 février 1983 portant création d'un Comité consultatif national d'éthique.

43. Article 5, Décret n° 83-132 du 23 février 1983 portant création d'un Comité consultatif national d'éthique.

44. Décret du 3 avril 2020 portant nomination des membres du comité de scientifiques constitué au titre de l'état d'urgence sanitaire déclaré pour faire face à l'épidémie de covid-19.

d'analyse, de recherche et d'expertise, mis en place le 24 mars par le président de la République, renvoie à une charte et des déclarations publiques d'intérêt indicatives et peu détaillées.

24 - Ces dispositions pourraient illustrer ainsi une rhétorique creuse, un habillage des principes de management éthique, loin des dispositifs conceptuels de contrôle et des obligations juridiques propres à une exigence de déontologie théorisée par Jeremy Bentham<sup>45</sup>. Cet habillage serait particulièrement inquiétant au regard de l'importance des thématiques soulevées par les avis des comités précités.

25 - Plus que souligner les causes de cette société du risque, U. Beck propose des instruments pour entrer dans une modernité « réflexive », jugulant ainsi les risques nés du progrès.

## 2. Penser avec Ulrich Beck : ce que peut le droit public face au risque propre à la crise sanitaire

26 - Aussi, Ulrich Beck esquisse-t-il des réponses de droit public, qu'elles soient institutionnelles (A) ou normatives (B), offrant une défense collective face à l'exposition individuelle au risque. Celles-ci sont traduites dans la gestion de l'actuelle crise sanitaire.

### A. - Une réponse institutionnelle : vers le renforcement de la contre-expertise du subpolitique

27 - Ulrich Beck cherche à définir les possibles équilibres entre pouvoirs et contre-pouvoirs qui peuvent réguler la technique et en limiter les effets dévastateurs. Dans la conclusion de son ouvrage, celui-ci propose trois scénarii différents : le retour à la société industrielle, jugé inefficace, car la négation du risque ne résout rien ; l'extension de la démocratie traditionnelle, porteuse d'obstacles bureaucratiques-parlementaires à la recherche scientifique ; ou la généralisation du subpolitique. Face aux dérives des deux premiers scénarii, U. Beck prend position en faveur du troisième scénario : la « politique différentielle ». Par un appel à la généralisation du politique, sortant ainsi du paradigme de légitimité propre à la démocratie parlementaire, U. Beck propose un jeu d'équilibrage des pouvoirs et des contre-pouvoirs. Il est alors nécessaire d'établir les garanties juridiques des organisations influençant la subpolitique, comme les tribunaux, les médias ou plus généralement toute contre-expertise<sup>46</sup>. Leurs contrôles sur les instances inter et supra professionnelles doivent permettre l'émergence d'une démocratie réflexive, attentive aux risques technologiques. Sans mettre en place un statut juridique encadrant la participation de l'expertise à la politique, bridant alors le sens de l'expertise, il convient de pluraliser les expertises et contre-expertises, voire de renforcer l'expertise collective de la communauté scientifique afin qu'elle serve l'intérêt général<sup>47</sup>.

28 - La crise sanitaire ne peut infirmer ces propos relatifs à la nécessité de tribunaux et de médias forts et indépendants. Ces institutions ont été les « deux piliers porteurs dans le système des contre-contrôles subpolitiques »<sup>48</sup> les plus sollicités lors de l'état d'urgence sanitaire. Le Conseil d'État, et plus largement les juridictions administratives, ont pu être fortement saisies, dans le cadre de référés liberté notamment<sup>49</sup>. Si les jugements, ordonnances et décisions divergent par leurs domaines d'application, tous semblent présenter un caractère hautement politique (l'état des

détentions et rétentions<sup>50</sup>, la nationalisation d'entreprises<sup>51</sup>, la politique du logement<sup>52</sup> ou encore la livraison de masques<sup>53</sup>). Plus que la politisation du domaine en lui-même, les effets de ces décisions ont été particulièrement contraignants pour le gouvernement, enjoignant par exemple celui-ci à préciser et renforcer ses mesures de police administrative<sup>54</sup>.

29 - La décision politique la plus remarquable, où le Conseil d'État s'est prononcé sur une incertitude scientifique et médicale, a été rendue sur le traitement à la chloroquine, considéré comme potentiellement curateur<sup>55</sup>. Alors que le gouvernement cultivait l'ambiguïté, en légalisant le traitement sans toutefois le rendre nécessaire ou exclusif<sup>56</sup>, le Conseil d'État a dû statuer sur la nécessité de ce traitement comme voie curative, et sur la potentielle carence de l'État dans son absence de commandes suffisantes. Affirmant le principe de précaution, le Conseil d'État renvoie toutefois à la prudence émise par le Haut Conseil de la santé publique sur les résultats de l'étude du médecin D. Raoult<sup>57</sup>, pour exclure la carence fautive de l'État et la nécessaire commande étatique de chloroquine.

30 - Cette jurisprudence nous interroge sur l'expertise scientifique, là où la science devient de plus en plus inaccessible et incertaine, répondant ainsi aux prédictions de U. Beck sur la « scientification réflexive »<sup>58</sup>, caractérisée par le doute scientifique immanent. Cette jurisprudence nous questionne sur la capacité du juge à prendre en compte la complexité des données, d'autant qu'une seule expertise est mentionnée en l'espèce. Sheila Jasanoff nous aide à penser l'intégration de l'expertise au prétoire. Plus qu'exclure les expertises pour des questions temporelles, elle soutient qu'il faut valoriser et pluraliser la contre-expertise comme fondement de la fabrique des jugements. L'encadrement juridique pourra prendre alors la forme de registre, d'institutionnalisation des consultations, de vigilance, ou encore de contrôle<sup>59</sup>.

31 - Ulrich Beck propose aussi une approche normative comme réponse réflexive et collective à la société du risque, là où persiste l'incertain.

### B. - Une réponse normative : vers le couronnement du principe de précaution et de responsabilité

32 - U. Beck esquisse ainsi une réponse *ex ante* au risque, soit le principe de précaution, et une réponse *ex post*, soit le principe de responsabilité. Ces principes ont trouvé une concrétisation consti-

45. G. Tusseau (dir), *La déontologie publique : trajectoire et présence d'une notion ambiguë*, Bayonne, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2019.

46. U. Beck, *Ibid.*, p. 490.

47. S. Jasanoff, *The idiom of co-production* « States of Knowledge : the Co-production of science and social order », Londres, Routledge, 2004,

48. U. Beck, *Ibid.*, p. 490.

49. M.-C. de Montecler, « Le juge des référés du Conseil d'État sur le front du coronavirus », *AJDA*, 2020 p.700.

50. CE, 8 avril 2020, n° 439821 et n° 439827, suffisance des mesures de sécurité dans les prisons ; CE, 28 mars 2020, n° 439765 : refus de fermeture des centres de rétention.

51. CE, 6 avril 2020, n° 439950, refus d'enjoindre le gouvernement de nationaliser deux entreprises.

52. CE, 2 avril 2020, n° 439763, refus d'enjoindre l'exécutif de fournir des habitats aux personnes sans-abris et de réquisitionner ainsi des logements.

53. CE, 22 mai 2020, n° 440438, refus d'enjoindre l'exécutif à livrer des masques.

54. CE, 22 mars 2020, n° 439674, *Syndicat Jeunes médecins*, n° 439674.

55. CE, 28 mars 2020, n° 439765, demande de recommandation temporaire d'utilisation pour le Plaquenil (covid19) ; CE, 4 avril 2020, n° 439904 et n° 439905, *Centre hospitalier universitaire de la Guadeloupe et Ministre des solidarités et de la santé*, réponse au TA Guadeloupe, 27 mars 2020, n° 2000295.

56. Décret n° 2020-314 du 25 mars 2020 complétant le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire ; Décret n° 2020-337 du 26 mars 2020 complétant le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

57. CE, 4 avril 2020, n° 439904 et n° 439905, *Centre hospitalier universitaire de la Guadeloupe et Ministre des solidarités et de la santé*, considérant 12 : « la direction générale de la santé a sollicité l'avis du Haut Conseil de la santé publique. Celui-ci, dans un avis le 23 mars 2020, a estimé que les résultats de cette étude devaient être considérés avec prudence en raison de certaines de ses faiblesses méthodologiques et justifiaient, du fait de son très faible niveau de preuve, la poursuite de la recherche clinique ».

58. U. Beck, *Ibid.*, p. 341.

59. S. Jasanoff, « Law Knowledge : Science for Justice in legal settings », *American Journal of public Health*, 2005, vol. 95, suppl. 1.

tutionnelle prometteuse dans la Charte de l'environnement, en ce qu'ils irriguent tous les régimes de droit.

33 - U. Beck était à la recherche d'un principe qui maintenait l'incertitude propre à la scientification réflexive, permettant de tenir juridiquement compte de la vérité scientifique sans pour autant en faire un dogme et sombrer ainsi dans le scientisme<sup>60</sup>. Ce sera le principe de précaution. Celui-ci désigne trois types d'actions hiérarchisées selon une perspective temporelle allant du court terme, soit la prévention contre les risques imminents, au long terme, soit la gestion des ressources naturelles, la protection des conditions de vie et au plus long terme, soit la prévoyance de l'état futur de l'environnement<sup>61</sup>. Consacré par le droit international<sup>62</sup>, le droit communautaire<sup>63</sup> et le droit constitutionnel<sup>64</sup>, il irrigue le droit public. En effet, il est mobilisé par le juge<sup>65</sup> comme le législateur fondant des pouvoirs de polices spéciaux et généraux toujours plus nombreux.

34 - U. Beck était aussi à la recherche d'un principe endiguant la dilution des responsabilités, engendrée par la dissociation des lieux du pouvoir institutionnel responsables et des lieux subpolitiques irresponsables et par la naissance d'une société d'interdépendances et de chaînes de création de valeur<sup>66</sup>. Ce sera le principe de responsabilité. Entendu comme obligation de prévenir ou réparer les conséquences dommageables de ses agissements<sup>67</sup>, le principe de responsabilité inonde la matière juridique<sup>68</sup>. Développé en droit civil<sup>69</sup>, en droit pénal avec l'apparition du devoir de vigilance<sup>70</sup>, constitutionnalisé en matière environnementale<sup>71</sup>, sa prolifération est particulièrement marquée en droit public<sup>72</sup>. La multiplication des polices administratives environnementales spéciales permet à certains d'y voir une irrésistible ascension d'un ordre public écologique<sup>73</sup>. Le pouvoir de police sanitaire s'étend avec la loi du 9 août 2004, plaçant dans les mains du ministre de la Santé des pouvoirs de police en matière d'urgence sanitaire et de menace sur la santé de la population<sup>74</sup>.

35 - Pourtant, en matière de lutte contre les épidémies, le Code de santé publique est pauvre en obligations. Celles-ci sont limitées à la constitution d'une réserve sanitaire ou à la mise en place de plans de pénuries de médicaments<sup>75</sup>. Aucune obligation positive ne précise la constitution de stocks de masques et autres équipements sanitaires ou sur le maintien d'une capacité d'accueil de la population dans les services de réanimation des hôpitaux. Il y a certes une existence jurisprudentielle du principe de prévention des risques sanitaires<sup>76</sup>, mais il est alors nécessaire de démontrer que le risque était connu, pouvait être évité, et que l'État a failli dans les mesures de prévention<sup>77</sup>. La doctrine et la jurisprudence nous enseignent que cette démonstration est exigeante et dure à établir<sup>78</sup>. Ces limites perceptibles du principe de responsabilité et de précaution nous invitent à nous interroger sur un possible perfectionnement des instruments juridiques.

### 3. Penser après Ulrich Beck : ce que peut le droit public face à la menace

36 - Nombreuses sont les critiques portées à *La société du risque* qui font écho aux interrogations actuelles sur la gestion de la crise sanitaire. Ces critiques démontrent que les principes normatifs et constitutionnels pensés par U. Beck sont limités, ne pouvant faire face à notre société actuelle, qui tient plus de la menace que du risque. L'enjeu constitutionnel est alors de représenter les intérêts des humains face à la menace (A), et l'enjeu juridique est de dépasser la précaution par de nouveaux principes juridiques plus protecteurs (B).

#### A. - Une critique institutionnelle : vers une réintégration de la souveraineté parlementaire

37 - U. Beck développe des réflexions s'éloignant du paradigme de la légitimité démocratique pour gagner celle de l'efficacité de la subpolitique, composée des vrais opérateurs politiques qui eux seuls commandent ou restreignent le progrès. Selon lui, la voie parlementaire s'inscrit dans un temps long et une complexité administrative qui condamne la science et le progrès.

38 - Pourtant la voie parlementaire a su rester compétente quant à la régulation des technologies et de leurs risques. Le parlement a su être particulièrement réactif et mobilisé face aux enjeux de bioéthique ou aux déchets nucléaires<sup>79</sup>. Aussi, serait-il possible de penser la modernité dans les cadres de légitimité démocratique. Y renoncer risquerait, selon Pierre Rosanvallon, de dissoudre la cohérence globale de l'action publique, de fragmenter et de diluer les expressions d'appartenances à une société unitaire<sup>80</sup>.

39 - Une démocratisation des mutations technologiques se dessine, les citoyens y réinvestissant les questions scientifiques au sein des institutions parlementaires. Des formes de co-production, intégrant la recherche et l'expertise au tissu social, dans le cadre de « forums hybrides » ou de « démocratie dialogique »<sup>81</sup> se multiplient. Les formes de participation iraient de la conférence des

60. A. Supiot, « L'autorité de la science. Vérité scientifique et vérité légale. » dans P. Rosanvallon (dir), *Science et démocratie*, Paris, Odile Jacob, 2013, p. 104.

61. N. de Sadeleer, F. Ewald, C. Gollier, *Le principe de précaution*, Paris, Puf, 2008, p. 7.

62. Charte mondiale de la nature, ONU, 1982.

63. Article 191 du Traité de fonctionnement de l'Union européenne, N. de Sadeleer, « the precautionary principle in EC Health and Environmental Law », *European law journal*, vol 12, mars 2006, pp. 139-172.

64. Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1<sup>er</sup> mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, article 5 « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».

65. CE, 19 février 1998, Greenpeace France ; A. Rouyère, « L'exigence de précaution saisie par le juge », *RFDA*, 16 (2), mars-avril 2000, pp. 266-283.

66. U. Beck, *Ibid*, p.59.

67. L. Neyret, « Construire la responsabilité écologique », dans A. Supiot et M. Delmas-Marty (dirs), *Prendre la responsabilité au sérieux*, Paris, PUF, 2015, p.123.

68. A. Supiot, « Face à l'insoutenable : les ressources du droit de la responsabilité », dans A. Supiot et M. Delmas-Marty (dirs), *Prendre la responsabilité au sérieux*, Paris, PUF, 2015, p. 28.

69. C. Thibierge, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 565.

70. E. Peskine, « De la solidarité à la vigilance : À propos de la responsabilité dans les organisations pluri-sociétaires », dans A. Supiot (dir), *Face à l'irresponsabilité : la dynamique de la solidarité*, Paris, Collège de France, 2018 ; Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

71. Article 4 de la Charte de l'environnement « Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi ».

72. J-M Pontier, « La multiplication des polices spéciales : pourquoi ? », *JCP A* 2012, 2114.

73. E. Naim-Gesbert, « L'irrésistible ordre public écologique », dans *Pour un droit commun de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, 2007, p. 1323.

74. Article L. 3131-1 du Code de la santé publique.

75. Articles L. 3132-1 et L. 5121-29 et suivant du Code de la santé publique.

76. CE, ass., 6 novembre 1968, n° 72636, ministre de l'Éducation nationale c/M<sup>me</sup> Saulze.

77. CE, ass., 3 mars 2004, n° 241153, ministère des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité c/Xueref.

78. T. Dal Farra, « La responsabilité de l'État et de ses représentants dans la gestion de l'épidémie de covid-19 : Les effets de la convergence des jurisprudences administrative et répressive », *AJDA*, 2020, p. 1463.

79. Y-M. Doublet, « les enjeux des lois de bioéthique », dans E. Hirsch (dir), *Traité de bioéthique*, ERES, « Espace éthique », 2010, p. 295-304 ; Y. Barthe, *Le pouvoir de l'indécision. La mise en politique des déchets nucléaires*, Paris, Economica, « Études politiques », 2006.

80. P. Rosanvallon, *La contre-démocratie, la politique à l'âge de la défiance*, Paris, Essais Points, 2006.

81. M. Callon, P. Lascoumes et Y. Barthe, *Agir dans un monde incertain. Essai sur la démocratie technique*, Paris, Seuil, « la couleur des idées », 2001.

citoyens et du jury citoyen cher à Yves Sintomer<sup>82</sup>, à une troisième chambre du futur esquissée par Pierre Rosanvallon<sup>83</sup> ou au tirage au sort souhaité par Bernard Manin<sup>84</sup>.

40 - L'actualité institutionnelle illustre ces formes démocratiques de coproduction de la fabrique législative. En effet, la mise en place d'états généraux de la bioéthique par la loi du 7 juillet 2011 a pu associer avec succès les citoyens dans le cadre parlementaire. Une consultation publique s'est tenue à cet effet du 18 janvier 2018 au 5 juin 2018. Aussi, la Convention citoyenne pour le climat, associant experts et citoyens tirés au sort, semble-t-elle représenter un exercice inédit et prometteur de démocratie participative, bien qu'il soit trop tôt pour conclure à une traduction juridique normative des mesures prescrites<sup>85</sup>. La défiance de la société française face à la gestion de la crise appelle ces formes inclusives de gouvernance<sup>86</sup>.

41 - Aussi, les solutions normatives d'U. Beck, écrites en 1986 à l'heure où brûlait le rédacteur n° 4 de la centrale Lénine de Tchernobyl, pourraient-elles être actualisées pour répondre pleinement à la crise sanitaire.

## B. - Une critique normative : vers un dépassement des principes de responsabilité et de précaution

42 - Le manque de masques et de tests sérologiques, ayant marqué le début de la crise sanitaire, illustre les limitations propres aux solutions normatives esquissées par U. Beck. Ces limites avaient déjà pu être émises par la doctrine, soulignant l'absence de caractère normatif autonome et le degré d'abstraction imputable au principe de précaution. Celui-ci ne pourrait aboutir à des obligations juridiques égales aux règles de commandements, son degré de juridicité incertain restant tributaire des pratiques juridiques<sup>87</sup>.

43 - Les principes de précaution et de responsabilité seraient alors des principes surannés, appartenant à une société du risque dépassée. En effet, selon Alain Papaux, nous serions entrés dans une société de menace, où les risques sont devenus transcendants,

affectant la biosphère de manière définitive, préjudiciant l'épanouissement de l'Humanité<sup>88</sup>. Bornés à la sûreté des moyens, enlisés dans un solipsisme économique court-termiste et aveuglant, les outils propres au principe de précaution ne pourraient pas répondre à la crise climatique globale. Il convient alors d'adapter le droit à ces crises complexes et non maîtrisables de l'écosystème, en reconnaissant l'incertitude, et par là la finitude humaine. Il convient de rechercher dans des principes juridiques plus structurants la traduction de cette finitude, ouvrant la voie à une réflexivité attentive à la préservation du milieu.

44 - Muriel Fabre-Magnan prône le principe de dignité comme voie propre à la protection de l'humanité, endiguant les risques environnementaux nuisibles. La dignité de la personne sera alors jugée supérieure à la simple volonté de l'individu, créatrice de risque. Aussi, « face à l'inflation des « droits à » et à la disqualification de toute forme de devoir, le principe de dignité permet d'apporter quelques solutions aux impasses où mène un Droit fait uniquement de droits, et de réintroduire des charges et des obligations sous un vocabulaire de droits fondamentaux »<sup>89</sup>.

45 - Alain Papaux, lui, affirme le nécessaire ancrage juridique des biens communs, fondant, à leurs lumières, certains renoncements au développement des technosciences<sup>90</sup>. La voie vers leurs matérialités et leurs entrées dans le droit positif a été esquissée par le Conseil constitutionnel, le 31 janvier 2020. Celui-ci consacre un objectif de valeur constitutionnelle de protection de l'environnement comme patrimoine commun des êtres humains<sup>91</sup>. Cette décision affirme l'appréhension universelle de la protection de l'environnement, permettant au législateur de promouvoir des comportements protecteurs de l'environnement à l'extérieur des frontières nationales. Empreinte d'universalisme, cette décision résonne avec la définition édifiante qu'Alain Supiot expose du bien commun, soit « une technique de l'interdit, qui interpose dans les rapports de chacun à autrui et au monde, un sens commun qui le dépasse et l'oblige, et fait de lui un simple maillon de la chaîne humaine »<sup>92</sup>. ■

82. Y. Sintomer, *Le pouvoir au peuple : jurys citoyens, tirage au sort et démocratie participative*, Paris, La Découverte, 2007.

83. P. Rosanvallon, « prendre les décisions autrement réflexions à partir des conférences de citoyens », dans P. Rosanvallon (dir), *Science et démocratie*, Paris, Odile Jacob, 2014.

84. B. Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, 2019.

85. D. Baranger, « Convention citoyenne pour le climat : vers un droit constitutionnel souple », *Blog de Juspoliticum*, 13 janvier 2020.

86. Enquête de l'IFOP du 4 mai 2020 démontrant que 61 % des Français déclarent ne pas faire confiance au gouvernement pour faire face efficacement au Coronavirus (<https://www.ifop.com/publication/le-regard-des-francais-sur-laction-gouvernementale-face-au-covid-19-et-sur-les-alternatives-a-emmanuel-macron/>).

87. N. de Sadeleer, F. Ewald, C. Gollier, *op. cit.*, p. 73.

88. A. Papaux, « Politiques publiques en matière d'environnement : de la gestion illusoire du risque à l'affrontement moral de la menace », *Éthique publique*, vol. 16, n° 1, 2014.

89. M. Fabre-Magnan, « La dignité en droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 58, 2007, pp. 15-16.

90. A. Papaux, « De la société du risque à la société de la menace », dans D. Bourg (dir), *Du risque à la menace. Penser la catastrophe*. Paris, Presses Universitaires de France, « L'écologie en questions », 2013, pp. 145-164.

91. Décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020.

92. A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, 2005, p. 30.

# Dossier Thématique



# 4 La nouvelle place de l'État



**Bernard STIRN,**

*Président de section honoraire au Conseil d'État, membre de l'Institut*

**C**onsacré à la nouvelle place de l'État, ce numéro de la Revue des juristes de Sciences Po a commencé à être préparé avant l'épidémie de Covid-19. Le choix du thème était inspiré par le souci de réfléchir au rôle attendu de l'État dans un univers mondialisé, d'éclairer les évolutions des interventions publiques à l'heure de la régulation, de débattre de leur champ pour répondre aux exigences de la vie collective dans une société qui, si elle valorise les choix personnels et les initiatives individuelles, a aussi besoin de sécurité, de perspectives, de cohésion.

Les défis auxquels la crise sanitaire a conduit à faire face ont tout à la fois apporté des interrogations nouvelles et confirmé la pertinence du sujet. Dans la lutte contre le virus, l'État s'est trouvé au premier rang des responsabilités. Il a dû démontrer sa capacité à définir une stratégie et il lui est revenu de mobiliser tous les acteurs publics et privés pour surmonter des risques mal connus dans un contexte largement inédit. Les évolutions, les adaptations, les aspirations qui sont au cœur des articles rédigés, à partir de points de vue variés, par les auteurs qui ont accepté d'apporter une contribution au présent numéro s'en sont trouvées enrichies. L'intérêt d'une analyse de la place de l'État à partir de regards croisés venus d'expériences différentes n'en est que plus grand.

Par leur ampleur, les mutations que connaissent nos sociétés ébranlent les fondements de l'organisation sociale et mettent en cause le rôle de l'État. Dans son périmètre traditionnel, marqué par un territoire, à l'intérieur duquel il dit le droit, rend la justice, frappe la monnaie, assure l'ordre public, l'État est bousculé. La mondialisation efface les frontières, le droit et la justice s'internationalisent, les échanges et même la monnaie échappent aux autorités nationales. Un vaste mouvement de libéralisation, de déréglementation, d'ouverture à la concurrence met en cause les instruments publics d'intervention sur la vie économique et sociale. Le numérique introduit chacun dans un univers global où tous les individus se trouvent directement en relation les uns avec les autres sans référence à une quelconque autorité. De lourdes menaces

découlent des changements climatiques et des atteintes à l'environnement. L'épidémie de Covid-19 a montré la gravité et l'étendue des risques sanitaires. Dans les rapports qu'ils entretiennent entre eux, les États s'éloignent eux aussi des chemins balisés, qui consacraient les usages diplomatiques, le respect des traités, la confiance dans les organisations internationales. Le projet européen lui-même se trouve mis en question.

Les boussoles perdues s'accompagnent d'appréhensions qui ouvrent d'inquiétantes perspectives. Instabilité politique et difficultés économiques se conjuguent pour donner naissance à des mouvements migratoires de grande dimension, qui coupent les plus vulnérables de la protection d'un État et les placent dans une grande détresse. Des frontières se referment, de nouvelles formes de nationalisme et de souverainisme s'affirment, le populisme exerce de dangereux attraits. La démocratie libérale se trouve menacée par des aspirations à l'illibéralisme et l'apparition de démocraties. La démocratie et la liberté ne sont plus nécessairement associées comme les composantes inséparables d'une société évoluée, ouverte et pacifiée. Le fanatisme et l'intolérance se développent. Dans leur sillage, le terrorisme sème ses ravages et propage sa barbarie.

Dans ce contexte perturbé, le besoin d'État, loin de s'estomper, s'affirme avec une vigueur renouvelée. Les missions régaliennes, sécurité, justice, défense, répondent plus que jamais à de fortes nécessités. Aussi agile que fragile, l'économie appelle une régulation efficace et demande à l'État de solides capacités de stabilisation comme de relance. La cohésion du tissu social repose en grande partie sur de justes interventions publiques. Des vues à long terme, que seule la puissance publique peut concevoir et dessiner, s'imposent en matière d'éducation et de culture, de santé publique et de développement durable. Qu'ils soient économiques, migratoires, numériques ou sanitaires, les défis du monde actuel ne peuvent être relevés sans une action publique déterminée et organisée. Pour les pays européens, seule la cohésion d'un projet commun permet de peser sur les destinées d'un univers constitué de grands ensembles. À l'échelle internationale, la confiance dans l'approche multilatérale est à retrouver.

Pour jouer le rôle qui lui revient, pour trouver sa place, l'État doit savoir évoluer. Il a largement commencé à le faire. En France, décentralisation et déconcentration ont progressé. Agences et autorités indépendantes se sont affir-

mées aux côtés des structures traditionnelles. À l'économie dirigée a succédé la régulation dans un contexte concurrentiel. Le contrat et le droit souple occupent davantage de terrain. Au travers du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne, un vaste espace de garantie des droits fondamentaux, de prospérité économique et de stabilité politique se construit en dépit des crises et se renforce même en les surmontant progressivement. Mais, pour l'État comme pour l'Europe, beaucoup de chemin reste à parcourir. Les articles de ce numéro visent à éclairer la voie par des réflexions tirées de l'expérience et tour-

nées vers l'avenir. De la banque à l'énergie, de la culture à la sécurité, de la santé aux algorithmes, du numérique à la justice, ils abordent de grands sujets pour lesquels l'action publique s'impose et s'adapte. Ils invitent à réfléchir à la régulation, aux autorités indépendantes, au renouveau de la nation et à la souveraineté européenne. Des contributions d'étudiants inspirées par la crise sanitaire complètent l'ensemble. Le champ couvert est à la dimension des vastes interrogations qu'il faut aujourd'hui savoir éclairer pour qu'elles ne soient pas une source d'inquiétude mais un puissant facteur de stimulation. ■

**Mireille DELMAS-MARTY, Construire une citoyenneté à plusieurs niveaux : article 5**

**Xavier CHASSIN DE KERGOMMEUX, Olivier BERNARDI, Résolution bancaire : la nouvelle réglementation dispensera-t-elle les États d'intervenir dans les faillites bancaires ? : article 6**

**Daniel KADAR, Laëtitia GAILLARD, Stéphanie ABDESSELAM, The new French compliance landscape at the time of the first assessments: a common inspiration, regulatory authorities that have taken off and an intense litigation to come : article 7**

**David DJAÏZ, Reconstruire la puissance publique : article 8**

**Michel DELPUECH, Le rôle nouveau de l'État en matière de sécurité : article 9**

**Aurélie FILIPPETTI, Quelle place pour l'État dans la politique culturelle au XXI<sup>e</sup> siècle ? : article 10**

**Antoine GARAPON, La justice a été en arrêt maladie pendant l'épidémie : article 11**

**Antoine GOSSET-GRAINVILLE, L'État actionnaire : article 12**

**Florence G'SELL, Remarques sur les aspects juridiques de la « souveraineté numérique » : article 13**

**Christine LE BIHAN-GRAF, La place de l'État dans le secteur de l'énergie : un modèle pour l'intervention de la puissance publique dans les secteurs régaliens ? : article 14**

**Enrico LETTA, Une conversation avec Enrico Letta : article 15**

**Michel PRADA, Les AAI, symptôme de la crise de l'État ou attribut d'un État moderne ? : article 16**

**Pierre-Louis PÉRIN, Hugo PASCAL, La RSE : une mutation des relations entre États et entreprises : article 17**

**Alain SAUTY DE CHALON, Guillaume NATAF, Contrôle des investissements étrangers : article 18**

**Hubert de VAUPLANE, Covid-19 : What to do about sovereign debt? : article 19**

## 5 Construire une citoyenneté à plusieurs niveaux <sup>1</sup>



Mireille DELMAS-MARTY,  
Professeur émérite au Collège de France,  
membre de l'Institut

1 - L'internationalisation des échanges et l'interdépendance des États ont pris une telle ampleur que les décisions principales échappent aux citoyens. Il ne s'agit pas de remettre en cause l'État-nation, mais de prendre conscience des insuffisances de la citoyenneté nationale : s'il est vrai que la citoyenneté est indissociable de la démocratie, il y a urgence à reconnaître la citoyenneté européenne, voire mondiale : urgence quand il s'agit de protéger des biens communs aussi différents que, par exemple, l'environnement et l'équilibre de la biosphère, la prévention des crimes « les plus graves », ceux qui concernent l'humanité entière, ou l'accès au numérique ; urgence aussi en ce qui concerne les exclusions sociales, qui semblent au cœur des revendications actuelles, sociales autant que politiques ; urgence avant tout dans le domaine des migrations. La politique qui se limite, pour des États arciboutés sur leur vision traditionnelle de la nationalité, à durcir le contrôle, et renforcer les frontières qu'il s'agisse des étrangers en situation irrégulière ou des demandeurs d'asile, ne peut être assimilée, face aux évolutions démographiques, à une pleine gouvernance internationale <sup>2</sup>.

2 - Mais quand on cherche à modifier le statut juridique des migrants, le lien citoyen/nationalité fait obstacle : « il n'y a pas de citoyen sans nation » <sup>3</sup>. Il est pourtant possible de séparer la nationalité, qui décrit une appartenance juridique à un groupe circonscrit territorialement, de la citoyenneté qui renvoie à l'idée démocratique de participation à l'exercice du pouvoir politique <sup>4</sup>. Rappelons qu'à Athènes seuls les hommes libres (environ 1/10<sup>e</sup> de la population) avaient le statut citoyen en ce sens qu'ils participaient à la vie de la cité et prenaient la parole dans l'agora. À Rome, la citoyenneté sera élargie aux ressortissants des régions conquises. Après l'éclipse du Moyen Âge, elle renaît sous la forme moderne avec les révolutions américaine et française. La Déclaration de 1789, en proclamant les droits de l'homme et du citoyen, s'articule sur les libertés de l'individu et le statut politique du citoyen : la citoyenneté est une qualité à laquelle on est élevé par des actes civiques, indépendamment

de la nationalité <sup>5</sup> : alors que la nationalité exclut les étrangers, la citoyenneté peut les inclure. Selon l'article 4 de l'Acte constitutionnel de 1793 : « tout étranger âgé de 21 ans accomplis, qui, domicilié en France depuis une année y vit de son travail ou acquiert une propriété ou épouse une Française ou adopte un enfant ou nourrit un vieillard ; tout étranger enfin, qui sera jugé par le Corps législatif avoir bien mérité de l'humanité, est admis à l'exercice des Droits de citoyen français » (cf Thomas Paine). On privera néanmoins du suffrage universel les citoyens « passifs » pour raison économique (jusqu'en 1848), les femmes jusqu'en 1944, et les populations colonisées du 19<sup>e</sup> au 20<sup>e</sup>. C'est à la même époque, avec la montée en puissance de l'État puis de l'État-nation, que le lien se resserre entre citoyenneté et nationalité.

3 - Par rapport à cette vision, la dissociation entre nationalité et citoyenneté est sans doute « l'un des changements les plus importants apportés par l'immigration et l'Europe » <sup>6</sup>. La plupart des États ont connu depuis les années 90 de grands débats sur la réforme de la nationalité, au risque d'une instrumentalisation au service du contrôle de l'immigration, « signe de déclin du droit » <sup>7</sup>. Quant aux droits politiques, les pays où l'accès à la nationalité est aisé sont aussi les plus ouverts à la reconnaissance des droits politiques et inversement : les pays du nord accordent des droits politiques locaux à tous les étrangers et le Royaume-Uni aux ressortissants du Commonwealth (élections locales et nationales), tandis que l'Allemagne jusqu'en 2000 n'avait aucune expérience du droit de vote local des étrangers et qu'en France, il faut attendre 2001 (l'extension à tous les étrangers fait l'objet d'une simple proposition de loi de 2010).

4 - Les changements en cours font craindre à certains auteurs que la France se mue en une communauté instable, « dissoute dans une Europe qui aspire à se confondre avec le corps de croissance de l'humanité en général » <sup>8</sup>. L'adjectif « dissoute » paraît très fort pour désigner la superposition de citoyennetés, de même que l'Europe ne semble pas « aspirer à se confondre avec l'humanité » ; en revanche Yves Lequette n'a pas tort d'évoquer le lien entre les trois niveaux. En effet se superposent désormais à la citoyenneté nationale un niveau régional, illustrée dans notre partie du monde par les différentes citoyennetés européennes,

1. Cet article est une version remaniée et mise à jour de M. Delmas-Marty « Construire une citoyenneté à plusieurs niveaux », in *La citoyenneté européenne*, dir. Fauvarque Cosson B., Pataut E. et Rochfeld J., SLC, 2011, 15-26.  
2. G. F. DUMONT, « Gouvernance internationale et politiques migratoires », *Rev. Population et avenir*, 2011.  
3. v. « Études et doctrine – La citoyenneté », in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 23, 2007, p. 62.  
4. O. BEAUD, « Les métamorphoses des États au miroir des individus : le problème de la nationalité dans une fédération », in *Théorie de la fédération*, p. 217 et s.

5. D. COLAS, *Citoyenneté et nationalité*, Gallimard, 2004. p. 129 et s.  
6. C. WIHTOL de WENDEL, « La citoyenneté revisitée », in *La question migratoire au 21<sup>e</sup> siècle*, p. 129 et s.  
7. P. LAGARDE, « La déchéance de nationalité », *Entretien Dalloz*, 2010, p. 1992.  
8. *Cahiers du Conseil constitutionnel*, préc., p. 81.

et se devine, à un niveau mondial encore hypothétique, *une citoyenneté du monde*, qui renvoie non seulement au rêve des philosophes, mais aussi à des initiatives concrètes, notamment sur les droits des migrants.

## 1. Les citoyennetés européennes

5 - Dès l'origine, Jean Monnet, dans son discours de Washington, le 30 avril 1952, avait marqué l'ambition première : « nous ne coalisons pas des États, nous unissons des hommes ». Et dès les premiers traités, le principe de libre circulation des personnes prépare la voie, mais il faut attendre 1992 et le Traité de Maastricht pour que le terme citoyen apparaisse, renforcé par la Charte des droits fondamentaux (Ch. V sur la citoyenneté), adoptée par le Traité de Nice en 2000 et entrée en vigueur avec celui de Lisbonne en 2007. Alors que la Charte fut présentée seulement au nom des « peuples d'Europe », le Traité de Lisbonne, qui vise l'union sans cesse plus étroite des peuples d'Europe, précise que les décisions sont prises « le plus près possible des citoyens » (art. 1). En outre les membres du Parlement européen sont « *représentants des citoyens de l'Union* » (art. 189 TCE) et non « *représentants des peuples des États réunis dans la Communauté* » ; plus précisément les droits du citoyen européen sont reconnus (art. 11§2 TUE, visant dialogue et consultation) et spécifiquement cités dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), étant précisé que la liste n'est pas exhaustive (art. 20 §2, TFCUE énumère « entre autres » les droits et devoirs citoyens UE)<sup>9</sup>.

6 - Au-delà de la dimension symbolique, l'analyse suggère trois visions de la citoyenneté : si l'on s'en tient à la définition de la charte et des traités, il s'agit essentiellement de droits civils et politiques donc d'une *citoyenneté politique*, donnant accès à la cité Europe ; si l'on tient compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et de la CEDH, apparaissent, confortés par le principe de solidarité, les droits sociaux dans la cité, *citoyenneté sociale* ; enfin la variété des profils de migrants aux comportements culturels contrastés pose la question dite de « l'identité », c'est-à-dire de la reconnaissance de droits culturels qui invitent à s'interroger sur la possibilité d'une citoyenneté multi, ou plutôt inter culturelle.

7 - La *citoyenneté politique* remonte au Traité de Maastricht qui, en introduisant en 1992 la notion de citoyenneté, ajoutait une dimension politique nouvelle à la nature jusqu'alors essentiellement économique de l'intégration européenne. Désormais, toute personne ayant la nationalité d'un État membre de l'UE est aussi automatiquement un citoyen de l'UE. La citoyenneté européenne ne remplace pas la citoyenneté nationale, mais s'ajoute à elle pour conférer à tous les ressortissants des États membres un ensemble supplémentaire de droits garantis par les traités. Elle est devenue un élément du processus d'intégration européenne : dès le préambule du Traité UE, les gouvernements se déclarent « résolus à établir une citoyenneté commune aux ressortissants de leur pays » qui a vocation à « renforcer la protection des droits et des intérêts des ressortissants de ses États membres » (art. 2).

8 - À la lecture des textes, la citoyenneté européenne, limitée aux ressortissants des 27 États membres, reste modeste. Elle comporte quatre droits : libre circulation au sein de l'Europe (art. 18) ; droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales dans l'État membre de résidence (art. 19) ; droit de bénéficier de la protection diplomatique de tout État membre (art. 20) ; droit de pétition devant le Parlement européen (art. 21). Le droit de libre circulation des personnes inclut un droit de séjour inférieur à trois mois, puis un droit encadré entre 3 mois et 5 ans et un droit

au séjour définitif après 5 ans de résidence : c'est un droit important mais il était déjà largement consacré dès la première phase de la construction européenne ; de même les droits de vote et protection diplomatique, également importants, ne suffisent pas à donner un véritable accès à la cité Europe. En revanche le droit de pétition, initiative citoyenne qui permet à un groupe de citoyens d'inviter la Commission à soumettre des propositions législatives, pourrait être le point de départ d'une conception participative (même si l'expression a disparu entre TCE et le Traité de Lisbonne). Notons que la première tentative d'utilisation date de décembre 2010, dans un domaine intéressant à la fois l'environnement et les innovations technologiques (il s'agissait d'un appel à durcir la législation sur les OGM), mais la tentative était prématurée car le dispositif d'application n'est entré en vigueur qu'un an après publication, début 2012.

9 - Cette lenteur risque d'affaiblir l'initiative citoyenne, alors que se développent les initiatives informelles par Internet : comparées à la souplesse des mobilisations collectives sur Internet, les procédures et conditions requises par le Traité de Lisbonne peuvent sembler trop rigides et restrictives : un million de signatures ; une demande à partir d'au moins un quart des États membres avec un nombre minimum de signataires requis dans chaque État ; une représentation encadrée par un « comité des citoyens » qui doit désigner des représentants qui assureront la liaison avec les institutions de l'Union tout au long de la procédure ; enfin le débat est circonscrit par les « formulaires de déclaration de soutien » remplis par les citoyens et dans un délai n'excédant pas 12 mois.

10 - Sans aller comme Etienne Pataut jusqu'à y voir une « *coquille disponible mais en quête de contenu* »<sup>10</sup>, il faut admettre avec lui que la citoyenneté européenne est principalement l'œuvre de la jurisprudence, mais selon une évolution discontinue.

11 - L'avancée du droit de libre circulation, d'abord réservé aux travailleurs, agents économiques dont on attendait qu'ils construisent le marché intérieur, est étendue par la cour à tous les citoyens qui ont le droit de résider dans un autre État membre en leur seule qualité de citoyens UE. À ce titre, ils bénéficient d'un droit de séjour, indépendamment de toute considération économique : le TUE n'exige pas que les citoyens de l'Union exercent une activité professionnelle, salariée ou indépendante, pour jouir des droits prévus dans la deuxième partie du Traité CE, relative à la citoyenneté de l'Union. Partiellement repris par le législateur européen (*directive 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres*), le droit au séjour interdit les mesures d'éloignement, sauf s'il existe des raisons impérieuses de sécurité publique définies par les États membres. Toutefois, la sécurité devient prioritaire et l'UE durcit le contrôle des migrants venus de pays tiers : la « grande muraille d'Europe », à la différence de la muraille de Chine, est en partie virtuelle et située à l'extérieur des frontières : ce sont les fortifications le long de la frontière des enclaves espagnoles de Ceuta et Melilla sur la côte marocaine, ou en 2004, le pont aérien entre l'île de Lampedusa au large de la Sicile et de la Lybie pour refouler les demandeurs d'asile. En février 2011, la nouvelle mission de l'agence européenne Frontex fut d'arrêter les migrations. En revanche, en matière d'égalité de traitement une jurisprudence plus innovante esquisse une citoyenneté sociale.

12 - La *citoyenneté sociale* ne figure pas dans les traités, mais la doctrine commence à évoquer une « citoyenneté sociale euro-

9. Rapport de la Commission sur la citoyenneté de l'Union, 2010.

10. E. PATAUT, « L'invention du citoyen européen », *La vie des idées.fr*, 2 juin 2009 ; M.B. CARABOT, *Les Fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

péenne », ou une « un statut d'intégration sociale »<sup>11</sup>, ou encore « la citoyenneté européenne, nouveau moteur des droits sociaux »<sup>12</sup>. L'expression se fonde sur le principe de solidarité inscrit dans la Charte UE, mais dans un ch. IV, séparé du ch. V sur « la citoyenneté ». On retrouve ici le débat sur la justiciabilité des droits sociaux qui, à la différence de la plupart des droits civils et politiques, comportent des implications budgétaires, donc des choix que le juge n'aurait pas compétence pour trancher sans risquer d'empiéter sur le pouvoir législatif. Et pourtant l'étude des pratiques judiciaires « permet indiscutablement de relativiser la spécificité des droits sociaux »<sup>13</sup>. À condition d'associer la CEDH car l'évolution de la jurisprudence de la CJUE est ici encore discontinuée, le frein de la sécurité étant remplacé par celui de la compétitivité.

13 - Du côté de la CJUE, le principe de non-discrimination conduit à reconnaître à tout citoyen communautaire les droits réservés au travailleur. Désormais, un avantage social particulier, comme l'allocation d'éducation pour un enfant, s'applique à tous ceux qui peuvent bénéficier d'un droit au séjour tiré du droit communautaire. C'est la leçon maintes fois répétée par la Cour, par exemple pour les étudiants, les chômeurs ou les indigents, et reprise par l'article 24 de la directive 2004 : « tout citoyen de l'UE qui séjourne sur le territoire de l'État membre d'accueil en vertu de la présente directive bénéficie de l'égalité de traitement avec les ressortissants de cet État membre dans le domaine d'application du traité ».

14 - En revanche on observe un recul en droit du travail, notamment en ce qui concerne le droit de grève et les droits syndicaux. On note d'ailleurs qu'un membre de la CJUE a pu faire une distinction, au sein des droits liés au principe de solidarité énoncé par la Charte UE, entre ceux qui peuvent être invoqués (droit d'accès à des services de placement, droit à des conditions de travail justes et équitables, droit au congé parental et de maternité) et ceux dont il estime « que leur libellé et leur explication ne fournissent pas d'éléments de qualification suffisants ou univoques ».<sup>14</sup> Revenir ainsi à la distinction droits libertés / droits de créance, montre la difficulté à mettre en œuvre « l'économie sociale de marché » annoncée par le Traité de Lisbonne (art. 3). La citoyenneté du marché l'emporterait sur la citoyenneté sociale. C'est aussi le sens de la « nouvelle méthode d'interprétation » qui admet les justifications économiques pour limiter l'octroi d'avantages sociaux<sup>15</sup>.

15 - Mais l'argument attribuant à la crise économique et financière ce souci nouveau pour l'équilibre financier de l'État d'accueil se retourne, car la crise a aussi l'effet inverse d'inciter les juges à renforcer la protection sociale. C'est peut-être ainsi que l'on peut comprendre l'arrêt CJUE du 3 juin 2010<sup>16</sup> portant sur les droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises au sein de groupes multinationaux, qui modifie la jurisprudence antérieure pour appliquer la directive qui assure la continuité des relations de travail dans le cas de transferts à l'extérieur du groupe. À rapprocher de la situation française où la Cour de cassation refusa par deux arrêts du 18 janvier et du 1<sup>er</sup> février

2011 le licenciement du personnel d'une entreprise appartenant à groupe multinational si la cause n'est pas économique mais stratégique, faisant ainsi un pas vers une jurisprudence « antidé-localisation »<sup>17</sup>.

16 - Quelles que soient les discontinuités, la citoyenneté européenne sociale n'a pas totalement disparu, peut-être en raison du rôle d'aiguillon de la CEDH : le président Costa avait récemment souligné l'importance, pour la Cour et le Comité des droits économiques et sociaux, de la mise en application des droits sociaux, et cité plusieurs avancées significatives, qu'il s'agisse de prestations sociales, de travail forcé, de droits syndicaux ou d'exclusions sociales constituant des traitements inhumains ou dégradants<sup>18</sup>. Mais il n'a pas abordé la question des droits culturels. Dans une Europe divisée à propos de la morale et de la religion (surtout à l'échelle du Conseil de l'Europe qui englobe notamment la Turquie), émerge un aspect plus problématique de la citoyenneté, multi ou inter culturelle.

17 - Une citoyenneté multi ou inter culturelle ? Ici encore, le plus grand défi est posé par le droit à la migration : « à la communauté des citoyens succède la citoyenneté multiculturelle »<sup>19</sup>. Même en définissant le terme comme porteur de valeurs (non-discrimination, droit à la mobilité, dialogue des religions et des cultures), il reste ambigu<sup>20</sup> car on peut y voir soit la reconnaissance de droits propres aux minorités de migrants, soit l'apparition d'une notion d'identité plurielle qui permet d'associer à la citoyenneté politique et sociale une citoyenneté qu'il vaut mieux nommer « interculturelle » car le terme renvoie à une conception ouverte des droits culturels : l'article 3 de la Déclaration Fribourg publiée en 2007 vise le droit de connaître et voir respecter sa propre culture ainsi que les cultures qui dans leur diversité constituent le patrimoine commun de l'Humanité<sup>21</sup>. Et le Commentaire précise : « les droits culturels désignent les droits et libertés pour une personne, seule ou en commun, de choisir et exprimer son identité et accéder aux références culturelles », qualifiées « ressources nécessaires » à l'identification, la communication et la création.

18 - Le récit par Guy Braibant de la dernière phase de la rédaction du préambule de la charte UE illustre la difficulté : « une petite bombe a éclaté », avec la proposition d'un groupe du PE d'évoquer « l'héritage religieux »<sup>22</sup>. Il dut rappeler le principe de laïcité de la République française et plaider pour celle de l'Europe : « le caractère non laïc de la plupart des pays d'Europe n'empêche pas l'Europe elle-même d'être laïque ». Par souci d'affirmer à la fois des valeurs communes et « la diversité des cultures et des traditions des peuples », les rédacteurs évoqueraient finalement « le patrimoine spirituel et moral » de l'Union, rejoignant ainsi la jurisprudence de la CEDH qui considère le pluralisme comme composante de la société démocratique et reconnaît en la matière une marge nationale d'appréciation très large<sup>23</sup>.

19 - La difficulté est de ne pas transformer le pluralisme en relativisme, au risque d'opposer à certaines « fureurs religieuses » d'autres fureurs prenant le masque de la laïcité : pour y parve-

11. L. AZOULAI, « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », in *Chemins d'Europe, Mélanges Jacques*, Dalloz, 2010, p. 1 et s.

12. M. BENZOLOT-CARABOT, « Les droits sociaux dans l'ordre juridique de l'UE : entre instrumentalisation et fondamentalisation », à paraître in *Droit des pauvres, pauvres droits*, dir. D. ROMAN, Bruylant, 2011.

13. D. ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux », in *Droit des pauvres...* préc.

14. K. LENAERTS, « La solidarité ou le chapitre IV de la charte des droits fondamentaux de l'UE », *RTDH* 2010 p. 227.

15. Aff. Förster, gde ch., 18 nov. 2008, v. C. MARZO, « La définition d'une nouvelle méthode de gouvernement attachée à la citoyenneté européenne, Réflexions autour de l'arrêt Förster », *RTDE*, 2009, p. 439 et s.

16. Aff. *catering BV c/FNV Bondgenoten*, concl. Y. BOT.

17. F. AIZICOVICI, « Le courroux des patrons contre la Cour de cassation », *Le Monde*, 24 févr. 2011.

18. J.-P. COSTA, « La CEDH et la protection des droits sociaux », *RTDH* préc., p. 207 et s.

19. C. WIHTOL DE WENDEL, « La citoyenneté revisitée », in *La question migratoire au 21<sup>e</sup> siècle*, 2010.

20. C. JOPPKE, *Citizenship and immigration*, UK Polity Press, 2010.

21. P. MEYER-BISH et M. BIDAULT, *Déclarer les droits culturels, Commentaire de la Déclaration de Fribourg*, Bruylant, 2010, p. 17.

22. G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, Seuil, 2001, p. 77.

23. E. DECAUX, « Laïcité française et liberté religieuse dans la jurisprudence de la CEDH », *RTDH* 2010 p. 252.

nir Jean Baubérot distingue *les* laïcités, qui varient selon leurs finalités (liberté de conscience et non-discrimination) et selon les moyens utilisés (séparation du politique et du religieux et neutralité de l'État) de *la* laïcité qu'il défend, non comme valeur en soi à vénérer mais parce qu'elle seule rassemble les quatre éléments<sup>24</sup>. Mais le pluralisme a des limites : toutes les cultures doivent respecter le droit indérogeable à l'égalité humaine.

20 - En définitive, malgré leur complexité, les citoyennetés européennes, séparées de la nationalité et superposant deux niveaux, pourraient évoquer « l'inter citoyenneté », terme employé pour désigner phénomènes de double appartenance dans les États fédérés<sup>25</sup>.

21 - Mais le droit européen va plus loin : l'article 41 Charte UE visant « toute personne » peut être invoqué aussi par des étrangers, même non réguliers et non résidents, au cas de violation du droit à une bonne administration ; et surtout l'article 34 CESDH ouvre un droit de déposer une requête contre un État membre du Conseil de l'Europe sans condition de nationalité (des Irakiens, par exemple, ont-ils pu déposer une requête contre le Royaume-Uni). On voit ainsi s'entrouvrir, dans cette Europe pourtant imparfaite et en crise quasiment permanente, la possibilité d'une citoyenneté élargie à l'échelle du monde.

## 2. Vers une citoyenneté du monde

22 - Se percevoir comme citoyen du monde est un vieux rêve qui semble accompagner celui d'une coexistence pacifique, entre peuples et entre humains. D'où les deux expressions équivalentes : « cosmopolitique », du grec *cosmos* et *polis* devient à partir du latin (*civitas* et *mondium*) « citoyenneté du monde ».

23 - On pense à Kant bien sûr, et à son projet de paix perpétuelle (1795) mais l'idée n'est pas venue des Lumières. Dès l'Antiquité, les stoïciens cités par Cicéron considèrent le monde comme « la cité commune des dieux et des hommes »<sup>26</sup>. Avant Kant, alors que Leibnitz décrit encore la « *civitas dei* » dans la perspective d'une Europe chrétienne et impériale, Christian Wolf, voyant la « *civitas maxima* » comme un État des peuples (*gentium*), prépare déjà la voie du cosmopolitisme kantien. Et les classiques chinois de l'école confucéenne enseignent depuis longtemps « qu'entre les quatre mers tous les hommes sont frères » et utilisent le terme de *Datong* aux traductions multiples (grande unité, grande union, société cosmopolitique, grande communion, grande harmonie, grande similitude, fraternité mondiale, grand *common wealth*, etc.). Réactualisé par Kang Youwei qui écrit le *Datong Shu* (Le livre de la grande unité) en 1884-85, le thème suggère que les deux K avaient fait le même rêve, ou presque, à des époques et en des lieux radicalement différents, ouvrant la voie vers une cité des droits.

24 - **Le rêve des 2 K : Kant (1724-1804) et Kang (1858-1927).** Ils ont chacun à sa façon imaginé le citoyen du monde. Kang écrit sa 1<sup>re</sup> version en 1884-85, à une époque où Kant n'était pas encore traduit en chinois. Il refuse de la publier et même de l'enseigner mais il la fait lire à ses meilleurs étudiants (dont le juriste Liang Qichao qui publiera les deux premières parties en 1913). À la même époque, Kang autorise la traduction en

anglais, tout en refusant la traduction complète qui aurait été demandée par le Pt Wilson et aura lieu seulement après sa mort (1935 en chinois, 1958 en anglais).

25 - Ils étaient conscients l'un et l'autre de leur distance par rapport au monde réel : Kant parle d'un « beau songe » et Kang refuse la publication parce qu'elle serait « trop avancée pour l'époque » et se heurte à la nécessité immédiate de construire un État-nation (ce visionnaire est aussi un conservateur qui reste attaché à l'Empire chinois). Mais ils restent concrets, chacun à sa manière. Kant souligne que si les religions et les langues divisent, le commerce (et l'argent) unissent. Il ne veut pas d'un État mondial qui pourrait tourner au despotisme le plus effroyable et son droit cosmopolitique limite le principe d'hospitalité universelle au droit de ne pas être traité en ennemi dans le pays où l'on arrive, mais exclut le droit de s'établir.

26 - De son côté, Kang, reprenant les classiques chinois, annonce la grande « unité du monde », mais sa charte est évolutive, suivant la « théorie des trois âges » : le grand désordre (l'époque où il vit), la paix ascendante ; puis la grande paix avec un gouvernement unique (art. 3). Toutefois, même à cette 3<sup>e</sup> phase, il ménage l'autonomie des peuples (art. 10), les frontières (art. 19) et la législation locale (art. 1B). Quant aux citoyens du monde, ou « peuple du ciel » (art. 7 et 16 F), ils sont marqués, sous l'influence du bouddhisme et du taoïsme, de l'esprit de compassion. Plus politique que Kang, son disciple Liang Qichao (auteur d'une traduction de Kant)<sup>27</sup>, insiste sur les conditions juridiques de participation et légitimation et évoquera dans un livre *De la communauté* l'idée de la superposition des citoyennetés : il y a les citoyens d'une nation et les citoyens du monde.

27 - La visite aux deux K relativise la nouveauté de la question, mais la mondialisation réactive le débat : ainsi le philosophe du droit Luigi Ferrajoli propose d'aller vers une citoyenneté universelle qui réconcilie droits de l'homme et droits des citoyens<sup>28</sup> et l'internationaliste Monique Chemillier Gendreau s'interroge sur une citoyenneté universelle adaptée à la pluralité du monde.

28 - Sans reprendre le débat théorique actuel, on évoquera des initiatives en cours pour surmonter l'obstacle d'une citoyenneté associée à la nationalité, et réduire les distorsions entre la circulation des personnes et celle des marchandises, services ou capitaux. Malgré la dispersion entre le citoyen travailleur, consommateur, contestataire, communicateur (citoyen Internet), les migrations obligent en effet à une vision plus large pour tenter de coordonner tout l'ensemble et passer du concept de droit de cité qui exclut les non citoyens à une planète devenue « cité des droits ».

## 3. Conclusion

29 - Si la citoyenneté européenne se cherche encore, et si la citoyenneté mondiale se devine à peine, les initiatives concrètes montrent déjà qu'il serait possible de construire une citoyenneté « à plusieurs niveaux », coordonnant les droits reconnus au niveau national, régional et mondial. Ce pourrait être l'annonce d'une future « cité des droits » qui se donnerait les moyens d'associer les citoyens aux décisions qui les concernent, qu'il s'agisse de leur pays, de leur région, ou de leur planète. ■

24. Cf. J. BAUBÉROT et M. MILOT, « Laïcité, laïcités, analyse sociologique », in *Laïcités sans frontières*, Seuil, 2011.

25. O. BEAUD, « Les métamorphoses des États au miroir des individus : le problème de la nationalité dans une fédération », in *Théorie de la fédération*, p. 217 et s.

26. CICÉRON, « De la nature des dieux », II, L. XII, comp. L.I, XIX (62), in *Les stoïciens*, Gallimard, La pléiade, 1978, p. 465, 285.

27. J. THORAVALL, « L'appropriation du concept de «liberté» à la fin des Qing en partant de l'interprétation de Kant par Liang Qichao », in *La Chine et la démocratie*, dir. M. DELMAS-MARTY et P.E. WILL, Fayard, 2007, p. 215 et s.

28. L. FERRAJOLI, *Principia Juris* ; M. CHEMILLIER GENDREAU, « Quelle citoyenneté universelle adaptée à la pluralité du monde ? », *Tumultes*, 2005.

## 6 Résolution bancaire : la nouvelle réglementation dispensera-t-elle les États d'intervenir dans les faillites bancaires ?



Xavier CHASSIN DE KERGOMMEAUX,  
Avocat au Barreau de Paris,  
Associé, GIDE LOYRETTE NOUËL A.A.R.P.I.



Olivier BERNARDI,  
Avocat au Barreau de Paris,  
Associé, GIDE LOYRETTE NOUËL A.A.R.P.I.

1 - La « crise des *subprimes* » survenue aux États-Unis au cours de l'année 2007 avant de se propager au reste du monde dans les années suivantes a révélé la nécessité de disposer de mesures efficaces destinées à sauver les banques en situation de faillite, voire à organiser leur résolution de manière ordonnée sans attendre la situation de faillite avérée. Le but ultime de telles mesures est de protéger les agents économiques, principalement les déposants, via d'autres moyens que le recours à des interventions publiques potentiellement ruineuses pour les États. Plus précisément, la réglementation élaborée en réaction à la crise dite des « *subprimes* » a pour objet de faire primer le renflouement interne des banques (le « *bail-in* ») sur le renflouement externe des banques (le « *bail-out* »), afin de s'assurer que ce sont principalement les créanciers des banques, et non les États, qui absorbent les pertes des banques en difficulté et participent à la reconstitution de leurs fonds propres.

Un bref rappel historique des événements ayant conduit à connaître une crise des dettes publiques au cours de la dernière décennie s'impose afin de mieux comprendre les réformes censées éviter que l'histoire se répète.

2 - **Genèse de la crise bancaire.** – Au début des années 2000, sous l'effet cumulé de la politique du gouvernement américain visant à favoriser l'accès à la propriété immobilière des ménages disposant de faibles revenus et de la baisse significative du taux directeur de la Réserve Fédérale américaine (FED)<sup>1</sup>, les organismes de crédit américains ont accordé de nombreux crédits immobiliers hypothécaires à des emprunteurs peu solvables. La plupart de ces prêts étaient consentis à taux variable (parfois après une période de deux ans pendant laquelle l'emprunteur bénéficiait d'un taux fixe promotionnel) sur des périodes longues (25, 30, voire 35 ans) et garantis exclusivement par une hypothèque sur le bien acquis au moyen d'un tel financement ou, dans le cas de crédits à la consommation, sur le bien détenu par l'emprunteur. Le volume des crédits immobiliers ainsi consentis a connu une croissance particulièrement rapide, qui, couplée à des taux d'intérêts bas, a entraîné une augmentation rapide des prix de l'immobilier et donc de la valeur hypothécaire des biens, incitant encore davantage les organismes de crédit à consentir des crédits immobiliers et des crédits à la consommation à des emprunteurs impécunieux. Une bulle spéculative immobilière naît, la hausse des prix immobiliers entraînant une augmentation

de la demande de crédit et vice-versa. Afin de pouvoir faire face à la forte demande de crédit constatée, ces organismes ont été amenés à se refinancer en cédant – via divers mécanismes de titrisation – les créances qu'ils détenaient sur les emprunteurs, à des investisseurs américains ou étrangers recherchant des rendements intéressants dans un contexte de taux bas (la prime de risque étant logiquement plus élevée à l'égard d'un emprunteur *subprime* qu'à l'égard d'un emprunteur *prime* représentant un faible risque de crédit). Les titres ainsi placés auprès des investisseurs bénéficiaient de notations flatteuses de la part des agences de notation, qui se fondaient sur un risque historique de défaut très bas sur les crédits sous-jacents. Or la suite a prouvé que ce risque historique n'était ni pertinent ni représentatif du risque effectif représenté par ces crédits.

3 - À partir de 2004, la FED, constatant que sa politique de taux bas a eu les effets escomptés sur la croissance économique américaine et s'inquiétant de tensions inflationnistes, notamment sur certaines classes d'actifs (pétrole et immobilier notamment), entreprend de remonter son taux directeur et fait passer progressivement celui-ci de 1 % en 2004 à 5,25 % en 2006.

4 - La hausse significative et rapide du taux directeur de la FED entraîne une augmentation corrélative des taux variables des crédits immobiliers et place nombre d'emprunteurs dans l'impossibilité d'assumer financièrement leurs mensualités accrues, au premier rang desquels les emprunteurs *subprimes*. Le nombre de défauts de paiement augmente, poussant les organismes de crédit à utiliser la garantie hypothécaire dont ils disposent. Un nombre considérable de biens immobiliers sont ainsi mis en vente par ces organismes, renforçant encore davantage le déséquilibre entre l'offre et la demande sur le marché immobilier, demande déjà réduite du fait de l'exclusion de l'accès à la propriété de ménages peu solvables, induite par les taux d'intérêts plus élevés. Les prix de l'immobilier commencent à chuter, perdant aux alentours de 20 % sur la période 2006-2007.

5 - Les organismes de crédit et les investisseurs détenant, directement ou indirectement via les mécanismes de titrisation, des créances sur les emprunteurs en défaut de paiement subissent des pertes considérables, entraînant la faillite de certains d'entre eux, la chute des marchés financiers mondiaux et un blocage du marché interbancaire du fait d'un déficit de confiance entre les acteurs de marché.

6 - **D'une crise bancaire à une crise des dettes publiques.** – La propagation de la crise en dehors des États-Unis et son ampleur obligent alors de nombreux États à intervenir pour soutenir l'économie et les établissements du secteur bancaire, au prix d'un accroissement substantiel de la dette publique de ces pays.

1. Le taux directeur de la FED passa progressivement de 6,5 % en 2001 à 1 % en juin 2003, pour tenter de contrer un risque de récession aux États-Unis après l'explosion de la bulle boursière sur les sociétés technologiques en 2000 (l'indice NASDAQ chutant de près de 80 % entre février 2000 et octobre 2002) et les attentats du 11 septembre 2001.

Entre 2008 et 2017, 1 459 milliards d'euros en capital et 3 659 milliards d'euros en trésorerie ont été octroyés aux banques par les États membres de l'Union européenne. Si une partie de ces sommes a été remboursée par les bénéficiaires et que l'argent public a permis de sauver bon nombre d'établissements bancaires, le gigantisme de ces aides a conduit à transformer la crise bancaire en une crise des finances publiques<sup>2</sup>. Exception notable, le plan de stabilisation bancaire français de 2008 ne s'est pas fait au détriment des finances publiques puisqu'il s'est fondé sur l'émission de titres garantis par l'État, lesquels titres ont été intégralement remboursés sans que la garantie de l'État ait été appelée.

7 - Dès 2010, avec la dette de l'État grec, une crise des dettes souveraines éclate en Europe, ce qui engendre un effet de panique sur les marchés financiers, aggravé par les positions spéculatives de certains investisseurs pariant sur un défaut de paiement généralisé de la Grèce. Tous les pays européens, dont le système bancaire et l'économie sont jugés fragiles (à savoir l'Espagne, l'Irlande, l'Italie et le Portugal), connaissent une augmentation significative des taux d'intérêts exigés par les investisseurs pour financer les budgets publics.

8 - En mai 2010, les pays européens et le FMI acceptent de refinancer la dette grecque en échange de la mise en place d'un plan d'austérité budgétaire drastique. Les États de la zone euro et la Banque centrale européenne imaginent ensuite en un temps record des mécanismes permettant de ramener le marché des dettes souveraines à des réactions plus mesurées. Des plans d'aide sont élaborés pour aider les pays les plus en difficulté et créer des conditions stables à la mise en œuvre de réformes structurelles, parfois très lourdes, visant à redresser l'activité économique.

9 - La dette des autorités publiques grecques à l'égard d'agents économiques privés est, en mars 2012, restructurée, ce qui causa des pertes substantielles aux créanciers privés et donna ainsi lieu au premier défaut souverain de la zone euro.

10 - Les initiatives nationales de sauvetage des établissements bancaires en difficulté ont engendré de lourds déficits pour les États et révélé une interdépendance manifeste entre gouvernements nationaux et banques.

11 - En outre, les solutions divergentes prises par les autorités nationales ont eu pour effet de fragmenter le marché des services financiers, perturbant ainsi davantage l'activité de prêt à l'économie réelle.

12 - Tirant les leçons de cette onéreuse expérience, les États membres de l'Union européenne ont entrepris des réformes d'ampleur visant à assurer la prévention et la résolution des crises bancaires sans recourir aux finances publiques (1). Se pose dorénavant la question de l'efficacité de ces dispositifs (2).

## 1. Typologie des mesures préventives et de résolution des difficultés du secteur bancaire

13 - Tirant les leçons de la crise financière de 2007, le Conseil de l'Union européenne a initié, les 28 et 29 juin 2012, un certain nombre de mesures visant à mieux anticiper les crises bancaires, maîtriser davantage les conséquences de telles crises et protéger plus efficacement les déposants, ainsi que les gouvernements nationaux et donc indirectement les contribuables.

Le mécanisme européen de prévention et de résolution des difficultés des établissements bancaires, qui est mis en œuvre par les autorités étatiques et supra-étatiques européennes, repose sur deux volets :

- un volet préventif ayant pour objectif d'éviter que les établissements bancaires ne tombent dans une situation compromise ;
- un volet curatif visant à organiser de manière ordonnée leur résolution, et ainsi résoudre les difficultés des entreprises du secteur bancaire lorsque le volet préventif n'a pu les empêcher de survenir.

### A. - Mesures préventives

14 - Le dispositif européen de prévention des crises bancaires repose sur deux principaux mécanismes : le renforcement des dispositifs prudentiels destinés à garantir la solvabilité des établissements bancaires afin que ceux-ci ne soient pas en difficulté (a), ainsi que la mise en place de moyens d'actions précoces destinés à régler les difficultés avant que la solvabilité des établissements bancaires ne soit compromise (b).

#### 1° Renforcement des exigences prudentielles à l'égard des établissements bancaires

15 - La réglementation prudentielle a été renforcée pour augmenter la résilience des banques en cas de crises économique et financière, en particulier celles de grande taille (dites systémiques) dont le naufrage entraînerait dans son sillage des pans entiers de la finance mondiale.

La BCE a ainsi ratifié en 2010 les accords de Bâle III<sup>3</sup> qui durcissent les exigences de fonds propres en contraignant les banques à respecter principalement un ratio de solvabilité<sup>4</sup> destiné à éviter qu'elles ne s'exposent à trop de risques.

16 - Les régulateurs internationaux ont également élaboré dès 2015 (pour une mise en œuvre en 2019 et 2022) un système d'absorption des pertes, dit TLAC (*total loss-absorbing capacity*), imposant aux banques présentant une taille systémique la constitution d'un matelas supplémentaire de fonds propres à hauteur de 16 % à 20 % du total de leurs actifs pondérés.

17 - En mai 2018, les pays européens se sont accordés pour transposer le ratio TLAC en droit européen, ce qui donna lieu à l'adoption du ratio MREL (*Minimum Requirement for own funds and Eligible Liabilities*). Un tel ratio impose aux 7 000 banques de l'Union européenne de constituer, d'ici 2022 et 2024, un nouveau matelas de ressources de financement qui servent à absorber leurs pertes inattendues.

18 - Toutes ces mesures ont peu ou prou le même objet, à savoir augmenter la quantité et la qualité des fonds propres des établissements bancaires afin de leur permettre de faire face aux conséquences d'une crise économique voire financière (défaut de paiement des emprunteurs, dépréciation d'actifs détenus au bilan, etc.). L'idée est ici de limiter les prises de risque de ces établissements et d'éviter qu'ils n'aient une insuffisance de fonds propres au regard de leurs expositions.

19 - En pratique, l'objectif est atteint puisqu'entre juin 2011 et juin 2019, les 100 plus grandes banques ont augmenté de 98 % leurs fonds propres de première catégorie, ce qui représente 1 900 milliards d'euros supplémentaires<sup>5</sup>.

#### 2° Dotation des autorités de supervision de moyens d'action préventifs

20 - Une autre série de mesures vise à doter les autorités de supervision de moyens d'action coercitifs plus importants et

2. A titre d'exemple, la dette souveraine de la Grèce représentait 175% du PIB en 2013 contre 103 % en 2007, celle de l'Italie 128 % du PIB en 2013 contre 100% en 2007, celle de la France 92 % du PIB en 2013 contre 64 % en 2007 ; la dette publique a été multipliée sur cette période par 3 en Espagne, par 5 en Irlande, et par 2 au Portugal.

3. A noter que les États-Unis les ratifieront également par l'adoption du Dodd Frank Act mais seulement en 2013.

4. Les banques sont également soumises à d'autres ratios, en particulier le ratio de liquidité et de levier.

5. Selon la Banque des règlements internationaux.

susceptibles d'être mis en œuvre en cas de détérioration de la situation financière d'un établissement bancaire, c'est-à-dire lorsque celui « enfreint ou est susceptible d'enfreindre dans un proche avenir les exigences »<sup>6</sup> prudentielles qui lui sont applicables.

21 - Les superviseurs bancaires (ACPR et BCE) peuvent dans une telle situation imposer à l'établissement concerné des mesures plus ou moins contraignantes telles que : la mise en œuvre effective de son plan préventif de rétablissement<sup>7</sup>, l'élaboration d'un programme de rétablissement spécifique, la restructuration de sa dette avec tout ou partie de ses créanciers, la modification de sa stratégie commerciale, la modification de sa structure juridique et opérationnelle, la destitution ou le remplacement d'un ou plusieurs dirigeants (le cas échéant avec nomination d'un administrateur provisoire remplaçant purement et simplement la direction de l'établissement ou agissant aux côtés des nouveaux dirigeants) ou encore la convocation d'une assemblée générale d'actionnaires selon un ordre du jour établit par l'autorité de supervision<sup>8</sup>.

22 - Enfin, lorsque la situation de l'établissement bancaire laisse craindre à terme une indisponibilité des fonds laissés en compte auprès de lui par ses clients, l'autorité de supervision peut solliciter l'intervention du fonds de résolution à titre préventif (en France, le Fonds de garantie des dépôts)<sup>9</sup>.

23 - Ce fonds mis en place dans chacun des États membres de l'Union européenne est financé ex-ante par le secteur bancaire via des contributions annuelles calculées sur la base de la taille du passif de chaque banque et du degré de risque qu'elle représente. À l'horizon 2025, chaque fonds national de résolution devra disposer de fonds représentant au moins 1 % des dépôts couverts par cette garantie détenus par l'ensemble des établissements de crédit exerçant leurs activités dans le pays concerné.

24 - L'ensemble de ces mesures renforce indéniablement la solvabilité des établissements bancaires et donc leur résilience en cas de crise économique. En outre, l'extension des pouvoirs des autorités de supervision est de nature à faciliter la mise en œuvre d'actions fortes visant anticiper les éventuelles difficultés que ces établissements sont à même de connaître dans le cadre de leur activité.

## B. - Mesures curatives

25 - Dans l'hypothèse où les mesures préventives décrites précédemment ne suffiraient pas à rétablir la situation financière d'un établissement bancaire, le législateur européen a prévu une seconde panoplie de dispositions destinées cette fois à redresser l'établissement en difficulté ou, si un tel redressement n'est pas possible, à organiser sa faillite en en minimisant les conséquences pour les déposants et les États.

### 1° Conditions de mises en œuvre d'une procédure de résolution

26 - Ces mesures curatives ne peuvent être mises en œuvre qu'à l'égard d'un établissement bancaire défaillant, c'est-à-dire en présence d'éléments objectifs démontrant qu'il est susceptible de se trouver, rapidement, dans l'une des situations suivantes :

- l'établissement ne respecte plus les exigences de fonds propres qui conditionnent le maintien de son agrément ;
- l'établissement n'est pas en mesure d'assurer ses paiements dus ;

- la valeur du total de ses actifs est inférieure à la valeur du total de ses passifs ; ou

- l'établissement requiert un soutien financier exceptionnel des pouvoirs publics<sup>10</sup>.

27 - Par dérogation à la définition courante prévalant en droit commercial, la cessation des paiements d'un établissement bancaire est définie comme le fait de ne pas être « *en mesure d'assurer leurs paiements, immédiatement ou à terme rapproché* »<sup>11</sup>.

28 - Tout établissement bancaire se trouvant dans l'une de ces situations peut ainsi faire l'objet d'une mesure de résolution si l'autorité de résolution compétente estime que les trois conditions suivantes sont réunies cumulativement :

- la défaillance de l'établissement est avérée ou prévisible,
- il n'existe aucune perspective raisonnable qu'une autre mesure de nature privée empêche cette défaillance dans un délai raisonnable (c'est-à-dire, aucune solution alternative au financement par le secteur privé, comme une recapitalisation), et
- une mesure de résolution est nécessaire au regard de l'intérêt général (une mesure étant considérée comme telle lorsqu'elle est nécessaire pour atteindre, par des moyens proportionnés, un ou plusieurs des objectifs prévus, alors qu'une procédure normale ne le permettrait pas)<sup>12</sup>.

29 - En pratique, l'autorité de résolution engage des mesures de résolution à l'égard d'un établissement en difficulté si sa défaillance est susceptible de causer un trouble important pour les déposants.

### 2° Mesures de résolution susceptibles d'être appliquées pour redresser l'établissement

30 - Lorsque ces conditions décrites précédemment sont réunies, l'autorité de résolution prend le contrôle de l'établissement défaillant, généralement via la nomination d'un administrateur provisoire spécifique intervenant aux côtés de l'administrateur judiciaire, dont le rôle devient résiduel et se limite à surveiller la gestion réalisée par son co-administrateur.

31 - De même, en cas de liquidation, le mandataire liquidateur désigné par l'autorité de résolution procède à l'inventaire des actifs, aux opérations de liquidation ainsi qu'aux licenciements, le liquidateur judiciaire étant principalement en charge de la vérification des créances.

32 - L'autorité de résolution utilisera alors tout ou partie des outils dont elle dispose pour tenter de remédier à la situation compromise de l'établissement bancaire. Elle peut ainsi décider<sup>13</sup> :

- de transférer des actions et autres titres de propriété ainsi que des biens, droits et obligations à un acquéreur privé (cession d'actifs forcée) ;
- de créer une structure ad-hoc (établissement-relais) à laquelle transférer les biens, droits et obligations de mauvaise qualité et qui ont vocation à être vendus ou liquidés (création d'une structure de défaisance) ;
- mettre en œuvre un mécanisme de renflouement interne permettant de faire contribuer les actionnaires et créanciers de l'établissement bancaire défaillant à l'absorption des pertes et, le cas échéant, à sa recapitalisation. Ce type de mesure se divise généralement en deux phases consistant d'une part à réduire les engagements éligibles à une telle mesure afin d'absorber les

6. Article L. 511-41-5 du code monétaire et financier.

7. En application de l'article L. 613-35 du code monétaire et financier, les établissements du secteur bancaire doivent élaborer et mettre à jour chaque année un plan préventif de rétablissement listant les mesures à prendre si leur situation financière venait à se détériorer.

8. Article L. 511-41-5 du code monétaire et financier.

9. Article L. 312-5 II du code monétaire et financier.

10. Article L. 613-48 II du code monétaire et financier.

11. Article L. 613-26 du code monétaire et financier ; cette définition déroge à l'article L. 631-1 du code de commerce qui vise la situation dans laquelle le débiteur est « *dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible* ».

12. Article L. 613-49 II du code monétaire et financier.

13. Articles L. 613-50 et suivants du code monétaire et financier.

perles et de ramener la valeur nette de l'établissement à zéro et d'autre part à convertir les engagements éligibles afin de recapitaliser l'établissement ou de contribuer, notamment, à la capitalisation de l'établissement-relais.

33 - Enfin, l'autorité de résolution peut engager l'intervention du fonds de résolution aux fins d'indemniser les actionnaires ou les créanciers de l'établissement, à condition que les pertes qu'ils auraient subies à la suite du renflouement interne soient plus importantes que celles qu'ils auraient subies dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité classique ou encore pour absorber des pertes et/ou recapitaliser la banque, dans certains cas exceptionnels bien définis.

34 - On constate ainsi que le panel des mesures destinées à prévenir la défaillance des établissements bancaires, et, en cas d'échec des actions préventives, à résoudre les faillites des établissements sans recourir à de l'argent public est particulièrement large et puissant.

35 - Se pose dorénavant la question de l'efficacité d'un tel dispositif.

## 2. Le dispositif de résolution des crises bancaires : véritable bouclier pour les finances publiques ou chimère insusceptible de résister à la confrontation au réel ?

36 - Plus d'une décennie après l'enclenchement de ce grand mouvement de réglementation des activités des banques, force est de constater que le « *bail-out* » demeure la règle et le « *bail-in* » l'exception. Les récents cas de difficultés bancaires en Europe ont révélé une réalité contrastée. Le dispositif de résolution bancaire entré en vigueur en 2016 a notamment fonctionné en Espagne à l'occasion du sauvetage de Banco Popolar, reprise par Santander pour un euro symbolique, après apurement de la situation nette négative de la banque par application des mécanismes de *bail-in*. En France, le plan de résolution ordonné appliqué au Crédit immobilier de France a nécessité la garantie de l'État mais les concours financiers de celui-ci devraient être très limités. À l'inverse, l'État italien est massivement intervenu dans le cadre du sauvetage des banques régionales Veneto Banca et Banca Popolare di Vicenza qui ont bénéficié d'une aide d'État de 6,4 milliards d'euros. Même chose pour la Banca Popolare di Bari, qui a bénéficié d'une aide publique de 900 millions d'euros. Même chose enfin et surtout pour la banque toscane Monte dei Paschi di Siena (BMPS), quatrième plus importante banque d'Italie, recapitalisée par l'État italien à hauteur de 6,6 milliards d'euros. Selon Mihails Kozlovs, membre de la Cour des comptes européenne et responsable d'un audit sur la question, « *depuis la crise de 2008, le secteur des services financiers a reçu plus d'aides d'État que tout autre secteur de l'économie* ». Entre 2008 et 2017, l'Union européenne a approuvé plus de 5 100 milliards d'euros d'aides d'État aux banques, et l'exemple du sauvetage de Monte dei Paschi di Siena démontre que la nouvelle réglementation sur la résolution bancaire n'a pas endigué ce phénomène. Pourquoi un tel échec ?

37 - L'esprit de la réglementation européenne sur la résolution part d'un principe simple : si la situation financière d'une banque montre une insuffisance de fonds propres voire une situation

nette négative, il est possible, sans aide d'État, d'apurer cette situation en réduisant à zéro successivement les droits financiers des actionnaires puis ceux des créanciers subordonnés. Si cela ne suffit pas, on remonte progressivement la chaîne des créanciers en annulant tout ou partie de leurs créances sur l'établissement en situation de faillite, de sorte que sa situation financière finit bien par être assainie. Seuls créanciers à échapper à ce jeu de massacre, les déposants qui bénéficient de la garantie des dépôts dans la limite de 100 000 euros par déposant. Cette approche purement comptable du *bail-in* est imparable : en annulant ou réduisant successivement différents postes du passif, on peut bien sûr restaurer la situation financière d'une banque. Mais c'est faire peu de cas du fait que les créanciers ainsi impactés par l'annulation ou la réduction de leurs droits financiers sont eux-mêmes le plus souvent des banques, des assureurs ou des organismes de placement collectif, bref des investisseurs institutionnels qui ont eux-mêmes une obligation de représentation des fonds qui leur sont confiés par leurs clients, et des comptes à leur rendre quant à la pertinence de leurs placements.

38 - Dès lors, les mécanismes de *bail-in* peuvent bien fonctionner pour un établissement bancaire de petite taille puisque le préjudice causé aux créanciers sera limité en valeur absolue. Compte tenu des règles de diversification des risques, il est peu probable qu'un créancier soit lui-même fragilisé par ses pertes subies dans le cadre de l'apurement du passif de l'établissement en difficulté.

39 - À l'inverse, dès que l'on s'intéresse à la situation d'un grand établissement bancaire en difficulté, la règle non écrite « *too big to fail* » retrouve pleinement à s'appliquer. Pour ce type d'établissement, les montants en cause sont tels que de nombreux créanciers dont les droits financiers seront annulés ou réduits vont eux-mêmes se retrouver en situation préoccupante de nature à nécessiter un plan d'apurement de leur propre passif ou à provoquer un mouvement de panique et de retraits massifs des sommes confiées par leurs clients. Or aucun établissement financier, même le mieux géré, ne peut survivre à un tel mouvement de panique. C'est selon nous ce qui explique que les plans de résolution italiens aient été préparés dans la plus grande confidentialité, pour éviter la panique, et avec une forte implication financière de l'État, pour éviter la déstabilisation des créanciers et les faillites en chaîne. Rappelons par ailleurs que, dans beaucoup de pays européens et tout particulièrement en France, les petits établissements bancaires ont quasiment disparu, le marché bancaire se résumant à un nombre très limité de grands groupes auxquels s'ajoutent quelques établissements spécialisés (crédit automobile par exemple). Dès lors, c'est bien la règle « *too big to fail* » qui a le plus de chances de s'appliquer. Ce sera *a fortiori* le cas en cas de difficulté de l'ensemble du secteur bancaire comme ce fut le cas en 2008 après la faillite de Lehman Brothers, où le plancher s'effondrait sous les pieds de tous les établissements bancaires occidentaux. Dans un tel contexte, il est illusoire de penser que les règles de résolution mises en place depuis cette crise permettront d'éviter l'implication massive des États. Ces règles resteront donc applicables à des difficultés affectant isolément des banques de petite taille, mais elles ne constituent la solution ni pour les établissements de grande taille ni, *a fortiori*, pour les crises bancaires généralisées comme en 2008. Elles peuvent en revanche être une boîte à outils intéressante et utile pour fixer le cadre du plan de sauvetage d'une banque, en ce compris l'intervention de l'État concerné. ■

## 7 The new French compliance landscape at the time of the first assessments: a common inspiration, regulatory authorities that have taken off and an intense litigation to come <sup>1</sup>



Daniel KADAR,  
avocat associé au sein  
du département Contentieux  
du cabinet Reed Smith



Laëtitia GAILLARD,  
avocate collaboratrice au sein  
du département Contentieux  
du cabinet Reed Smith



Stéphanie ABDESSELAM,  
avocate collaboratrice au sein  
du département Contentieux  
du cabinet Reed Smith

1 - The time has come for the first assessment with regard to the major new set of regulations which, although having different sources and reasons for being, have imposed themselves on businesses and the public in France. Among these, the General Data Protection Regulation (GDPR), adopted in order to harmonize the data protection regulation at the European Union level, or, in the area of anti-corruption, Law No. 2016-1691 known as the Sapin II Law – which came into being in the wake of scandals such as the *Cahuzac* affair allowed France to align itself with European and international standards such as the *Foreign Corrupt Practices Act* in the United States. Law n° 2017-399 of March 27, 2017, which establishes a duty of vigilance for parent companies and ordering companies, is to be strengthened and is also in line with this.

2 - In practice, these new standards are having a significant impact on the functional organisation and operational strategy of companies. Interestingly, there is a real link between these regulations, as they all have a common organisational structure. Their entry into force has given rise to a new logic of compliance, notably through the principle of « accountability » or demonstrability – a far cry from the French culture that had been used to a declaratory system and completion of formalities *a priori* <sup>2</sup>. From a technical point of view, the Sapin II Law, as the GDPR, requires the implementation of very similar internal tools and processes, which have to be demonstrable by the actors in the event of a control. This is also the case of the law related to the duty of vigilance, which requires the largest companies to establish and publish a vigilance plan aimed at identifying and then preventing risks in terms of health, safety, the environment, but also human rights and fundamental freedom raised by their own activities and those of their subsidiaries, subcontractors and suppliers, in France and abroad.

3 - The increase of controls carried out by the regulatory authorities and the severity of the penalties incurred have also clearly played an important role in the development and awareness of the preventive approach in France, and therefore of the compliance function in all companies affected by these regulations <sup>3</sup>. Today, contrary to what could have been the case before in the absence of any self-reporting procedure outside of competition law, companies can no longer wait to be sanctioned before taking on compliance requirements: on the one hand, because of the penalties incurred, which have increased dramatically, and on the other hand, because compliance now contributes to the achievement of company objectives. Compliance adapted to the specificities of each company, because each one must determine the most important subjects – according to its environment and the nature of its activities – on which it will have to strategically place its compliance efforts <sup>4</sup>.

4 - Finally, we note that the regulatory role originally entrusted to the Government has been merely delegated to actors independent from the political power – the regulatory authorities – which have seen their role significantly expand. The multiplicity of interactions with these regulators and the correlative increase in administrative sanction procedures have given rise to a considerable increase in regulatory litigation, which is intended, to be in line with judicial procedures from both an organisationally and procedurally perspective.

5 - This is the great novelty of the phenomenon that has been in progress for a little more than two years: an inevitable movement of judicialisation for which the actors must be strongly prepared.

1. The content of this article is based on the contribution previously published in French by D. Kadar, L. Gaillard and S. Abdesselam in *La compliance, une idée européenne ?*, P. Servan-Schreiber, H. Pascal, V. Rotaru (dir.) *Revue européenne du droit*, sept. 2020.  
2. A. Gaudemet, *La compliance : un monde nouveau ? Aspects d'une mutation du droit*, Ed. Panthéon-Assas, 2016.

3. A. Granel, « Conformité : l'état des entreprises françaises en 2020 », *La Lettre des Juristes d'Affaires*, February 3, 2020.  
4. W. Ayed and F. Verdun, « Infractions économiques – La fonction conformité anticorruption dans l'organisation selon l'Agence française anticorruption », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 17-18.

## 1. A new logic of accountability : strategic compliance choices are needed, as regulatory authorities are no longer “ justices of the peace ” —

6 - In terms of compliance, after times of a priori declaration, the watchword is now accountability. Regarding in particular data protection, the GDPR integrates the principle of accountability by obliging the actors to implement mechanisms in order to demonstrate their compliance with personal data protection requirements<sup>5</sup>.

7 - In concrete terms, economic actors have to be able to provide proof of the impact assessment carried out internally and the technical solutions adopted to comply with regulatory requirements, by justifying the intervention of a Data Protection Officer (“ DPO ”) or an external consultant. This is fundamental, all the more so as this logic of “ demonstrability ” implies, at the stage of regulatory controls, a real reversal of the burden of proof, which now falls on the actors which may be face a presumption of non-compliance.

8 - It is a complete reversal of paradigm, and the actors have to adapt their internal procedures for development and then their project management, through the concept of “ privacy by design ” provided by the GDPR : compliance has to be considered both upstream, and then throughout the life of a project.

9 - Among all internal tools and processes that enable actors to enforce compliance, the implementation of risk mapping now seems to be an unavoidable step, whether in terms of data protection, anti-corruption regulations, and due diligence. In practice, risk mapping is based on a common logic: first of all, it involves conducting an objective, systematic and documented analysis of internal and external processes and risks, requiring due diligence on the part of the business partners and service providers with which the companies will conduct business. A global risk identification phase is required: all departments of the entities in the same group should contribute in order to be able to identify the risks. Other measures are put forward, including the introduction of codes of conduct and internal policies, or the setting up of internal alert systems<sup>6</sup>.

10 - Of course, regulatory authorities have different sensitivities regarding the “ formal ” or “ methodological ” choices of compliance tools implemented by companies : the French Anti-Corruption Agency (“ AFA ”) has very recently stated that it only intends to sanction material breaches of legal obligations, and not the violation of any optional obligation or obligation added by guidelines issued by the regulatory authorities. The National Commission on Informatics and Liberty (“ CNIL ”) seems to go beyond the legal requirements by setting its own criteria: it will thus be prudent for the actors to follow the recommendations suggested by its guidelines, even if they are not binding as such and exceed the compliance requirements resulting from the GDPR.

11 - The accountability of actors also goes hand in hand with a logic of reporting. Thus, the Sapin II Law sets up a whistleblower mechanism that has a broad scope of application, and may even include any violation of personal data protection obligations. In the framework of the GDPR, this reporting is materialized by the procedures related to the notification of security incidents to the control authorities, and by the possibility offered to

users to report to the CNIL in case of violation of their rights. This reporting logic can also be found in other sectors, such as the health sector, where the Bertrand Law<sup>7</sup> required companies, which have links of interest with health professionals to publish them twice a year (on September 1st and on March 1st) on a platform set up by the government.

12 - These accountability and reporting requirements have concrete impacts on the functioning of companies, as the coordination of different departments will be required. For example, the reporting obligations in terms of health transparency will require that internal procedures be put in place to precisely trace any agreement signed, remuneration or benefit granted to a healthcare professional. It is up to the company to mobilise or even recruit the necessary resources to fulfil these obligations.

13 - The GDPR and Sapin II Law regulations have also led to the emergence of new actors within companies: the DPO or the compliance officer. Responsible for ensuring compliance obligations are observed by both management and employees, they are – by virtue of their status – the main interlocutors of the regulatory authorities<sup>8</sup>.

14 - The emergence of these new actors, who internalise compliance within the various organisations, proceeds together with a disengagement of the authorities, with which prevention interactions are being reduced.

15 - Indeed, all prior formalities, such as declarations to the CNIL, have been significantly reduced. Actors must be able to assess the conformity of their own procedures without necessarily being able to expect a prior validation by the authorities guaranteeing them security. Since the entry into force of the GDPR, the CNIL has also refrained from giving personalized preventive advice regarding the practical implementation of regulatory requirements. The logic is now that of a *posteriori* control, with increased powers of investigation and sanction. Accountability goes together with increased civil (and criminal) liability: the regulatory authority no longer participates in defining the compliance scheme as it used to do, but now performs controls *posteriori*. Here too, this implies an adaptation of economic actors: they will now have to document their choices as much as possible.

## 2. The new statute of regulatory authorities

16 - The statute of the regulatory authorities in France has been steadily strengthened since their creation, and some have even established themselves as true institutions of reference for a regulated sector. This movement of outsourcing regulation to an independent body has been inspired by foreign regulatory cultures, as the regulatory function in France was traditionally devolved to the Government. Although the notion of an independent administrative authority emerged with the Act of 6 January 1978 establishing the CNIL<sup>9</sup>, there were many hesitations as to the place to be given to these institutions : they were both dependent on the executive since they had the status of an administration, but they were intended to be independent.

17 - The need for greater intervention in certain regulatory areas where public action lacked effectiveness, the need for a guarantee of independence in sensitive sectors, but also the need

5. « RGPD, l'heure des contrôles a sonné », *Option Finance et Option Droit & Affaires*, Collectif, July 2019.

6. O. Claude and P. Dufourcq, « Décryptage des recommandations de l'AFA », *Dalloz Actualités*, January 9, 2018.

7. Law of December 29, 2011 on strengthening the health safety of medicines and health products, known as the « Bertrand Law ».

8. A. El Meiri, « Le RGPD et le droit des sociétés », *Revue des sociétés*, January 2020.

9. Law n° 78-17 of 6 January 1978 relating to data processing, data files and liberties.

for certain sectors to be regulated by a body with greater expertise, have led the Government to grant more autonomy to these administrative authorities, which today have real institutional legitimacy.

18 - Some sectors, such as the energy and financial sectors, have a technical nature that requires more in-depth knowledge and understanding of regulated companies, and therefore specialisation. This explains that certain regulatory authorities, such as the Competition Authority (“*Autorité de la concurrence*”), the Regulatory Commission of Energy (“*Commission de Régulation de l'Énergie*”) or the Regulatory Authority for Electronic Communications and Postal Services (“*Autorité de Régulation des Communications Électroniques et des Postes*”), which are more mobile and more aware of their sector of activity, have found their legitimacy, in order to monitor their devoted sectors, to cooperate with the actors and to sanction them. The CNIL is a striking and representative example of the growing autonomy of regulatory authorities, justified by the need to offer stronger guarantees of independence in a sector that is committed to fundamental freedoms.

19 - The number of authorities has multiplied: whereas in 2001, the Council of State had established between 25 and 30 authorities, in 2015 the number of regulatory authorities was estimated at 50. Among these new authorities, we note in particular the creation of the AFA, born with the entry into force of the Sapin II Law.

20 - The regulatory function of these authorities is characterized first of all by a particular normative activity that requires adapting the law and regulations to concrete situations and real operational constraints. This has led to the development of what some authors call “soft law”: guidelines, charters, and recommendations, which in the regulatory world constitute fundamental compliance tools for both legal and operational professionals. These standards also raise the question of their place in the hierarchy of norms: how can they be challenged in the framework of a compliance process?

21 - Participatory procedures are increasingly practised by the authorities, for example through public consultations, the purpose of which is to involve actors in the adoption of guidelines, so as to gather their views and remain in line with the reality and issues at stake in the practice concerned. Such consultation has very recently been set up by the CNIL in relation to the recently proposed practical recommendations on cookies, pending the still postponed entry into force of the e-Privacy regulation<sup>10</sup>.

22 - The normative power awarded to the regulatory authorities is thus essential, and makes it possible to involve economic actors or professionals in the preparation of decisions concerning them, and thus to ensure the effectiveness, acceptance, and enforcement of their decisions, as anticipated as early as 2001 by the Council of State.

23 - However, it is noteworthy that “soft law” can cause difficulties of anticipation and insecurity for transnational actors who are supposed to be governed by common regulations, in particular by causing disparities with the soft law in force in some Member States. As an example, whilst the purpose of the GDPR was to harmonise data protection legislation within the European Union, its local application varies from one country to another in areas where some flexibility has been given to Member States,

and for issues as important as the processing of sensitive data, security measures, data registries, etc<sup>11</sup>.

24 - In order to avoid the pitfalls of divergent national regulations, one solution has been to identify the lead authority that would be competent in the event of an investigation, and therefore to guide companies in adapting the compliance according to the relevant guidelines of the authority to which they report. This is particularly true for personal data. These issues become more complex when there are large flows and that the place where operational decisions are taken is not easily locatable. Genuine “strategic” compliance work is now inevitable.

### 3. Judicialisation of regulatory compliance

25 - In addition to increased standard-setting powers, some authorities have been given very broad supervisory and sanctioning powers which have conducted to a genuine jurisdictional role for regulatory authorities. These powers were first of all imposed as the necessary corollaries to the regulatory mission entrusted to them, as these coercive powers were indispensable to deter infringements of these regulations.

26 - For example, the extension of the powers of sanction entrusted to the “*Commission de Régulation de l'Énergie*” appeared necessary to ensure the efficiency of the REMIT Regulation's provisions<sup>12</sup>. The wave of investigations that followed the reform of this supervisory authority in 2016, in particular into practices associated with market abuse, has undoubtedly forced energy sector actors to more actively integrate the compliance requirements imposed by the REMIT.

27 - While granting a period of tolerance to the actors, the CNIL, for its part, confirmed as soon as the GDPR came into force its intention to fully exercise its power of sanction by announcing the priority areas on which it planned to carry out its controls, including in particular the obligations of security and data retention period.

28 - The least that can be said is that this promise has been kept since the CNIL has multiplied the number of financial penalties imposed without even issuing an injunction or prior formal notice. We note in particular that the CNIL, which previously could not exceed certain ceilings regarding the amount of the fines imposed, no longer hesitates – now that the law authorizes it to do so – to impose financial penalties that are said to be “educational”, intended to have a “snowball” effect on entire sectors and in all fields: digital giants, insurance, real estate, energy, etc. This is a strong message that is being sent here to those involved in the processing of personal data, combined with a desire for transparency through the publication of a growing number of sanction decisions<sup>13</sup>. The actors can no longer legitimately expect formal notice and a prior exchange with the control authorities before a sanction is pronounced: some authorities, such as the CNIL, having officially identified these “firm” zones for which a breach could lead to immediate sanctions.

29 - However, some regulatory authorities, such as the AFA, still attach particular importance to the corrective measures taken by the respondents prior to the sanction procedure. Conse-

10. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning privacy and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on privacy and electronic communications).

11. C.-E. Armingaud, M. Bourmy, « Surveiller et punir à l'aune du RGPD : l'harmonisation à l'épreuve de la diversité européenne », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, October 2019.

12. Regulation (EU) No 1227/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on wholesale energy market integrity and transparency.

13. National Commission on Informatics and Liberty's annual report, *La CNIL en bref 2019*: < [www.cnil.fr/fr/mediatheque/rapports-annuels](http://www.cnil.fr/fr/mediatheque/rapports-annuels) >.

quently, improvements or corrections to a compliance program following an AFA inspection may make it possible to avoid the application of an administrative penalty. For example, in latest recent decision<sup>14</sup>, the AFA favored the rectification of the compliance measures implemented by the company being prosecuted over any sanction, even if it involved defying the AFA chairman's requisitions.

30 - This dialogue may be a determining factor regarding the actions that will be taken in the prosecution file. It has to be consistent and sufficiently well prepared not only to have a chance of circumventing a referral to the Enforcement Committee but also to minimise the risks involved in initiating an administrative sanction procedure. Actually, a cooperative approach is a crucial parameter for reducing the sanctions imposed. The role of external counsels in supporting this dialogue is also essential.

#### 4. A pre-litigation strategy is needed before the supervisory authorities —

31 - The judicialisation of compliance has emerged as one of the fundamental lessons of the regulatory upheavals that have taken place over the last two years in France. This phenomenon will inevitably push actors to adopt and apply reflexes that have been inherent until now in traditional litigation to the defence strategy developed before the sanction commissions. Thus, from a procedural point of view, the question of the competence of the regulatory authority is an element that quite naturally rises at the top of the list of the first procedural arguments raised because of the many legal uncertainties surrounding this issue. As we saw with the Google decision against the CNIL<sup>15</sup>, this issue is not ready to be clearly resolved.

32 - Moreover, the issue of guaranteeing fundamental rights in the context of investigations conducted by an authority, the exer-

cise of their powers of investigation, prosecution and sanction, and the principles governing the burden of proof, are procedural arguments that receive the full attention of practitioners in the preparation of their clients' defense. It is quite interesting to note here, regardless of the regulatory authority in question, that the first decisions to impose sanctions deal with a multitude of procedural arguments and show that this litigation is only just beginning.

33 - In addition to the procedural elements, the defense of the actor being prosecuted is necessarily built on the merits of the case and, as such, on its factual interpretation and the concrete interpretation of the rule of law applied, which is often clarified or even extended by soft law issued by the regulatory authority. In this perspective, the accumulation by the regulatory authority of its normative and sanctioning powers has created controversies, as these authorities may appear to be "guards" in charge of applying their own standards<sup>16</sup>.

34 - Thus, as the soft law issued directly by the European and local regulatory authorities adds to the regulation and has a considerable influence on the interpretation of the text, it appears necessary from a point of view of legitimacy to have an *posteriori* control of these "interpretative" rules.

35 - The intervention of a judicial authority in regulatory litigation is therefore intended to constitute a safeguard, guaranteeing the interpretation and application of the standard applied on the one hand, but also ensuring respect for the fundamentals of a fair trial: the principle of adversarial debate and impartiality.

36 - The challenges that actors now face in the new compliance landscape are therefore multiple: risk identification and mapping, implementation of procedures, demonstrations, evidence, and defense in a pre-litigation and litigation environment where many procedural risks remain to be circumscribed. These are major challenges, and the promise of a strong litigation environment should encourage concerned actors to be well prepared.■

14. Décision de la Commission des sanctions de l'AFA du 7 février 2020 à l'encontre de la société I.

15. Délibération de la formation restreinte n° SAN – 2019-001 du 21 janvier 2019 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société Google LLC.

16. P. Deumier, J.-M. Sorel ; « Regards croisés sur la *soft law* en droit interne européen et international », *LGDJ Contextes*, February 6, 2018.

## 8 Reconstruire la puissance publique



David DJAÏZ,

Auteur et enseignant à Sciences Po,

Dernier ouvrage paru :

*Slow Démocratie. Comment maîtriser la mondialisation et reprendre notre destin en main* (Paris, Allary Éditions, 2019)

1 - L'inventaire des quarante années de transformations économiques, technologiques et sociales qui viennent de s'écouler pourrait être ressaisi sous le chef, nécessairement trop englobant, de « cycle néolibéral ». Ce cycle a largement désarmé la puissance publique – le *kratos* de la démocratie –, c'est-à-dire ces armatures politiques, institutionnelles, juridiques qui donnaient au souverain – quel qu'il fût – du pouvoir sur soi et sur autrui. L'abondante littérature relative à la crise de la démocratie ces dernières années, insiste pourtant trop sur les difficultés du *demokratia* et passent sous silence la crise du *kratos*<sup>1</sup>.

2 - Trois traits semblent caractériser ce cycle néolibéral des années 1975-2016. D'abord la globalisation économique et financière, matérialisée par l'ouverture croissante des économies nationales, de 10 % à 30 % en moyenne en quelques années, qui disqualifie toute politique macroéconomique volontariste « dans un seul pays » : le Premier ministre britannique James Callaghan en fait les frais dès 1976 ; les socialistes français en 1981. Dans un environnement globalisé, la macroéconomie keynésienne autocentrée s'avère inopérante. Ce n'est pas pour autant qu'il n'y a « pas d'alternative ».

3 - Un deuxième trait est la révolution technologique qui démarre à partir des années 1990 et dont le principal effet est d'accélérer la globalisation. Internet fait drastiquement baisser les coûts de coordination entre entreprises et facilite l'essor d'un système financier globalisé très intégré. Il en résulte une fragmentation des chaînes de valeur industrielles, qui deviennent de plus en plus mondialisées. Cette révolution technologique, qui se poursuit avec le développement de l'intelligence artificielle, n'est pas sans effet sur la structure sociale dans les pays industrialisés. D'abord parce qu'elle accélère la fragmentation des chaînes de valeur. Ensuite parce qu'elle tend à remplacer, dans les économies développées, les emplois intermédiaires – ouvrier qualifié, assistant de direction – par des automates.

4 - Troisième trait : des politiques publiques « d'adaptation à la mondialisation » qui, en réalité, renouvellent la parabole de l'œuf et de la poule : on ne sait plus bien qui vient en premier entre la mondialisation économique et les politiques d'adaptation. L'internationalisation de l'économie, en effet, n'est possible que grâce à une vigoureuse intervention publique : il faut bien légiférer ou passer des accords de libre-échange pour supprimer les droits de douane, il faut bien des autorités publiques pour garantir la stabilité des prix ou la concurrence libre – sinon ce serait la jungle. Mais d'un autre côté, plus la mondialisation des échanges progresse, plus l'on est tenté au sein de chaque nation de tirer son épingle du jeu en pratiquant la moins-disance. Se développent ainsi des politiques fiscales plus favorables au capital ou aux hauts revenus, c'est-à-dire aux facteurs de production

les plus mobiles, afin de les attirer à soi au détriment du voisin. La crise fiscale induite par la baisse des prélèvements sur les facteurs les plus mobiles peut alors être surmontée de trois manières : (i) la dette – les États occidentaux l'ont beaucoup pratiquée jusqu'à la crise économique de 2008 ; (ii) la baisse des dépenses publiques, principalement en réduisant le périmètre de l'État social ; (iii) lorsque le recours à la dette est impossible – après la crise de 2008 par exemple – et que la population résiste à la diminution de l'État social, il reste l'augmentation des prélèvements sur les classes moyennes, pour continuer de financer un modèle social dont elles sont les principales bénéficiaires, c'est-à-dire leur prendre dans une poche ce qu'on leur rend dans l'autre. Ainsi des exemples récents de contestations au Liban et au Chili. Ce fut aussi, en France, l'élément déclencheur de la mobilisation des Gilets jaunes.

### 1. Les écluses de la mondialisation

5 - Ce cycle néolibéral, qui est en train de se terminer, a suscité des discours étrangement monocolores. Pour certains il fut une bénédiction, car il a permis la réduction de la pauvreté absolue dans certaines régions du monde, comme l'Asie du Sud-Est. Si l'on se place du point de vue démiurgique d'une théorie de la justice globale ignorante des frontières nationales, comme les disciples de John Rawls des années 1980, ce n'est pas inexact. La fragmentation des chaînes de valeur industrielles a permis à des centaines de millions de Chinois et d'Indiens de sortir de la pauvreté absolue (moins de 2 dollars par jour) et d'accéder à la « classe moyenne ». Pour d'autres, tout aussi catégoriques, il fut au contraire une malédiction : ils affirment que les Indiens et les Chinois en question ont détruit les emplois et rogné les revenus de la classe moyenne états-unienne ou européenne. C'est tout le discours du « souverainisme intégral » porté par un Steve Bannon, par exemple.

6 - Comme toujours, la vérité est plus nuancée. Les Trente Glorieuses et le modèle du keynésianisme autocentré avaient produit une stabilité et une homogénéité sociales que les sociétés occidentales n'avaient jamais connues, en intégrant progressivement les « sans-parts » au jeu économique et démocratique. En témoignent quelques indicateurs simples sur la période : la progression continue des salaires réels entre 1950 et 1975 ou les records de participation aux élections, autour de 80 % en moyenne en Europe occidentale.

7 - *A contrario*, les quarante années qui viennent de s'écouler ont profondément changé la donne. La courbe de l'éléphant de Branko Milanovic<sup>2</sup> fournit un cadre analytique précieux pour comprendre ce qui s'est joué : les « gains » de la mondialisation

1. Lire à ce sujet David Djaïz, *Slow Démocratie. Comment maîtriser la mondialisation et reprendre notre destin en main*, Paris, Allary Éditions, 2019.

2. Branko Milanovic, *Inégalités mondiales*, Paris, La Découverte, 2019, pour la traduction française.

ont été très inégalement distribués. L'évolution des revenus du centile des ménages les plus riches dans le monde, le fameux « top 1 % », mérite une attention particulière. Ceux-ci ont augmenté en moyenne de près de 80 % sur la période 1980-2016, mais la hausse est encore plus spectaculaire s'agissant des revenus des 0,1 % les plus riches, voire des 0,01 % et 0,001 %. On entre alors dans des bonds compris entre 130 et 250 %. En valeur absolue, les chiffres sont plus impressionnants encore : 27 % des gains sont allés au centile supérieur, c'est-à-dire autant qu'aux 70 % du bas. En comparaison, les classes moyennes des pays émergents, que l'on dit souvent grandes gagnantes de la mondialisation, n'ont capté que 12 % de la croissance des revenus en valeur absolue.

8 - Le cycle néolibéral a eu un « impact différentiel » : il a bien sorti de la pauvreté des centaines de millions, voire des milliards d'Indiens, de Chinois, d'Indonésiens, mais si l'on mesure la part relative des gains captés par les uns et les autres, il a surtout profité aux 5 % les plus riches, majoritairement domiciliés dans les pays occidentaux ou au Japon. En revanche, les classes populaires et les classes moyennes occidentales ont vu leurs revenus réels stagner, voire baisser – de quoi être *démoralisés*. Quant à l'immense majorité de la population africaine, elle a été littéralement tenue à l'écart de ces nouvelles chaînes de valeur, et demeure dans un état de pauvreté absolue.

9 - Il est donc important de privilégier la nuance pour faire l'inventaire du monde qui finit et imaginer celui qui vient. D'abord en se rappelant que l'inégalité mondiale se mesure bien selon deux axes : l'inégalité entre nations et l'inégalité à l'intérieur des nations. Dans le monde industrialisé, c'est cette dernière qui redevient préoccupante, d'où le retour de la centralité des États-nations pour traiter le problème des inégalités. Ceux-ci sont les seules armatures de puissance publique capables de mener des politiques publiques volontaristes de réduction des inégalités, par la fiscalité bien sûr – l'on ne peut, en ce sens, que saluer l'effort analytique entrepris par Emmanuel Saez et Gabriel Zucman pour démontrer à quel point la politique fiscale états-unienne avait contribué au creusement des inégalités depuis l'ère Reagan, en allégeant sans cesse l'imposition du fameux « top 1 % » et reportant l'essentiel de la charge fiscale sur la classe moyenne<sup>3</sup> –, mais aussi par de nombreux autres leviers, à commencer par la réinvention des services publics. De ce point de vue, les États-nations sont véritablement les écluses de la mondialisation : pas des murs et des fils barbelés, mais des instances capables de mieux répartir les risques entre groupes sociaux et territoires, d'amortir les chocs, et de partager plus équitablement la valeur.

## 2. De nouveaux destins communs

10 - Le cycle qui s'ouvre verra la réhabilitation de la puissance publique, à commencer par l'État, face aux désordres économiques, démocratiques et écologiques qui montent. La question qui reste profondément ouverte, en revanche, est celle des modalités que prendra cette réhabilitation.

11 - Celle qui se donne à voir pour l'heure est autoritaire, régressive et identitaire : l'État que l'on excipe pour faire face aux désordres ressemble au Léviathan ignorant de la démocratie et des droits. On en constate partout l'érection : des États-Unis à l'Inde en passant par la Turquie, la Russie ou le Brésil. Ainsi un cycle autoritaire pourrait-il succéder au cycle néolibéral. Il n'y a toutefois là aucune fatalité.

12 - La *bonne* réhabilitation de la puissance publique veut au contraire préserver la démocratie et reconstruire, par petits points patients, le *kratos* qui nous fait terriblement défaut à chaque niveau pertinent. Au niveau local : une démocratie de construction qui associe en profondeur le citoyen dans la production de la politique publique – loin des gadgets participatifs –, et développe des instruments innovants pour stimuler l'économie sédentaire, celle qui s'épanouira toujours en dehors de la mondialisation et des chaînes de valeur globalisées. Au cœur de cette économie sédentaire : l'énergie, les ressources naturelles, l'alimentation ainsi que des savoir-faire parfois ancestraux, agricoles ou artisanaux, qui vont redevenir essentiels, mais aussi la pratique des communs. Au niveau national : la prise en charge d'une redistribution sociale et territoriale, la construction d'un véritable « coussin-amortisseur » face aux polarisations et aux sécessions induites par la mondialisation. L'État-providence est consubstantiellement lié à l'État-nation puisque pour accepter de contribuer significativement à la solidarité nationale, en dehors de la charité individuelle, il faut se sentir appartenir à une communauté vivante, et lié par un sentiment de destin commun et d'obligation réciproque, qui n'existe à ce jour *politiquement* que dans les nations – affectivement, il existe dans les familles et dans les communautés culturelles. Dans ce contexte, il ne semble pas possible de translater mécaniquement l'État-providence à un niveau supranational tant que le processus de socialisation aussi puissant que celui qui a consolidé les nations n'a pas joué. L'« Europe sociale » ne remplacerait ainsi pas, du jour au lendemain, les États-nations dans leur fonction de redistribution. Un troisième niveau de puissance publique réside toutefois dans le supranational. En Europe, il s'agit surtout de retrouver la possibilité de produire des biens publics, de fournir un cadre macroéconomique et macrofinancier qui permettra de financer la transition écologique, d'investir dans la recherche, dans la jeunesse et dans l'avenir, et donc de protéger un modèle politique unique au monde, fondé sur ces trois biens sociaux que sont la démocratie, la liberté civile et la solidarité sociale. Trois biens sociaux qui se sont épanouis dans les États-nations.

## 3. Les échelles pertinentes

13 - On mesure bien le fossé béant entre ces deux visions du monde, en dépit d'une commune aspiration à la « puissance publique » : d'un côté, une exaltation aussi virile que creuse du *national* entendu comme pure force d'affirmation identitaire entraînant la liquidation de la démocratie – c'est le national-populisme, en réalité un « souverainisme intégral » ; de l'autre, une puissance publique réinvestie de manière différentielle, en la diversité de ses lieux d'action – local, national, supranational –, qui n'a pas, pour autant, peur d'affirmer la centralité de l'État-nation.

14 - En France, il existe un département où semble se jouer ce match d'avenir. Jérôme Fourquet l'a décrit en examinant la carte des élections européennes de 2019<sup>4</sup> : il s'agit de la Drôme, département littéralement coupé en deux : le Rassemblement national (RN) a enregistré des résultats exceptionnels dans la partie occidentale, à proximité du couloir rhodanien, tandis qu'Europe Écologie Les Verts (EELV) a réalisé ses scores les plus importants dans la partie centrale et orientale du département.

15 - Derrière la netteté des chiffres, deux modèles de société se dessinent. D'un côté, dans un corridor entre Montélimar et Valence, on trouve une société postindustrielle, laminée par la mondialisation : l'industrie drômoise n'a pas échappé au proces-

3. Emmanuel Saez et Gabriel Zucman, *The Triumph of Injustice. How the Rich Dodge Taxes and How to Make Them Pay*, New York, WW Norton & Co, 2019.

4. Jérôme Fourquet et Sylvain Manternach, « Le ressort du vote EELV aux élections européennes », Fondation Jean Jaurès, 20 septembre 2019.

sus d'internationalisation des échanges et de concentration des activités, conduisant à une perte d'autonomie des entreprises, avec déplacement des centres de décision, restructurations et compression d'effectifs. Les usines, jadis rutilantes, ont fermé ou ont réduit le débit et le volume d'emplois. Les petites et moyennes entreprises drômoises, fortement sous-traitantes de grands groupes, ont fait les frais de ces évolutions. L'étalement urbain y est une réalité, dominé par un habitat pavillonnaire occupé par des classes moyennes déclassées qui peinent à boucler les fins de mois et à rembourser les crédits immobiliers. Les savoir-faire traditionnels se sont dépréciés. Aussi la moindre augmentation du prix de l'essence à la pompe est-elle ressentie douloureusement. L'horizon reste celui des *biens*, ceux que l'on ne peut pas ou plus s'offrir, ceux qui s'exhibent au centre et en périphérie des villes, chez « Marques Avenue » à Romans-sur-Isère par exemple. La société de consommation engendre des espérances déçues. Les points de blocage des Gilets jaunes, qui exprimaient leur frustration vis-à-vis de cette promesse d'abondance trahie, étaient d'ailleurs nombreux dans ce corridor rhodanien.

16 - De l'autre côté, l'amorce d'une « Slow Démocratie » dans des territoires de la Drôme centrale et orientale depuis trente ans, qui ont développé une économie politique de valorisation de l'emploi sédentaire et de la valeur ajoutée territoriale. Le projet d'écoterritoire « Biovallée » recoupe cette zone. 30 % des terres y sont consacrées à l'agriculture biologique. Parmi les objectifs du programme, on trouve : 80 % d'aliments biologiques ou locaux en restauration collective en 2025, de manière à dynamiser l'économie sédentaire en rapprochant producteurs et consommateurs ; le refus de l'artificialisation des sols dans les nouveaux documents d'urbanisme et une incitation au contraire à la densification urbaine ; ou encore l'ambition de créer 2 500 emplois issus des écofilières sédentaires. Les agriculteurs, groupés en coopérative, commercialisent leurs produits en vente directe aux habitants locaux. Au cœur du projet de Biovallée, une augmentation progressive de la « valeur ajoutée territoriale » dans la valeur ajoutée d'ensemble.

17 - Or il est intéressant de noter, comme le fait Jérôme Fourquet, que les indicateurs macroéconomiques ne sont pas meilleurs dans cette zone : le revenu moyen et le taux de chômage restent à peu près comparables au corridor rhodanien, même s'il est permis d'espérer que la montée en puissance de

l'économie circulaire puisse sortir les individus les plus fragiles des trappes de précarité et de chômage dans lesquelles ils sont enfermés. Mais l'horizon n'est plus celui des *biens* ; il est plutôt celui des *liens*. Preuve s'il en est que la solidarité ne se réduit pas à des flux monétaires et qu'elle repose aussi sur un cadre institutionnel, par la pratique des communs par exemple. C'est toute une nouvelle économie qui s'invente dans cette Biovallée, avec ses usines-vedettes destinées au marché national, voire mondial, comme Biotop, qui emploie 40 personnes et dégage un chiffre d'affaires de 5 milliards d'euros par an – elle produit 100 milliards d'insectes par an en remplacement des insecticides. Ces pôles de performance génèrent des emplois de qualité, et des revenus importants, qui, comme ceux de l'écotourisme, sont investis par les habitants dans le tissu économique sédentaire (coopératives agricoles, réseaux d'artisans). Cette pratique de l'économie circulaire, adaptée au cycle écologique, voit peu à peu les institutions et l'infrastructure démocratiques se remodeler. À Saillans, par exemple, le mandat de maire est exercé à tour de rôle. La puissance publique est réinvestie, mais pas d'une manière autoritaire et régressive.

18 - Il existe de nombreux exemples de ce réinvestissement *positif* de la puissance publique dans le mouvement mondial de réappropriation des « biens communs ». Ainsi des combats pour la remunicipalisation de l'eau à São Paulo ou à Milan, au motif que celle-ci doit être regardée comme un *commun* qui ne saurait s'assimiler ni à un bien privé, ni à un bien public à proprement parler. Les mobilisations sociales récentes au Chili – contre l'augmentation du prix du ticket de métro – mais aussi au Liban – contre l'appropriation de la collecte des ordures par des cartels mafieux ou contre la taxe sur la messagerie WhatsApp – témoignent aussi de cette volonté de réappropriation *commune* des besoins les plus élémentaires – se déplacer, communiquer, etc.

19 - Il ne fait pas de doute que le cycle néolibéral s'achève. Nous entrons dans un nouveau cycle, surplombé par la puissance publique. Mais les modalités de celle-ci restent encore indéterminées. Or les contours de la géopolitique mondiale ne sont guère rassurants. Heureusement, localement, ici et là, quelques expérimentations inséparablement économiques, écologiques et démocratiques font l'effet d'un phare dans la nuit. ■

## 9 Le rôle nouveau de l'État en matière de sécurité



**Michel DELPUECH,**  
Ancien Préfet de région et ancien Préfet de police,  
Conseiller d'État en service extraordinaire

1 - S'interroger sur le rôle nouveau de l'État en matière de sécurité – entendons dans le champ intérieur de la sécurité publique – peut surprendre. Certes le monde change, les menaces évoluent, les réponses sans cesse s'adaptent. La manière d'agir se renouvelle, c'est une évidence. Mais, fondamentalement, le rôle, la place de l'État change-t-il vraiment ? Tout n'est-il pas dit, « gravé dans le marbre », par l'article L. 111-1 du Code de la sécurité intérieure qui dispose : « *L'État a le devoir d'assurer la sécurité en veillant, sur l'ensemble du territoire de la République, à la défense des institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre public, à la protection des personnes et des biens.* »

2 - On sait que cette phrase est issue de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité (LOPS). Pour la première fois le législateur affirme, c'est le deuxième alinéa de l'article 1<sup>er</sup> de cette loi, ce *devoir* de l'État en réponse au *droit* qu'il pose au premier alinéa du même texte, devenu le premier alinéa de l'article L. 111-1 du Code de la sécurité intérieure : « *La sécurité est un droit fondamental et l'une de conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives.* »

3 - On ne peut mieux exposer le rôle de l'État en matière de sécurité. Qu'en est-il vingt-cinq ans plus tard ? L'ambition est grande. Comment être à sa hauteur ? Constatons en réponse que pour assumer ce devoir, dans un contexte en pleine évolution, s'impose sans aucun doute à l'État la nécessité de dépasser son rôle d'acteur-opérateur et de renforcer une fonction de stratégie qu'il doit encore mieux affirmer.

### 1. L'État a le devoir...

4 - La responsabilité que l'article précité du Code de sécurité intérieure confie à l'État semble aller de soi. Plus qu'elles n'affirment ce rôle de l'État les normes constitutionnelles le suggèrent en délimitant des éléments de frontière ; mais le choix de notre pays ne se comprend vraiment que dans une perspective historique et politique au point qu'est reçue comme une évidence l'existence d'un lien quasi-exclusif entre sécurité, force publique, et État.

#### A. - L'éclairage constitutionnel

5 - De la responsabilité de l'État en matière de sécurité on ne trouve aucune expression franche dans les textes constitutionnels : rien dans la Déclaration des Droits du 26 août 1789 ; rien dans le préambule de la Constitution du 26 octobre 1946 ; rien non plus à l'article 34 de la Constitution de la V<sup>e</sup> République. Il faut cependant relever les dispositions des articles 73 et 74, intro-

duits par la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003, qui, pour l'outre-mer, citent la « sécurité et l'ordre public » parmi les matières qui ne peuvent donner lieu à adaptation (collectivités de l'article 73) ou que l'État ne peut transférer (collectivités de l'article 74).

6 - Quant au Conseil constitutionnel, il a eu l'occasion d'affirmer, décision n° 94-352 du 18 janvier 1995, que la prévention des atteintes à l'ordre public et des atteintes à la sécurité des personnes et des biens répond à des objectifs de valeur constitutionnelle ; il a affirmé, dans sa décision n° 2011-625 du 10 mars 2011, que la loi ne pouvait investir des personnes privées de missions de surveillance générale de la voie publique, ces missions étant « *des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « force publique » nécessaire à la garantie des droits* », le Conseil se référant expressément ici à l'article 12 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789. Que les fonctions régaliennes de police ne soient pas déléguables à des personnes privées n'est pas une affirmation nouvelle, chacun a à l'esprit l'arrêt d'assemblée du Conseil d'État du 17 juin 1932, Commune de Castelnaudary. Pour autant chacun sait aussi que les missions régaliennes de police administrative ne sont pas le monopole de l'État, comme on le rappellera plus loin en évoquant la police municipale.

7 - Par ailleurs la même décision du 10 mars 2011 a censuré deux articles, l'un qui élargissait aux agents de police municipale, agents de police judiciaires adjoint cités à l'article 21 du Code de procédure pénale, la possibilité d'opérer les contrôles d'identité auxquels peuvent procéder les agents de police judiciaire adjoints cités au même article mais appartenant à la police nationale, l'autre qui entendait attribuer la qualité d'agent de police judiciaire, au sens de l'article 20 du même code, à certains responsables de services de police municipale. Le Conseil affirme à cette occasion que l'exigence de direction et de contrôle de l'autorité judiciaire sur l'activité de police judiciaire ne serait pas respectée si des pouvoirs généraux d'enquête criminelle ou délictuelle étaient confiés à des agents relevant des autorités communales. Seuls des agents et services de l'État peuvent donc exercer cette mission.

#### B. - L'héritage de l'histoire

8 - En 1789, lorsqu'en son article 12 la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août évoque « *la nécessité d'une force publique* » elle l'institue « *pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée* » ; elle en fait, en son article 13, un bien commun, financé par une « *contribution commune* », créé pour une nécessité : « *la garantie des droits* ». Au rang de ces droits figurent la liberté, la sûreté, la résistance à l'oppression, autant de droits

institués pour les Citoyens, contre l'abus du Pouvoir. Le caractère « public » de la force garde tout son sens, comme l'a affirmé le Conseil constitutionnel ; reconnaissons cependant qu'on est assez loin de notre vision moderne d'une « force d'État » au service de la sécurité.

9 - Au demeurant, sur ce plan, l'article 3 du titre XI de la loi des 16 et 24 août 1790 confie « *les objets de police à la vigilance et à l'autorité des corps municipaux* » et en précise le contenu dans des termes guère différents de ceux de l'actuel article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales qui, reprenant pour l'essentiel les dispositions de la loi d'administration municipale du 5 avril 1884, énumère les objets de la police municipale et fait de la sécurité publique une de ses finalités. Cette continuité mérite d'être soulignée ; comme doit être rappelée aussi la constance de la règle, posée par le 1° de l'article 16 du Code de procédure pénale, qui veut que le maire et les adjoints sont officiers de police judiciaire, règle qu'une loi du 24 février 1996 a tenu à rappeler dans le Code général des collectivités territoriales, c'est l'actuel article L. 2122-31. Notons enfin que la récente loi n° 2019-1461 du 27 décembre 2019 relative à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de l'action publique consacre un titre III au renforcement du pouvoir de police du maire.

10 - Cette place faite aux autorités municipales ne doit cependant pas faire illusion. Le modèle français, déjà forgé par l'Ancien Régime, a vite repris le dessus en faisant de l'État l'acteur central de la sécurité.

11 - Placée dans la main du Roi, la lieutenance générale de police, créée à Paris en 1667, puis étendue à d'autres villes une vingtaine d'années plus tard, est supprimée en 1789 ; mais en l'An VIII sont institués les préfets (loi du 28 pluviôse), et à Paris un préfet de police, souvent présenté comme le « successeur » du lieutenant général de police, dont les missions sont définies par l'arrêté des Consuls du 12 messidor, auquel fait encore expressément référence l'article L. 2512-13 du Code général des collectivités territoriales. Héritière de la Maréchaussée, la Gendarmerie nationale est créée par une loi du 16 février 1791 et la loi du 28 germinal an VI qui précise que « *le corps de la Gendarmerie nationale est une force instituée pour assurer dans l'intérieur de la République le maintien de l'ordre et l'exécution des lois* ». En 1796 (loi du 12 nivôse an IV) le Directoire se dote d'un ministère de la police générale, qui, trois ans plus tard, en juillet 1799, sera confié à Fouché qui y « règnera » jusqu'en juin 1810...

12 - Le XIX<sup>e</sup> siècle semble traversé d'hésitations entre forces d'État et corps municipaux, au fur et à mesure des changements de régimes : on crée la direction de la sûreté générale en juin 1853, dans un contexte d'affirmation de l'État impérial, après avoir « restauré » un ministère de la police générale en 1852 ; la III<sup>e</sup> République, à rebours, transforme la structure en simple sous-direction du ministère de l'intérieur, mais finalement, en 1903, la rétablit en direction de la sûreté générale. Le XX<sup>e</sup> siècle est annoncé qui conduit à l'émergence d'une police d'État, au sens juridique du terme, comme au sens institutionnel avec la création d'une police nationale.

### C. - La trilogie « force publique, État, sécurité »

13 - Lorsqu'elle présente ses origines, la police nationale rappelle que déjà sous l'empire de la loi du 6 avril 1884 on trouvait dans les communes de plus de 5000 habitants un commissaire de police, sous les ordres du maire, mais nommé et géré par la sûreté générale du ministère de l'Intérieur, et que dans les communes de plus de 40 000 habitants la police municipale était organisée par décret du président de la République, pris sur proposition du ministre de l'Intérieur.

14 - L'étatisation de la police, avec des pouvoirs exercés par le préfet au lieu et place du maire et une force de police relevant de l'État<sup>1</sup>, est un mouvement continu au début du XX<sup>e</sup> siècle. Plusieurs villes sont concernées, en raison d'une administration insuffisante (Marseille en 1908, Toulon en 1918, Nice en 1920) ou pour les besoins de la gestion de l'ordre public et de la sécurité (Strasbourg, Mulhouse et Metz en 1925, région parisienne en 1935). Ce régime est ensuite étendu à toutes les communes de plus de 10 000 habitants par la loi du 23 avril 1941 portant organisation générale des services de police en France. Ce régime de la police d'État est aujourd'hui défini par l'article L. 2214-1 du CGCT, dont il est intéressant de noter qu'il fait le lien entre police d'État et besoins de sécurité puisqu'il dispose : « *Le régime de la police d'État peut être établi dans une commune en fonction de ses besoins en matière de sécurité. Ces besoins s'apprécient au regard de la population permanente et saisonnière, de la situation de la commune dans un ensemble urbain et des caractéristiques de la délinquance* »<sup>2</sup>. Cela concerne aujourd'hui plus de 3000 communes et environ 31 millions d'habitants ; à cela s'ajoute la situation particulière de Paris où le préfet de police est l'autorité de police générale de principe, le maire ayant des compétences d'attribution.

15 - Au sens organique on a assisté, par étapes, à l'émergence d'une police nationale au sens où nous la connaissons aujourd'hui, et à l'affirmation du ministère de l'intérieur comme ministère des moyens et services chargés des missions de sécurité intérieure de l'État.

Au tournant du XX<sup>e</sup> siècle Alphonse Bertillon à Paris, Edmond Locard à Lyon, jettent les bases de la police technique et scientifique. En décembre 1907 sont créées par Clemenceau les brigades régionales mobiles, future « police judiciaire » ; dans le contexte des manifestations des « ligues » la sûreté générale devient « sûreté nationale » en 1935 ; la police spéciale devient « service des renseignements généraux » en 1937 ; le terme « police nationale » est choisi par la loi du 23 avril 1941 précitée.

16 - À la Libération l'étatisation de la loi de 1941 n'est pas remise en cause mais l'ordonnance du 16 novembre 1944 rétablit la direction générale de la « sûreté nationale », composée d'une direction de la sécurité publique, d'une direction de la police judiciaire, d'une direction des renseignements généraux, d'une direction de la surveillance du territoire (DST). C'est aussi à la Libération que sont créées les « compagnies républicaines de sécurité », destinées à doter l'État de moyens civils de police dédiés au maintien de l'ordre. En 1973 est créée la police de l'air et des frontières, le spectre de l'organisation en directions correspondant ainsi, pour l'essentiel, à celui d'aujourd'hui.

17 - En 1966, après l'affaire Ben Barka dans laquelle avaient été manipulés des policiers parisiens, le Général de Gaulle impose l'intégration, au sein du ministère de l'intérieur, des fonction-

1. **Article L. 2214-3 du CGCT** – Dans les communes où le régime de la police d'État est institué, les forces de police étatisées sont chargées, notamment, d'exécuter les arrêtés de police du maire.

**Article L. 2214-4 du CGCT** – Le soin de réprimer les atteintes à la tranquillité publique, tel qu'il est défini au 2° de l'article L. 2212-2 et mis par cet article en règle générale à la charge du maire, incombe à l'État seul dans les communes où la police est étatisée, sauf en ce qui concerne les troubles de voisinage. – Dans ces mêmes communes, l'État a la charge du bon ordre quand il se fait occasionnellement de grands rassemblements d'hommes. – Tous les autres pouvoirs de police énumérés aux articles L. 2212-2, L. 2212-3 et L. 2213-9 sont exercés par le maire y compris le maintien du bon ordre dans les foires, marchés, réjouissances et cérémonies publiques, spectacles, jeux, cafés, églises et autres lieux publics.

2. Ceux-ci sont appréciés au regard de deux critères cumulatifs, fixés par l'article R2214-2 du CGCT : une population supérieure à 20 000 habitants et une délinquance présentant les caractéristiques de celle des zones urbaines

naires de police de la préfecture de police, qui rejoignent ceux de la sûreté nationale. C'est ainsi qu'est créée la police nationale, par effet de la loi n° 66-492 du 9 juillet 1966 portant organisation de la police nationale.

18 - Plus récemment, pour le ministère de l'Intérieur, un pas essentiel est franchi avec la loi n° 2009-971 du 3 août 2009 qui lui rattache la gendarmerie nationale, comme le précise à présent l'article L. 421-2 du Code de la sécurité intérieure qui dispose : « *Sans préjudice des attributions de l'autorité judiciaire pour l'exercice de ses missions judiciaires et de celle du ministre de la défense pour l'exécution de ses missions militaires, la gendarmerie nationale est placée sous l'autorité du ministre de l'Intérieur, responsable de son organisation, de sa gestion, de sa mise en condition d'emploi et de l'infrastructure militaire qui lui est nécessaire* »<sup>3</sup>

19 - Avec cette loi d'août 2009 la Direction générale de la gendarmerie nationale (DGGN) devient une direction du ministère de l'Intérieur et son budget devient un programme de la mission « sécurités » qui relève de ce ministère.

20 - Enfin une dernière étape importante de cette construction organique concerne l'activité de renseignement, avec en juillet 2008 la création de la direction centrale du renseignement intérieur (DCRI) – et la disparition concomitante des renseignements généraux et de la DST – puis, en avril 2014, celle de la direction générale de la sécurité intérieure (DGSI), qui lui succède, mais qui n'est plus une direction de la DGPN. C'est donc l'apparition d'une grande direction générale fonctionnelle aux côtés des deux directions générales de statut, la DGPN et la DGGN.

21 - Ainsi, si l'on met à part l'administration des douanes<sup>4</sup>, l'ensemble des services de l'État en charge de la sécurité intérieure est désormais placé sous l'autorité du ministre de l'Intérieur, que les raccourcis réduisent d'ailleurs trop souvent au rôle de « premier flic de France ». L'État s'est de la sorte principalement affirmé comme « acteur – producteur du service de sécurité », assuré aujourd'hui par environ 150 000 fonctionnaires et agents de la police nationale et 100 000 militaires de la Gendarmerie, renforcés par un peu plus de 30 000 réservistes<sup>5</sup>. Ces services sont présents sur tout le territoire, où ils agissent sous l'autorité des préfets<sup>6</sup>, tout en relevant d'une organisation très centralisée.

3. Le Code de la défense contient un article L. 3225-1 qui reprend, dans sa première phrase, la même formulation.

4. L'article 6 du décret n° 2017-1070 du 24 mai 2017 relatif aux attributions du ministre de l'Intérieur dispose toutefois : « *Pour l'exercice de ses attributions relatives à la sécurité intérieure, le ministre de l'Intérieur, peut également faire appel, en tant que de besoin, à la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, à la direction générale des finances publiques, à la direction générale des douanes et droits indirects et à la mission interministérielle de lutte contre les drogues et les conduites addictives* ».

5. Il n'est pas fait état ici des **moyens militaires** de la force « Sentinelle », 5000 effectifs environ, qui assurent des missions de patrouille, de surveillance générale et de protection sous réquisition de l'autorité civile (préfets des zones de défense et de sécurité).

6. **Article L. 122-1 du CSI** – Sous réserve des dispositions du code de procédure pénale relatives à l'exercice de la mission de police judiciaire et des dispositions du code général des collectivités territoriales relatives à la prévention de la délinquance, le représentant de l'État dans le département ou, à Paris, le préfet de police, anime et coordonne l'ensemble du dispositif de sécurité intérieure.

A cet effet, sans préjudice des missions de la gendarmerie relevant de la défense nationale, il fixe les missions autres que celles qui sont relatives à l'exercice de la police judiciaire et coordonne l'action des différents services et forces dont dispose l'État en matière de sécurité intérieure.

Il dirige l'action des services de la police nationale et des unités de la gendarmerie nationale en matière d'ordre public et de police administrative. Dans le respect du statut militaire pour ce qui concerne la gendarmerie nationale, les responsables départementaux de ces services et unités sont placés sous son autorité et lui rendent compte de l'exécution et des résultats de leurs missions en ces matières.

22 - L'observation de ces évolutions débouche sur deux remarques :

- dans un État dont le pouvoir central est le cœur, qu'il faut défendre et protéger (la défense des institutions est en tête de l'énumération des missions par l'article L. 111-1 du CSI), dans un pays épris d'égalité jacobine malgré son amour proclamé du « local », il était difficilement concevable que la police ait pu se construire autrement que du haut vers le bas, bien loin de modèles de type anglo-saxon, dans lequel le niveau central n'assume que ce que le niveau local ne peut faire, bien loin du modèle fédéral que connaissent nos voisins allemands ;

- et s'est imposée comme une évidence une sorte d'exclusivité du lien « force publique – sécurité – État », ce qui présente de réelles garanties, comme le font comprendre les décisions du Conseil constitutionnel que nous avons citées et l'attachement partagé au concept de police républicaine ; mais ce qui peut avoir aussi des effets pervers : au sein même de l'État en flattant l'idée que lui seul est en capacité de bien agir ; chez ses partenaires en soutenant la tendance à rejeter toute responsabilité sur lui alors même qu'une des évolutions récentes les plus marquantes est que la sécurité devient « l'affaire de tous » dans un contexte où elle touche à tout.

## 2. Un contexte en pleine évolution

23 - Menace terroriste, menées extrémistes, trafics de drogue, phénomènes mafieux sans frontières, exploitation des misères lointaines de la guerre ou de la faim, cybercriminalité, délinquance financière, ingérence, mais aussi discriminations, racisme, antisémitisme, violences sexuelles, violences contre les personnes, atteintes aux biens, délinquance quotidienne, insécurité routière, etc., etc. inutile de développer plus avant la liste des phénomènes que doit combattre toute politique de sécurité. Le spectre est immense ; l'exigence de sécurité touche à tout.

24 - Retenons pour notre propos que la demande de sécurité demeure très forte, que la réponse au besoin de sécurité mobilise de plus en plus d'autres acteurs que l'État, et que les services de police et de gendarmerie, bras armés de l'État « acteur-producteur », agissent dans des conditions de plus en plus exigeantes.

### A. - La demande de sécurité demeure très forte

25 - Si l'on consulte les résultats de la dernière enquête « Cadre de vie et sécurité », que publie l'Observatoire national de la délinquance et de la réponse pénale (ONDRP) dans son rapport de 2019, on est frappé par le constat de stabilité que cette étude de victimation révèle sur de nombreux points, tels que le nombre de victimes de vols (1 133 000 en 2018, 1 283 000 en 2006), de victimes de violences physiques (1 118 000 en 2018, 1 190 000 en 2006), voire les diminutions très fortes sur d'autres, en particulier les vols de véhicules (198 000 en 2018, 505 000 en 2006). Au total, donc, rien dans ces données ne justifie l'idée que la délinquance exploserait.

26 - Ces constats cependant n'effacent pas une réalité : la force de la demande de sécurité. D'abord il est d'autres indicateurs de l'ONDRP, proches de la vie quotidienne, qui marquent une progression, comme le nombre de victimes de cambriolages et d'effractions à domicile (656 000 en 2006, 746 000 en 2018) ; il est des phénomènes nouveaux qui connaissent une progression rapide (1 260 000 de débits frauduleux de cartes bancaires en 2018 contre 500 000 en 2010 ; 1 200 000 arnaques en 2018) ; enfin la sensibilité à des sujets trop longtemps « cachés », comme les violences intrafamiliales ou les discriminations, appelle des réponses nouvelles.

27 - En outre l'étude de victimation précitée révèle qu'une personne sur cinq déclare se sentir en insécurité dans son quartier ou son village ; dans les villes de plus de 100 000 habitants c'est plus d'une personne sur quatre (26%) et ce pourcentage monte à 29% chez les personnes vivant dans l'agglomération parisienne. De même l'ONDRP estime, d'après cette enquête, que 43% des personnes interrogées, pas loin d'une sur deux donc, ont observé au cours des douze derniers mois des phénomènes de délinquance dans leur environnement résidentiel. Dans une autre étude, publiée en janvier 2018, l'ONDRP indique que 45% des usagers des transports en commun déclarent ne pas s'y sentir en sécurité. Ajoutons, pour compléter ce rapide survol, que les questions de sécurité ont occupé une place importante lors des municipales de 2020 et, violents faits divers aidant, animé le débat politique - et sémantique - de l'été.

28 - À tout cela s'ajoute le contexte de la vague du terrorisme islamiste qui a frappé notre pays. La menace demeure élevée, et, chez nos concitoyens, la préoccupation qu'elle nourrit, donc la demande de sécurité qu'elle suscite, demeure évidemment très forte. Dans les enquêtes réalisées par l'ONDRP entre 2007 et 2014, moins de 20% des personnes interrogées se disaient préoccupées par le terrorisme ; cette proportion a bondi à 63% en 2017, et elle atteignait encore 48% en 2019, niveau de préoccupation prioritaire comparable à celui constaté pour les questions d'emploi et de pauvreté. Sans doute les conséquences économiques et sociales de la crise sanitaire liée à la Covid-19 modifieront-elles cette hiérarchie des préoccupations en 2020 ; mais la demande de sécurité ne s'effacera pas pour autant.

## B. - La montée en puissance d'autres acteurs

29 - La loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité du 21 janvier 1995 est un bon repère pour mesurer les évolutions. A la fois cette loi a posé avec force le devoir de l'État en matière de sécurité, couronnant en quelque sorte l'évolution que nous avons décrite ; mais, en même temps elle a affirmé la nécessité que d'autres acteurs y prennent leur part, d'abord le maire dont la loi précise qu'il « *concourt par son pouvoir de police à l'exercice des missions de sécurité publique* », mais aussi les acteurs de la sphère privée. En témoigne cet extrait figurant dans les toutes premières lignes du rapport d'orientation annexé à la loi : « *S'il lui [l'État] revient d'utiliser au mieux les moyens dont il dispose en propre, il lui appartient aussi de veiller à ce que les autres acteurs de la sécurité que sont les maires et leurs services, d'une part, et, d'autre part, les professions de sécurité exercent leurs fonctions ou leurs activités dans un cadre clair qui organise les complémentarités. Il lui incombe également de veiller à ce que les différentes réglementations en vigueur non seulement n'aient pas pour effet de détourner les services de police de leurs missions prioritaires de sécurité mais aussi incluent la dimension relative à la sécurité qui en est souvent absente lorsqu'elles portent sur un autre objet que la sécurité elle-même* ».

30 - C'est ainsi cette loi qui a prévu l'obligation de gardiennage pour les immeubles les plus importants, une étude de sécurité publique pour les aménagements et équipements les plus significatifs, et l'obligation faite aux organisateurs de manifestations sportives, récréatives ou culturelles à but lucratif d'y assurer un service d'ordre lorsque leur objet ou leur importance le justifie ainsi que le principe du remboursement à l'État des dépenses supplémentaires qu'il a supportées dans leur intérêt lorsqu'est mis en place par les forces de police ou de gendarmerie un service d'ordre dépassant les obligations normales incombant à la puissance publique en matière de maintien de l'ordre.

L'évolution depuis lors a été constante.

31 - Le développement des politiques partenariales est l'une des priorités que dégage le colloque de Villepinte (« Des villes sûres, pour des citoyens libres ») organisé par le Gouvernement en octobre 1997. Les polices municipales se voient doter d'un cadre juridique moderne et harmonisé par la loi 99-291 du 15 avril 1999 qui traite de leur statut, de leurs missions, de leur formation, de leur équipement, de leur coopération avec l'État en prévoyant des conventions de coordination. L'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne donne un fondement législatif aux contrats locaux de sécurité : « *L'État associe, dans le cadre des contrats locaux de sécurité, les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale, qui participent également à la politique de sécurité. D'autres personnes, morales et privées, et notamment les associations, les bailleurs sociaux et les entreprises de transport, peuvent concourir à l'élaboration et à la mise en œuvre de ces contrats* ».

32 - La loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure confirme, en l'élargissant notamment aux professions exposées, ce cadre partenarial local et encourage la conclusion de conventions de coopération entre l'État et les polices municipales. Cette loi évoque aussi les complémentarités nécessaires avec les professions de sécurité privée, et, quelques mois plus tard, la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure réforme le cadre juridique de ces professions, qu'avait posé pour la première fois une loi du 12 juillet 1983 : leur contrôle est renforcé ; leurs prérogatives sont étendues (inspection visuelle des bagages, palpations de sécurité dans certaines circonstances, appui aux organisateurs de manifestations sportives ou culturelles). Puis vient la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure qui crée un Conseil national des activités privées de sécurité (CNAPS), personne morale de droit public, chargée de délivrer, suspendre ou retirer les différents agréments, autorisations et cartes professionnelles prévus par la loi, d'assurer la discipline de la profession et d'assurer envers elle une mission de conseil et d'assistance. Et il est important de relever l'originalité de la gouvernance du CNAPS, administré par un collège composé de représentants de l'État (dont des magistrats), de personnes qualifiées, mais aussi de personnes issues des activités privées de sécurité elles-mêmes.

33 - Et reprenant de manière plus générale l'orientation qu'évoquait déjà la loi de 1995, le rapport annexé à la LOPPSI de 2011 rappelle que « doit être systématisée et développée la complémentarité [des services de l'État] avec les polices municipales » qui « jouent un rôle essentiel en matière de sécurité de proximité » ; et que « les entreprises de sécurité privée sont également devenues un acteur à part entière de la sécurité intérieure » qui « interviennent dans des domaines où certaines compétences peuvent être partagées », « en respectant une triple exigence d'éthique, de compétence et de contrôle ». Et le Code de la sécurité intérieure, dont la création avait été préconisée par la LOPSI du 29 août 2002 et qui est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2012, consacre son livre V aux polices municipales (articles L 511-1 à L 515-1) et son livre VI aux activités privées de sécurité qui recouvrent la surveillance humaine, le transport de fonds, la protection de personnes, les agences de recherches privées, la protection des navires et la formation aux activités de sécurité (articles L 611-1 à L 648-1).

34 - Voulu par le Gouvernement, encadrées par le législateur, ces évolutions ont modifié le paysage de la sécurité dans notre pays.

35 - En 1984 on comptait un peu plus de 5500 policiers municipaux dans 1750 communes ; ils sont environ 22 000

aujourd'hui, dans plus de 4000 communes, sans compter les agents placés sous l'autorité du maire de Paris, dont plus de 1200 agents de police judiciaire adjoints transférés depuis la préfecture de police en application de la loi du 27 février 2017. D'une commune à l'autre le rôle, les moyens, l'action des polices municipales peuvent être très différents. Mais l'intérêt de principe que peut présenter l'existence d'une police municipale, formée, encadrée, contrôlée, fait l'objet aujourd'hui d'une large adhésion, y compris dans la Capitale. Le temps n'est plus qui voyait des syndicats de police s'opposer par principe à la création de polices municipales ; et plus rares sont devenus les élus locaux qui en refusent la création au motif que seul l'État peut et doit disposer de forces de police.

36 - Quant aux activités de sécurité privée, la Cour des Comptes, dans son rapport public annuel de 2018, a estimé qu'elles employaient 167 800 personnes fin 2016. La Cour remarque que le secteur est en forte croissance, mais qu'il présente des fragilités et offre une qualité de service variable, et elle appelle de ses vœux un meilleur pilotage et une régulation améliorée de ce secteur d'activité.

37 - À ces acteurs reconnus de la sécurité il convient d'ajouter les services de sécurité internes aux entreprises, notamment les plus grandes d'entre elles, et de ne pas omettre le rôle des services de sécurité des opérateurs de transports, de la SNCF et de la RATP en particulier qui comptent respectivement 2800 et 1200 agents auxquels la loi donne de réelles prérogatives régaliennes, exercées sous le contrôle de l'État, ainsi que le précisent les articles L. 2251-1 à L. 2252-2 du Code des transports.

### C. - Des conditions de plus en plus exigeantes pour le bras armé de l'État

38 - Constituant la « force publique » à la main de l'État, donc son bras armé en matière de sécurité, les forces de l'ordre, police et gendarmerie nationales, agissent dans un contexte de plus en plus exigeant, pour ne pas dire difficile. La première évidence est de souligner le degré d'exposition et de sollicitation exceptionnel qu'a engendré la vague terroriste, la mobilisation sans précédent liée à l'état d'urgence, en vigueur du 14 novembre 2015 au 30 octobre 2017, ainsi que le maintien du niveau élevé de vigilance que nécessite toujours l'état de la menace. Mais au-delà de ce contexte, les difficultés, les contraintes, renvoient, sans être exhaustif, à quelques considérations que l'on ne peut ignorer.

39 - La première est le regard à porter sur la multitude des missions et des « injonctions contradictoires » que cela signifie. L'État doit d'un côté disposer de services très spécialisés, en termes de métier (renseignement, investigation, maintien de l'ordre), de domaines d'activité (lutte anti-terroriste, prévention de la radicalisation, contrôle des frontières, lutte contre l'immigration clandestine, sécurité routière), et plus encore pour faire face à des phénomènes spécifiques (grande délinquance financière, criminalité organisée, trafic de stupéfiants, violences urbaines, violences intrafamiliales, protection de l'enfance, etc.) et s'adapter aux vecteurs nouveaux qu'utilisent les délinquants (cybercriminalité). Mais, de l'autre, l'activité de sécurité est une activité de généraliste, celle du policier ou du gendarme du quotidien, qui doit assurer une présence rassurante, accueillir les plaintes, être attentif aux victimes, connaître son territoire, son environnement, la population qui s'y trouve, participer aux réunions de quartier. Il est aussi celui qui répond aux appels au 17, police secours... Et bien souvent c'est ce policier, ce gendarme, qui a le sentiment d'être la dernière présence, le dernier recours du service public ; bien souvent aussi c'est lui qui se trouve confronté le premier aux pires drames et menaces, y compris terroristes, situations auxquelles il faut le préparer tout

en lui demandant... de patrouiller en vélo et d'être l'agent de proximité que réclame le quartier.

40 - L'équilibre à trouver entre ces différentes facettes ne va pas de soi. En 1995, la grande réforme des corps et carrières de la police nationale a privilégié une approche généraliste du recrutement et de la formation ; le temps n'est-il pas venu de recréer des filières, par exemple pour l'investigation ou le renseignement ? Dans l'organisation et le fonctionnement des services se sont en revanche multipliées les structures dédiées, certes par le biais de grands offices centraux dont la nécessité n'est pas contestable, mais aussi, au sein même des services territoriaux à vocation généraliste, en réponse souvent à telle ou telle priorité née de l'actualité immédiate, au point de rendre souvent les organigrammes trop complexes et peu lisibles. Il n'est pas sûr que la relation avec la population y ait gagné.

41 - Précisément, deuxième considération, cette question de la relation entre les forces de l'ordre et la population est, elle aussi, soumise à de fortes contradictions. On a déjà souligné l'importance de la demande de sécurité. L'attente vis-à-vis des forces de l'ordre est donc très forte. Globalement les forces de l'ordre sont soutenues par nos concitoyens, et il est important qu'elles se sentent soutenues : chacun garde en mémoire les applaudissements du 11 janvier 2015. Sur un autre plan, au quotidien, et à l'initiative même des services de police et de gendarmerie pour éviter les dérives, se développent souvent avec succès et en lien avec les élus municipaux, des formules de type « volontaires-citoyens », associés aux dispositifs locaux, notamment comme relais d'informations. De tels dispositifs, qui, comme bien d'autres, renforcent le lien entre citoyens et forces de l'ordre, ne peuvent qu'être encouragés.

42 - Mais ces attitudes ou initiatives positives n'effacent pas la réalité d'un phénomène préoccupant : la montée des actions violentes, délibérées, qui prennent régulièrement les forces de l'ordre pour cibles. De la part de terroristes, mais pas seulement. On le voit depuis longtemps dans les quartiers, et on le voit aussi dans les manifestations de voie publique : voiture mise à feu avec des policiers à bord lors d'une manifestation contre la « loi travail » en 2016 ; fonctionnaire victime d'un engin incendiaire volontairement projeté sur lui lors de la manifestation parisienne du 1<sup>er</sup> mai 2017 ; forces de l'ordre délibérément agressées comme symboles par les « gilets jaunes », avec des situations qui auraient pu tourner au drame sans leur maîtrise et leur sang-froid. Le degré de violence contre les uniformes est une réalité qui s'est aggravée ; la sanction des auteurs doit être sans faiblesse lorsque les faits sont établis ; la demande de protection qu'expriment policiers et gendarmes est légitime ; l'État doit les soutenir avec détermination et netteté.

43 - Mais il faut aussi aux policiers et gendarmes la force de comportement nécessaire pour dépasser cette réalité des violences afin de rester fidèles à leur devoir : pas d'usage de la force autre que légitime, respect de la déontologie, garantie de l'État de droit. À l'heure du numérique, de l'image instantanée, des réseaux sociaux, et alors que les moyens à disposition du Droit ont progressé (enquêtes administratives, enquêtes judiciaires, recours au Défenseur des droits), ce qui est une avancée pour notre démocratie, le respect de la déontologie et du cadre légal sont plus que jamais des exigences absolues. Tout manquement à l'usage légitime de la force atteint l'autorité de l'État ; toute faute dégrade la confiance placée dans les forces de l'ordre ; lorsqu'ils se produisent, ces comportements doivent être sanctionnés. Mais nous sommes aussi au temps des fausses nouvelles et des emballements médiatiques, que le dérapage de tel ou tel invité des plateaux peut facilement attiser. La hiérarchie doit être intransigeante en cas de faute, mais l'État doit aussi se donner les moyens de rétablir les vérités en cas de mise en cause injustifiée. Il n'y a droit à l'erreur ni dans un cas, ni dans l'autre.

44 - En troisième lieu, comme le montre la question des images et des réseaux sociaux, l'évolution des technologies est un défi de plus. Pour les forces de l'ordre c'est à la fois une opportunité et une menace. Menace lorsque des dispositifs de cryptologie font échec aux moyens de renseignement ; menace lorsqu'une cyber-attaque peut mettre en danger un pan entier d'activité ; menace, plus simplement, lorsque le commerce de stupéfiants quitte la rue pour devenir un e-commerce beaucoup plus difficile à démanteler. Mais opportunité lorsque la police scientifique et l'exploitation des traces ADN font des progrès tels qu'elles bénéficient à l'élucidation de faits de délinquance quotidienne ; opportunité lorsque les terminaux numériques des forces de l'ordre permettent d'accéder en un clic aux données ou de saisir des éléments de plainte ou de procédure ; opportunité lorsque la numérisation des procédures, partagée avec l'autorité judiciaire, met fin à des lourdeurs paperassières d'un autre temps ; opportunité lorsque l'exploitation des images de vidéoprotection permet d'élucider un crime, un attentat, mais aussi d'arrêter les auteurs d'agressions sexuelles ou de vols à la tire dans les transports en commun ; opportunité lorsque les images filmées par la caméra portable individuelle établissent la vérité d'une interpellation difficile ; opportunité le jour où seront développés, dans l'activité de police judiciaire, des logiciels d'intelligence artificielle qui permettront d'assister les enquêteurs, et donc d'accroître leur capacité, dans la lecture des images ou le recoupement des données.

45 - Pour les forces de l'ordre, pour l'efficacité des politiques de sécurité, les avancées technologiques sont et seront décisives. A condition de ne pas perdre de temps et de ne pas être en retard dans la course ; ce qui signifie un besoin de veille et d'anticipation technologique, en même temps qu'une capacité d'anticipation juridique pour s'assurer que les progrès se feront dans le respect de la protection des libertés. Avancées technologiques et réflexion juridique doivent progresser de pair, dans une relation de confiance avec le Parlement, avec la CNIL, avec le Défenseur des Droits.

46 - Investir dans les technologies d'avenir a bien sûr un coût. La dernière considération est donc pour rappeler la contrainte de la ressource budgétaire. L'État en 2020 consacra un peu plus de 20 milliards d'euros à la police et à la gendarmerie, ce qui représente 8% des recettes nettes du budget général de l'État. Ce n'est pas rien, et ce montant est en progression : il était de quelque 17 milliards d'euros en 2011. Par ailleurs, sur la dernière période, les effectifs ont augmenté (6 500 de plus entre 2013 et 2017 ; programme de création de 10 000 postes de l'actuel quinquennat), traduisant des choix politiques portant notamment sur le renforcement des moyens de la lutte anti-terroriste, des moyens du renseignement, de ceux consacrés à la lutte contre l'immigration irrégulière, et, en dernier lieu, à ceux de la police du quotidien. La priorité donnée à la sécurité est donc bien réelle.

47 - Cependant il faut avoir à l'esprit que 88% (17,6 milliards d'euros sur 20) du budget est consacré à la masse salariale, qui progresse du fait même des créations de postes, mais aussi du fait des politiques de revalorisation des carrières. La conséquence est de peser sur les autres dépenses pourtant indispensables : immobilier, renouvellement et modernisation des équipements, technologies nouvelles... Alors que les sollicitations se multiplient, la part de ressources que l'État peut consacrer à la sécurité est nécessairement contrainte, et rend encore plus difficile et exigeant l'arbitrage à rendre sur les priorités à servir ; comment faire autrement que maîtriser la masse salariale pour être en capacité de mieux équiper et de plus investir ? Mais peut-on faire cet effort sur la masse salariale alors que la ressource humaine, les hommes et les femmes engagés dans la police et la gendar-

merie nationales, constituent le bras armé de l'État acteur de la sécurité ?

48 - Les questionnements qui précèdent – et il y en aurait bien d'autres – ne sont pas nouveaux, mais le temps qui passe les rend plus pressants.

### 3. De l'État-opérateur à l'État-stratège

49 - « Coproduction de sécurité », « sécurité affaire de tous », « sécurité globale » comme le suggère en dernier lieu la proposition de loi n° 2573 présentée à l'Assemblée nationale en janvier 2020 : les mots changent mais les concepts ne sont pas fondamentalement nouveaux, comme l'a montré le parcours proposé à partir de la LOPS de janvier 1995 ; la récurrence du sujet ne montre-t-elle pas qu'il n'a pas encore trouvé de réponse totalement satisfaisante ? Tout simplement peut-être parce que la transition en cours, qui nécessite de l'État d'être toujours plus performant comme opérateur tout en assumant plus pleinement une fonction de stratège, est encore loin d'être aboutie. Si, pour y parvenir, les solutions étaient simples il y a longtemps qu'elles auraient été trouvées, l'expérience permet de le dire. Les réflexions qui suivent ne prétendent donc pas à autre chose que baliser les chemins déjà empruntés et qu'emprunteront sans doute encore les décisions et évolutions à venir.

#### A. - Mieux définir les missions de l'État-opérateur

50 - Une évidence de départ : l'État ne peut ni ne doit renoncer à sa responsabilité générale et de principe en matière de sécurité. Dans l'évolution des phénomènes de délinquance, que nous avons, sommairement, énumérés plus haut, il n'en est évidemment aucun dont l'État puisse se désintéresser. La « force publique » relève par principe de lui, et lorsque le CSI, en son article L. 511-1, définit, limitativement, les missions des polices municipales il rappelle qu'elles s'exercent, « sans préjudice de la compétence générale de la police nationale et de la gendarmerie nationale » ; la police judiciaire ne peut, s'agissant des investigations criminelles et délictuelles, qu'être conduite par des services d'État ; la politique publique du renseignement « relève de la compétence exclusive de l'État » dispose l'article L. 811-1 du CSI, issu de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement ; le contrôle des frontières et la lutte contre l'immigration irrégulière relèvent évidemment de l'État<sup>7</sup>.

51 - En fait la question est moins celle des compétences de l'État que celle des missions et tâches de ses services de police et de gendarmerie. Avec deux idées largement partagées : recentrer ces services sur « leur cœur de métier », mettre fin en conséquence à des « tâches indues » qu'il revient à d'autres d'assurer ou qu'il n'y a plus lieu d'assurer. L'exemple des « gardes statiques » permet d'illustrer le propos.

52 - La protection des institutions est une mission de l'État et il est normal que les forces de l'ordre protègent le siège de certaines d'entre elles, soit de manière permanente (Élysée, Assemblée nationale, Sénat, Premier ministre), soit en fonction des circonstances. La garde, statique, de certains points ou de certains accès, peut donc se justifier au regard du risque et des enjeux. Mais, d'une part, il est des sites ou des circonstances qui ne justifient aucune présence ou pas de présence permanente des forces de l'ordre ; d'autre part la mobilisation de moyens techniques (vidéo, anti-intrusion) et le recours à des dispositifs

7. Seuls les officiers de police judiciaire et, sur leur ordre et sous leur responsabilité, des agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints appartenant à la police ou à la gendarmerie nationales peuvent contrôler la détention des titres justifiant la régularité de la présence sur le territoire national (article L. 611-1 du CESEDA).

dynamiques peuvent être tout aussi efficaces, moins coûteux en effectifs et plus conformes à leur doctrine d'emploi ; enfin la seule mission de contrôle des accès peut être confiée à d'autres opérateurs, y compris privés, que les forces de l'ordre.

53 - Ce type de questionnement doit donc être permanent, et il s'exerce de plusieurs manières.

Au sein même de l'État il est des tâches dont on considère qu'elles doivent être accomplies par d'autres services que ceux de police et gendarmerie : c'est l'exemple des extractions judiciaires qui sont désormais assurées par des équipes de l'administration pénitentiaire<sup>8</sup>.

54 - Dans le périmètre des activités relevant des services de police ou de gendarmerie nationales, c'est le fait de confier à des fonctionnaires ou agents autres que policiers ou militaires des tâches qui ne nécessitent pas de faire appel à eux (tâches administratives et de soutien, fonctions techniques) ou qui nécessitent le recours à d'autres expertises (police technique et scientifique) ; l'action de « substitution », c'est-à-dire de remplacement des personnels actifs de police ou de militaires de la Gendarmerie par d'autres agents, est une « priorité » affichée depuis longtemps, mais dont il faut bien constater qu'elle n'a pas mobilisé suffisamment de moyens. Même démarche pour des tâches qui pourraient être déléguées à des opérateurs privés, car même si la jurisprudence, bien établie, du Conseil constitutionnel rappelle que les tâches inhérentes à l'exercice par l'État de ses missions de souveraineté ne peuvent être déléguées à des personnes privées (DC n° 2002-461 du 29 août 2002, n° 2003-467 du 13 mars 2003, n° 2003-484 du 20 novembre 2003)<sup>9</sup>, cela laisse néanmoins très ouvert le champ des « externalisations » possibles dans les tâches techniques ou de soutien.

## B. - Associer d'autres acteurs aux missions de sécurité publique

55 - Le mouvement, qui consiste à associer d'autres acteurs que policiers et gendarmes aux missions de sécurité publique s'amplifiera sans aucun doute, ces acteurs agissant en appui, en complément, mais souvent aussi de façon autonome.

56 - On pense d'abord au rôle des polices municipales, défini à l'article L. 511-1 du CSI, et à la coordination de leur action avec celle des forces de police ou de gendarmerie nationale, réglée par les dispositions du Code de la sécurité intérieure qui rendent obligatoire la signature d'une convention de coordination dès lors que le service compte trois agents, une telle convention pouvant également être conclue à la demande du maire si le service compte moins de trois agents (article L. 512-4). L'article L. 512-6 précise le contenu et la portée de ces conventions : « La convention de coordination des interventions de la police municipale et des forces de sécurité de l'État précise les missions prioritaires, notamment judiciaires, confiées aux agents de police municipale ainsi que la nature et les lieux de leurs interventions, eu égard à leurs modalités d'équipement et d'armement. Elle détermine les modalités selon lesquelles ces interventions sont coordonnées avec celles de la police et de la gendarmerie nationales. Elle précise la doctrine d'emploi du service de police municipale.

À défaut de convention, les missions de police municipale ne peuvent s'exercer qu'entre 6 heures et 23 heures, à l'exception

des gardes statiques des bâtiments communaux et de la surveillance des cérémonies, fêtes et réjouissances organisées par la commune ou par l'établissement public de coopération intercommunale. »

57 - L'action des polices municipales pourrait sans doute être élargie. Récemment le Parlement<sup>10</sup> les a habilitées à constater la contravention de 4<sup>e</sup> classe, pouvant donner lieu à amende forfaitaire, que constitue la violation de certaines des interdictions ou obligations édictées par le Premier ministre dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Cette disposition figure désormais à l'article L. 3136-1 du Code de la santé publique. Dans cet esprit il doit être possible d'étendre à d'autres contraventions de la catégorie, énumérées à l'article R. 48-1 du Code de procédure pénale, la capacité donnée aux policiers municipaux d'en dresser procès-verbal ; un exemple peut être cité avec la contravention d'achat de cigarettes vendues à la sauvette.

58 - Indépendamment de cette collaboration entre les forces de sécurité de l'État et les polices municipales, d'autres évolutions méritent attention :

- de façon assez classique la loi, nonobstant la compétence générale des policiers et gendarmes, donne à des opérateurs de l'État, ou agréés et assermentés par lui (agents de l'ONEMA pour les polices de l'environnement, inspecteurs des installations classées, inspection du travail, inspection des transports, concurrence et répression des fraudes, inspection sanitaire, etc.) la possibilité de constater des infractions à des textes de police spéciale. La pratique se développe d'opérations de contrôle coordonné, menées conjointement par les services de police ou de gendarmerie et ces services spécialisés, et qui débouchent à la fois sur des suites judiciaires et sur des mesures de police administrative, telles des fermetures ; ces opérations peuvent viser des commerces ou entreprises, souvent petites, abritant ou facilitant des activités délinquantes ; ce sont ces mêmes approches de contrôle coordonné qui sont aussi mises en œuvre pour contrer des « foyers » de prosélytisme radical ;

- alors que le sentiment d'insécurité est très fort dans les transports en commun, le rôle confié aux services internes de sécurité de la SNCF et de la RATP doit être souligné. Leur vocation première est de prévenir, ou de constater, les infractions à la police spéciale du transport ferroviaire ; mais l'article L. 2251-1 du Code des transports va beaucoup plus loin en indiquant qu'ils « sont chargés, dans le cadre d'une mission de prévention, de veiller à la sécurité des personnes et des biens », et que « la prévention des violences et des atteintes à caractère sexiste dans les transports publics est un axe prioritaire de leur action ». Dans cet esprit la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 les a habilités à constater la contravention d'outrage sexiste. Notons également que ces services ont été habilités à constater les contraventions aux mesures imposés aux usagers des transports dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, ce qui s'inscrit dans une vision généraliste, et non strictement spécialisée, de leur rôle. En pratique, et aux yeux du public, ils forment la « police ferroviaire » au même titre que les services de police (services spécialisés de la préfecture de police et de la PAF) avec lesquels ils collaborent quotidiennement ; sur l'Île-de-France le dispositif opérationnel est au demeurant totalement intégré, avec la perspective proche d'une salle de commandement unique pilotée par la préfecture de police ;

- en ce qui concerne les activités de sécurité privée, la relation avec l'État est et demeure placée sous le prisme du contrôle, comme en témoignent les dispositions de l'article L. 611-2 du

8. Le processus a été laborieux et les arbitrages interministériels sur le transfert de moyens budgétaires accompagnant le transfert de la mission ont été difficiles....

9. La question est parfois encore posée pour le fonctionnement des CRA (centres de rétention administrative), activité confiée à des services de police. Les tâches « hôtelières » sont confiées à des opérateurs privés. Peut-on aller au-delà ? La réponse doit être trouvée en analysant les tâches sous le prisme de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

10. Article 2 - 4<sup>e</sup> de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19. Cette disposition est issue d'un amendement parlementaire.

CSI : « Sans préjudice des dispositions de l'article L. 634-1 [pouvoirs de contrôle du CNAPS], les commissaires de police, les officiers de police et les officiers et sous-officiers de la gendarmerie nationale assurent, pour le compte du Conseil national des activités privées de sécurité ainsi que du représentant de l'État dans le département ou, à Paris, du préfet de police, le contrôle des personnes exerçant une activité mentionnée à l'article L. 611-1 ». Pour autant, et aussi parce que cette logique du contrôle existe, l'association des agents de sécurité privée aux missions de sécurité publique devient une réalité dont les articles L. 613-1 à 3 du CSI fixent le cadre : par autorisation du préfet et à titre exceptionnel possibilité d'exercer sur la voie publique des missions, même itinérantes, de surveillance contre les vols, dégradations et effractions visant les biens dont ils ont la garde ; sous le contrôle d'un officier de police judiciaire et avec le consentement exprès des personnes, palpations de sécurité à l'entrée des enceintes dans lesquelles est organisée une manifestation sportive, récréative ou culturelle rassemblant plus de 300 spectateurs ; inspection visuelle des bagages et, avec le consentement de leur propriétaire, à leur fouille ; pour des agents spécialement habilités à cet effet et agréés par le préfet, en cas de circonstances particulières, définies par le préfet, liées à l'existence de menaces graves pour la sécurité publique ou lorsqu'un périmètre de protection a été institué en application de la loi SILT possibilité de procéder, avec le consentement exprès des personnes, à des palpations de sécurité.

59 - Cette dernière disposition, codifiée à l'article L. 613-2 du CSI, est extrêmement intéressante car elle a été examinée par le Conseil constitutionnel à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur les missions susceptibles d'être confiées à des agents de sécurité privée dans le cadre des périmètres de protection créés par la loi du 30 octobre 2017 relative à la sécurité intérieure et à la lutte contre le terrorisme (loi SILT). Le considérant 27 de cette décision n° 2017-695 du 29 mars 2018 constate que les dispositions contestées, qui confèrent aux agents de la force publique la possibilité de se faire assister, pour la mise en œuvre des palpations de sécurité et des inspections et fouilles de bagages, par des agents agréés exerçant une activité privée de sécurité, permettent d'associer des personnes privées à l'exercice de missions de surveillance générale de la voie publique ; le Conseil relève cependant que ces personnes ne peuvent toutefois qu'assister les agents de police judiciaire et qu'elles sont placées sous l'autorité d'un officier de police judiciaire ; qu'il appartient aux autorités publiques de prendre les dispositions afin de s'assurer que soit continûment garantie l'effectivité de ce contrôle exercé sur ces personnes par les officiers de police judiciaire, et qu'à cette condition ne sont pas méconnues les exigences découlant de l'article 12 de la Déclaration de 1789.

60 - Comme dans sa décision n° 2011-625 du 10 mars 2011, le Conseil se réfère à l'article 12 de la Déclaration des Droits, mais il indique ici les conditions dans lesquelles le législateur peut associer des personnes privées à la mission de surveillance générale de la voie publique en insistant sur l'effectivité nécessaire du contrôle de leur action par un OPJ. Déléguer purement et simplement la mission de surveillance générale de la voie publique n'est pas conforme aux exigences constitutionnelles ; les y associer sous contrôle effectif est possible.

Comment à l'avenir user au mieux de cette possibilité ? Comment associer davantage les polices municipales, peut-être même dans une logique d'intégration opérationnelle dont la police des transports en Île-de-France peut montrer la voie ? Comme pour d'autres questions évoquées le long de ce parcours le besoin de réponses stratégiques s'impose de lui-même.

### C. - Développer les fonctions stratégiques et adapter la gouvernance

61 - Le fait que le ministère de l'intérieur soit engagé dans l'élaboration d'un « livre blanc de la sécurité intérieure » est bien le signe que conscience est prise de cette double nécessité, qui concerne tant les forces de sécurité elles-mêmes, que le rôle et l'action du ministère dans l'environnement de sécurité.

62 - Comparaison n'est pas raison mais, tout en restant dans le périmètre du ministère de l'intérieur, il n'est pas inintéressant de lire les dispositions générales du Code de la sécurité intérieure (L. 112-1 et L. 112-2) qui définissent ce qu'est la sécurité civile et le rôle central qu'y tient l'État, qui en est le « garant », qui en « définit la doctrine », en « coordonne les moyens », que ceux-ci relèvent « de l'État, des collectivités territoriales et des autres personnes publiques ou privées », et qui « évalue en permanence l'état de préparation aux risques ». On trouve là quelques illustrations simples des fonctions stratégiques de l'État dans un domaine, la sécurité civile, où, au contraire du champ de la sécurité publique, il n'a pas la maîtrise de l'essentiel des moyens.

63 - Gestion et pilotage opérationnel des moyens d'une part, réflexions et fonctions stratégiques de l'autre, sont évidemment très complémentaires et en partie très étroitement imbriqués ; mais il faut éviter que le premier volet étouffe le second ; la fonction de stratégie nécessite de dépasser les exigences et contraintes toujours prioritaires de l'exercice de responsabilités quotidiennes en matière de sécurité. Comment faire ? Quels sont les leviers d'action ? Quels sont les thèmes à explorer ? Quelles méthodes privilégier ? Quelles conséquences pour la gouvernance ?

64 - Régulation et production de normes ; planification de moyens, doctrines d'emploi, garantie de cohérence ; recours à l'expérimentation ; développement des fonctions d'évaluation, de contrôle, d'étude, d'analyse statistique, de « reporting » ; veille et anticipation juridique ; comparaisons internationales : voici quelques leviers d'action auxquels on songe... Quant aux thèmes ils sont multiples : analyse des menaces et de leur évolution ; attentes des citoyens et des territoires ; besoins de formation et perspectives de recrutement ; évolution des équipements et des techniques ; prévention situationnelle ; technologies nouvelles dont l'intelligence artificielle et la reconnaissance faciale ; cybersécurité... La plupart de ces sujets revêt une dimension non seulement interne mais souvent partagée par tous les métiers et acteurs de la sécurité, et parfois, à l'exemple de l'intelligence artificielle, la sécurité n'est qu'un des volets d'un sujet plus vaste. D'où la difficulté de la méthode : exigence d'un dialogue et d'un lien étroit entre réflexion stratégique et impératifs opérationnels ; nécessité d'une démarche aussi transversale que possible, dans une approche souvent interministérielle et en associant lorsque nécessaire les autres acteurs-partenaires de la sécurité ; intérêt de l'ouverture à l'extérieur, qu'il s'agisse d'acteurs institutionnels (parlement, élus, Défenseur des Droits, CNIL), d'experts, d'acteurs appartenant au monde de la recherche et de l'université, voire des citoyens eux-mêmes ; et sans doute faut-il privilégier une approche segmentée, sujet par sujet, thème par thème, avec des méthodes de pilotage du travail s'inspirant de ce qui précède, plutôt que succomber à la tentation d'une impossible exhaustivité.

65 - Quelles conséquences pour la gouvernance ? L'administration dispose de compétences et de ressources pour traiter les sujets que l'on vient d'évoquer. Cependant la nécessité de faire « monter en puissance » les fonctions stratégiques interroge certains aspects de l'organisation du ministère de l'intérieur et en appelle, sur bien des plans, à une approche qui aille au-delà de son seul périmètre.

66 - Il n'est pas inutile de rappeler d'abord que les volontés, aussi légitimes et pertinentes furent-elles, de doter le ministère

de l'intérieur d'une « grande » direction ou délégation aux affaires stratégiques n'ont pas eu le succès espéré. Le caractère « plaqué » résiste mal aux réticences d'organisations bien installées... et qui estiment, à tort ou à raison, qu'elles répondent déjà au besoin exprimé. En revanche une institution avait bien trouvé sa place : l'institut national des hautes études de la sécurité et de la justice (INHESJ). Il faut donc souhaiter que sa disparition programmée soit menée dans des conditions telles qu'on ne prive pas l'État d'un outil qui est adapté aux réflexions stratégiques, qui a aidé au rapprochement entre monde de la justice et monde de la sécurité, et qui a permis à l'ONDRP de se développer et de mettre fin à des polémiques qui ont longtemps pollué les approches de la politique de sécurité.

67 - La structuration du ministère en charge de la sécurité intérieure est dominée par l'existence des deux grandes directions opérationnelles de statut, la DGPN et la DGGN, qui se sont développées en intégrant les fonctions horizontales nécessaires à leur activité opérationnelle, y compris des fonctions à dimension stratégique. On ne peut donc éviter certains doublons ; par ailleurs, compte tenu du poids de ces deux structures, peinent à s'imposer à elles les autres acteurs du ministère à vocation transversale que sont les directions rattachées au secrétaire général, ou les administrations de mission comme le délégué ministériel aux partenariats, aux stratégies et aux innovations de sécurité. Une direction du numérique, placée sous l'autorité du secrétaire général, a été récemment créée ; dans une matière féconde en questions d'avenir (intelligence artificielle, algorithmes, etc.) elle répondra aux attentes si elle impose sa marque en se concentrant sur des approches stratégiques.

68 - Une organisation de la sécurité intérieure en grandes directions fonctionnelles (renseignement, investigation, voie publique et territoire, frontières et immigration irrégulière, police technique et scientifique, coopération internationale, statistiques, etc.), avec des directions-statut devenant directions d'appui pour les aspects spécifiques, notamment le statut militaire de la Gendarmerie, aurait une réelle logique opérationnelle et faciliterait l'émergence d'approches partagées. Au plan opérationnel on peut avoir à l'esprit l'exemple réussi de la DGSI et de son rôle de chef de file dans la lutte contre le terrorisme. On pourrait espérer aussi d'une telle organisation plus de proximité et un meilleur dialogue entre directions opérationnelles et acteurs « transversaux ». Des évolutions dans le sens d'une organisation fonctionnelle se font pas à pas, en particulier autour de certains offices centraux thématiques (crimes contre l'humanité, délinquance itinérante, environnement et santé publique), une dernière illustration en ayant été donnée par la création (décret du 26 décembre 2019) d'un service à compétence nationale appelé « Office anti-stupéfiants ». Mais il s'agit toujours de structures rattachées soit à la DGPN soit à la DGGN. Ira-t-on plus loin un jour ? Le bouleversement serait considérable... Qui l'osera ?

69 - Pour les partenaires extérieurs acteurs de la sécurité le besoin d'offrir un point d'entrée bien identifié, facilitant une approche unifiée, a conduit à l'émergence au sein du ministère de l'Intérieur d'une fonction dédiée aux partenariats de sécurité. Mais plusieurs questions d'organisation demeurent.

70 - Pour les polices municipales l'État offre plusieurs visages : les statuts, la formation, relèvent du ministère en charge des collectivités territoriales ; le cadre juridique (CSI) est l'affaire de la direction des libertés publiques et des affaires juridiques (DLPAJ) ; la coopération opérationnelle est affaire locale mais la DGPN et la DGGN ne peuvent rester étrangères à la fixation du cadre national. En outre manque une réelle instance de concertation pour traiter des choix structurants : formation, armement,

missions. L'article L. 514-1 du CSI a créé une commission consultative des polices municipales, présidée par un maire, et composée pour un tiers de représentants des maires des communes employant des agents de police municipale, pour un tiers de représentants de l'État et, pour le dernier tiers, de représentants des agents de police municipale. Elle est compétente pour les questions de déontologie et est saisie pour avis lorsque le ministre envisage un contrôle, ce qui est bien ; mais elle n'est compétente que pour ces questions seulement. Elargir son rôle serait sans doute bienvenu ; inversement, dans un souci d'équilibre, les capacités de contrôle des services de police municipale par l'État pourraient être renforcées.

71 - Pour les activités de sécurité privée la création du CNAPS a répondu au besoin de concertation et l'association des professionnels est une bonne chose. Cependant l'autonomie juridique est-elle vraiment nécessaire ? Les remarques faites par la Cour des Comptes méritent examen.

72 - Enfin, dans un cas comme dans l'autre quel est le positionnement réel du délégué aux partenariats, aux stratégies et aux innovations de sécurité ? Le décret du 11 septembre 2020 qui définit son rôle lui confie un très large champ d'action : partenariats de sécurité, stratégie industrielle, veille technologique, cybersécurité, normalisation, etc. Mais cette fonction ainsi définie n'est-elle pas trop large si les moyens ne sont pas au rendez-vous ?

73 - La dernière observation sur le thème de la gouvernance conduit enfin à rappeler que la réflexion stratégique sur la sécurité intérieure s'inscrit dans un cadre qui dépasse le seul ministère de l'intérieur. La sécurité intérieure est partie prenante de la stratégie de sécurité nationale, telle que la définit l'article L. 1111-1 du Code de la défense ; à ce titre, comme le précise l'article R.\* 121-1 du même code, le Conseil de défense et de sécurité nationale, que préside le Chef de l'État, exerce des attributions de sécurité intérieure et l'une de ses formations est le Conseil national du renseignement (article L. 1121-1). Les services du ministère de l'intérieur apportent une contribution majeure à la politique du renseignement, mais celle-ci a un champ beaucoup plus large, coordonné par le Coordonnateur du renseignement et de la lutte contre le terrorisme, et c'est à ce niveau que se font les choix stratégiques, traduits dans le document « Stratégie nationale du renseignement » de juillet 2019.

74 - Par ailleurs, multiples sont les sujets qui, au plan opérationnel, à l'image des instances partenariales fonctionnant localement, en particulier les états-majors de sécurité, nécessitent une approche interministérielle. Avec la Chancellerie, bien sûr, mais bien au-delà, tant sont concernés par les questions de sécurité des sujets touchant à l'école, aux transports, au logement, à l'éducation et à la formation, à la vie des entreprises, etc. Mais ce qui est vrai au plan opérationnel l'est tout autant au plan de l'affirmation de l'État-stratège. Les questions de cybersécurité ou de sécurité d'identité numérique concernent bien d'autres acteurs que les forces de l'ordre et l'organisation gouvernementale comprend un secrétaire d'État au numérique ; le coordonnateur de la Stratégie nationale pour l'Intelligence artificielle est rattaché à Bercy.

75 - Ce ne sont là que deux exemples, mais ils montrent que c'est dans son aptitude à se projeter « hors les murs » sur ces sujets, avec ou en associant les acteurs concernés, que le ministère de l'intérieur manifesterait sa capacité à être le chef de file qu'il doit être pour incarner l'État-stratège en matière de sécurité. Oui, il y a vraiment besoin d'un « livre blanc de la sécurité intérieure » qui porte cette ambition. ■

## 10 Quelle place pour l'État dans la politique culturelle au XXI<sup>e</sup> siècle ?



Aurélie FILIPPETTI,  
ancienne ministre, enseignante à Sciences Po

1 - L'absence a rendu visible et patent ce que nous savions déjà : les longues journées du confinement ont prouvé que la culture était un bien essentiel à une « vie bonne », la *vita bona* des Anciens, mais aussi à la *survie* de nos concitoyens, au sens de ce qui permet d'affronter l'épreuve. Sans interactions sociales, réduits au *minimum vital*, reclus sur nous-mêmes et en nous-mêmes, c'est vers la culture que nous nous sommes tournés. Bien sûr, le terme même est aussi polysémique que les pratiques, mais c'est sa force : la culture est diverse, multiple et mêlée, trop souvent inégalitaire, mais pour tous, dans les périodes de choc et de rétrécissement, elle fut précieuse. Essentielle même. Le confinement a signé la fin de cette vision démagogique de la culture comme un luxe ou un privilège.

2 - Prisonniers volontaires que nous sommes devenus, inquiets de notre avenir commun, soumis à un bouleversement fracassant de notre mode de vie, et de notre être le plus intime, de quoi avons-nous eu davantage besoin que de lecture pour sortir de nos murs, de musique pour chanter de fenêtre à fenêtre, de films pour franchir les frontières qui se sont refermées, et de danse pour réapprendre la liberté de nos corps entravés ? Je dis culture et non pas art, car la culture est cette activité sociale qui se déploie autour et à partir de l'art grâce à des structures sociales, des politiques publiques et des passions privées, mais toujours dans l'espace public de l'échange avec l'autre. Elle est évidemment ce qui rend possible l'art, mais pas toujours et pas seulement. Elle en est la porte d'accès mais parfois le chemin lui-même est aussi émouvant que la destination : fréquenter la culture c'est aussi aimer s'évader sur ses sentiers de traverse, parfois sans autre but que flâner à la dérive.

3 - Au contraire des imprécations des « déclinistes » de toute espèce qui déplorent à longueur d'années l'échec de la démocratisation culturelle, on peut se réjouir de voir que la fréquentation des sites des établissements culturels a augmenté de manière fracassante pendant le confinement : 10 millions de visiteurs pour le site du Louvre<sup>1</sup>, soit autant qu'il y a de visiteurs physiques en une année, et beaucoup plus qu'en temps normal. Et l'une des conséquences de ces semaines de crise est que les établissements culturels ont réinventé leur politique de consultation numérique en mettant en accès libre, mais régulé, sur des sites dédiés ou pour des durées limitées, un certain nombre d'œuvres de leurs répertoires. La Comédie-Française, le Louvre, l'Opéra de Paris, pour les plus imposants, mais aussi bon nombre d'établissements de toutes tailles, du Grand Palais aux musées

municipaux et aux établissements de la décentralisation culturelle, toutes ces institutions ont compris que dans leurs missions d'accès de tous à la culture, définies par Malraux dans le décret d'attribution du ministère de la Culture en 1959<sup>2</sup>, elles se devaient d'imaginer des solutions pour pallier la fermeture physique de leurs salles et donner accès à une forme de continuité culturelle à l'ensemble de la nation. Elles l'ont fait avec une créativité hors pair et beaucoup de réactivité.

4 - Cependant cette transition numérique accélérée n'est pas sans poser un certain nombre de problèmes à nos établissements et à notre politique. La réaction du directeur du Théâtre de la Ville à Paris, Emmanuel Demarcy-Mota, refusant de donner accès à des captations de représentations en arguant, avec de forts bons arguments, que le théâtre ne peut pas être remplacé par une captation<sup>3</sup>, est salutaire mais ne suffira pas à nous protéger de l'appétit prédateur des réseaux.

### 1. Définir une stratégie européenne et nationale vis-à-vis des géants du numérique pour éviter la captation privée des biens publics culturels —

#### A. - Pas de politique culturelle sans souveraineté technologique

5 - Le passage au numérique a été rendu possible par des outils dont la maîtrise technologique est un enjeu majeur pour notre souveraineté économique. Car nous ne sommes pas maîtres à bord et l'une des grandes questions des prochaines années sera la propriété des data afférentes aux œuvres. Comparaison n'est pas raison mais du fait de notre vulnérabilité aux échanges internationaux mise en évidence pendant la pandémie, l'immense majorité des médicaments de base et matériels médicaux essentiels consommés en France sont fabriqués en Asie. De la même manière, il est dangereux que les avatars numérisés des œuvres appartenant aux collections nationales, que les réseaux sur lesquels circulent ces œuvres, – qui peuvent dans certaines circonstances devenir le seul moyen d'accès à ces œuvres – soient gérés et maîtrisés par de systèmes basés aux États-Unis ou en Chine, les deux seules puissances numériques. La faiblesse

1. *Les Échos*, « Le Louvre a attiré 10 millions de visiteurs virtuels en deux mois », 24 mai 2020. Disponible ici : <https://www.lesechos.fr/industrie-services/services-conseils/le-louvre-a-attire-10-millions-de-visiteurs-virtuels-en-deux-mois-1205279>.

2. Décret n° 59-889 du 24 juillet 1959 portant organisation du ministère chargé des affaires culturelles.

3. AOC, « Emmanuel Demarcy-Mota : " Pour la culture, ce virus est un accélérateur " – Entretien avec Sylvain Bourmeau », 25 avril 2020. Disponible ici : <https://aoc.media/entretien/2020/04/24/emmanuel-demarcy-mota-pour-la-culture-ce-virus-est-un-accelereur/>.

européenne est là : c'est le domaine dans lequel nous sommes le plus dépendants. Or, la politique culturelle au 21<sup>e</sup> siècle sera en partie numérique : qu'il s'agisse de diffusion, bien sûr, mais aussi de distribution et en partie de création, si tout ne devient pas numérique – ce que personne ne peut souhaiter – en tout cas le numérique sera incontournable.

6 - À défaut de pouvoir concurrencer les GAFAM sur le terrain technologique et marketing, il faut déjà les soumettre à nos règles fiscales et réglementaires communes, comme Margrethe Vestager, actuelle Commissaire européenne à la Concurrence et Vice-présidente exécutive de la Commission européenne, a commencé de l'exiger. Car c'est ainsi que nous pourrions continuer de promouvoir la diversité culturelle qui est un objectif cardinal de tous les traités internationaux, et qui a été reconnue par la convention de 2005 à l'UNESCO<sup>4</sup>, et le droit à une information fiable et de qualité partout et pour tout le monde. C'est la liberté d'expression et donc la démocratie qui sont en jeu, et c'est notre capacité à rester maîtres de notre propre histoire. La crise du Covid-19 est venue nous le rappeler, tout comme la diversité culturelle avait été affirmée par l'UNESCO dans une déclaration de principe à la fin de l'année 2001<sup>5</sup> en réponse à une autre crise, celle des attentats du 11 septembre, qui reposait sur l'idéologie du choc des civilisations. La diversité culturelle est la preuve inverse, permanente, que le dialogue existe entre les cultures et qu'il est fécond. Les cultures ne se font pas la guerre, elles ne se font pas concurrence, elles s'enrichissent mutuellement.

7 - Pourtant ce modèle pertinent et innovant que l'on nomme l'exception culturelle, à savoir faire financer la production par ceux qui la diffusent, avoir une stratégie publique en matière culturelle avec pour priorité et ligne de conduite la liberté de création, est précisément ce qui est aujourd'hui menacé. Car depuis moins de dix ans, on constate que le pourcentage du PIB généré par les activités culturelles diminue<sup>6</sup>. Qu'est-ce que cela signifie alors que tous les secteurs de la création et du patrimoine n'avaient jamais été aussi actifs (avant la pandémie) ? Tout simplement que la richesse culturelle créée a augmenté mais que sa valeur ajoutée a commencé à faire glisser des entreprises du secteur culturel vers les géants du numérique. *Grosso modo* c'est le mouvement exactement inverse à celui de l'exception culturelle : désormais les créateurs enrichissent les diffuseurs et leurs contenus sont aspirés par eux. Exactement comme pour la presse, les géants du numérique ne sont plus seulement des diffuseurs, mais leur force de frappe est telle qu'ils deviennent des acteurs à part entière des secteurs culturels. Le cinéma et la musique furent les cibles en premier lieu, évidemment, d'autant plus qu'ils sont partis en ordre dispersé face aux géants du numérique tellement puissants qu'ils ont pu leur dicter leurs règles, puis le livre, désormais aux prises avec un ogre dévorateur étalant son ambition monopolistique.

8 - Il faut une réaction et elle doit être européenne. Face au pillage de la presse par les GAFAM, la réponse française d'un

fonds alimenté (mais aussi contrôlé) par Google<sup>7</sup>, au lieu d'une loi contraignante dans chaque pays européen, n'était pas la bonne réponse. Malheureusement c'est celle qui a été choisie en 2013. Il faut en tirer les leçons pour l'ensemble des secteurs culturels.

## B. - La propriété intellectuelle des data des œuvres peut-elle être assurée pour les collections nationales ?

9 - La question de la sécurité juridique de nos données d'accès aux œuvres d'art, la carte d'identité numérique de ces œuvres, est cruciale : celui qui détient la propriété numérique de la Joconde détient une part de la Joconde. Celui qui donne les moyens de lire les données numériques de la Joconde est lui aussi détenteur du tableau. Négliger cela serait irresponsable. Toutes les études futures des œuvres, tous les travaux autour d'elles, passeront par des analyses des data. Le ministère de la Culture doit donc considérablement renforcer son expertise en matière numérique afin de ne pas être dépourvu face aux enjeux de demain. Il doit devenir le ministère de la Culture et du Numérique.

10 - Cela nécessitera de créer un véritable département du numérique Rue de Valois, avec une capacité transversale à contribuer à toutes les politiques publiques, du patrimoine à la création en passant bien sûr par l'audiovisuel, mais aussi avec une dimension interministérielle qui donnera au ministère une place importante dans l'architecture gouvernementale – exactement à la manière dont les archives nationales fonctionnent, sous la tutelle du ministère mais avec un rayonnement allant bien au-delà. Évidemment, cela ne sera pas possible à moyens constants, et c'est pourquoi il faut aussi se poser la question de la pérennité des financements des politiques pilotées par le ministère de la Culture.

11 - Prenons l'exemple du secteur du patrimoine : les professionnels des musées et des monuments historiques, les bibliothèques, se trouvent souvent démunis face aux défis de la numérisation et en l'absence de souveraineté sur les modes de diffusion numérique de toutes nos œuvres. Il faudrait s'inspirer de l'expertise ancienne des archivistes pour assurer la durabilité des bases de consultation des données afin que jamais elles ne soient privatisées et inaccessibles. En France, on se souvient de la bataille de Jean-Noël Jeanneney contre Google qui proposait de numériser les fonds de la BNF<sup>8</sup> : ce sont des batailles comme celles-ci qui vont se multiplier à l'avenir. Car faute de pouvoir toujours se déplacer dans nos musées, pour les spectacles, la numérisation deviendra un mode d'accès privilégié. Qui détendra dès lors les clés de ce patrimoine qui – rappelons-le – est celui de la nation tout entière ?

## C. - Défendre un audiovisuel public de qualité contre la manipulation de l'information sur les réseaux

12 - Il faut enfin se prémunir contre les monopoles ou oligopoles de diffusion. L'Europe a besoin de canaux de diffusion numériques qui lui soient propres. Les États européens, animés

4. UNESCO, Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, 20 octobre 2005.

5. UNESCO, Déclaration universelle sur la diversité culturelle, 2 novembre 2001.

6. Ministère de la Culture et de la Communication et Département des études de la prospective et des statistiques, Rapport de Tristan Picard, *Le poids économique de la culture en 2016*, Janvier 2018, p. 3 : « Depuis 2003, le poids relatif de la culture dans l'économie est en baisse continue : en treize ans, il est passé de 2,54 % à 2,23 % du PIB. » Rapport disponible ici : <https://www.culture.gouv.fr/Espace-documentation/Statistiques/Le-poids-economique-direct-de-la-culture-en-2016-CC-2018-1#:~:text=En%202016%2C%20le%20poids%20%2C%3%A9conomique,%2C%20milliards%20d'euros.>

7. Fonds pour l'innovation numérique de la presse (FINP) – *Le Monde*, « Les fonds Google d'aide à la presse officiellement lancés », 19 septembre 2013. Disponible ici : [https://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2013/09/19/le-fonds-google-d-aide-a-la-presse-officiellement-lance\\_3480228\\_3236.html](https://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2013/09/19/le-fonds-google-d-aide-a-la-presse-officiellement-lance_3480228_3236.html).

8. *L'Obs*, « Jean-Noël Jeanneney dénonce la solution Google pour numériser la BNF », 26 août 2009. Disponible ici : <https://www.nouvelobs.com/culture/20090826.OBS8933/jean-noel-jeanneney-denonce-la-solution-google-pour-numeriser-la-bnf.html>.

d'un idéal démocratique, ont aussi besoin de défendre leur audiovisuel public en lui assurant des financements pérennes via la redevance. C'est un enjeu politique majeur face aux opérations de désinformation à grande échelle qui peuvent facilement faire leurs nids sur les réseaux sociaux. Ni les médias, ni la culture en général ne peuvent dépendre du bon vouloir des distributeurs numériques que sont devenus les GAFAM, et pour cela il faut imaginer d'autres logiques, comme cela avait été fait après la guerre pour la presse avec la loi Bichet<sup>9</sup> qui garantissait le pluralisme de la distribution des titres et donc l'égalité des citoyens dans leurs droits à l'information partout sur le territoire. C'est l'équivalent de la loi Bichet pour le numérique qu'il faut désormais imaginer pour garantir l'indépendance et la fiabilité de notre information. Cette crise a permis de montrer toutes les limites des modèles de la prétendue gratuité qui rend l'information dépendante de la publicité et donc d'une course effrénée au clic. C'est à travers des financements stables que l'on peut seul garantir la qualité de l'information. Le rôle critique de l'audiovisuel public est apparu dans la tragédie qui a révélé plus que jamais l'impératif d'une information fiable, de qualité, et indépendante, ne dépendant ni du clash, ni du clic. Dans un moment où nous avons eu besoin de nous distraire sans nous abrutir, de nous informer sans être manipulés, où les enfants passèrent plus de temps devant les écrans, l'audiovisuel public a su extrêmement rapidement se transformer pour offrir des programmes de qualité, dans les missions de transmission, d'ouverture vers l'imaginaire et de support à l'enseignement qui sont les siennes. C'est cela la vraie réponse aux *Fake news* et non pas des lois cherchant à contrôler ce qui circule – et qui finalement, on le voit aux États-Unis, reviennent à laisser la régulation des contenus aux plates-formes elles-mêmes.

13 - C'est évidemment sur la question du financement que viendra buter la préservation d'un audiovisuel public solide. Car il ne peut être financé par la publicité, mais a besoin de la redevance, tout comme l'ensemble du secteur culturel a besoin de financements publics car ce sont des biens publics.

## 2. Des financements publics solides à remettre sur pied à condition que la priorité soit donnée aux publics les plus éloignés de la culture

### A. - Priorité à l'éducation artistique et développement durable vont de pair contre la logique commerciale

14 - La crise pandémique a révélé la fragilité du financement de nos institutions en raison de l'affaiblissement constant depuis des années des contributions budgétaires de l'État, et surtout de leur proportion au sein du budget de chaque institution. La dérive singulière qui a amené l'État à diminuer ses subventions tout en réclamant toujours plus de ressources propres de la part des institutions a été l'une des raisons d'un glissement vers une logique commerciale qui nuit à la réalisation des missions d'intérêt général de nos établissements, et notamment à la priorité que doit être l'accès à tous les publics. Poussés par l'Élysée et Bercy à rechercher toujours plus de financements privés, les établissements n'ont d'autres choix que de se plier à la logique de la quête à tout prix de sponsors, entreprises privées ou particuliers, qui ne se comportent pas toujours comme des mécènes véritables et désintéressés. Les contreparties sont en effet nombreuses :

privatisations multiples, influence sur les choix de l'établissement via les conseils d'administration, le tout pour des sommes bien inférieures à ce qui se pratique dans le pays souvent donné en exemple pour sa tradition de « *philanthropy* », les États-Unis.

15 - En outre, la tentation d'augmenter les prix des billets d'entrée – pas toujours directement mais notamment en découplant les billets d'entrée aux collections permanentes des tickets d'entrée pour les expositions temporaires – afin d'améliorer la rentabilité des institutions, est aussi un risque. Rappelons-le : les subventions publiques d'État, même si elles sont en baisse, demeurent de loin la principale source de financement des établissements culturels. Or, comme justifier ces sommes importantes aux yeux de nos concitoyens si nos établissements sont contraints de faire la course aux financeurs privés et d'augmenter les événements spectaculaires avec des tarifs très élevés, éloignant ainsi d'office toute une partie de la population des collections ou des créations qui sont pourtant financées largement par la contribution nationale ?

16 - Cette spirale est néfaste à la fois pour les établissements qui sont emportés dans une course à l'échalote sensationnaliste, et pour les citoyens les plus éloignés du monde de la culture car l'éducation artistique et culturelle est toujours la politique la plus sacrifiée lorsque des économies sont à l'ordre du jour. Ce n'est que par l'éducation artistique et culturelle que le lien profond, unique, qui lie les citoyens au patrimoine culturel de la République dans toutes ses dimensions, peut être renforcé. Enfin, cette logique a également poussé la concurrence entre eux des établissements sous la tutelle du ministère de la Culture à travers l'organisation d'expositions-événements souvent marqués par le gigantisme, par une communication agressive, le tout donnant parfois l'impression d'une recherche frénétique du coup médiatique plutôt que de l'intérêt scientifique et de la pertinence muséographique ou historique.

17 - Quant au confort et au plaisir de la visite, il se trouve atteint par la densité du public qui rend, là encore, beaucoup plus difficile les opérations de médiation et d'explications, ou simplement de lecture des cartels.

18 - Certes, les grandes monographies, par leur aspect spectaculaire, attirent beaucoup de monde facilement, mais cela se fait au détriment de la fréquentation des collections permanentes, et cela crée aussi une logique consumériste du toujours plus et toujours plus « nouveau » qui est contradictoire avec la notion même d'histoire de l'art qui est école d'humilité. Loin de la recherche du plus « grand » artiste, de la plus « énorme » exposition, de la plus importante fréquentation, la mission d'une politique culturelle nationale est de montrer les continuités et les legs, les chemins de traverse pris par certains artistes plus confidentiels, les repentirs de l'histoire. Il s'agit d'un apprentissage de l'émotion artistique et non d'une expérience immersive de « l'événement » que constitue en soi une « exposition-phare ».

19 - Par ailleurs, à l'échelle internationale, cette frénésie conduit à une débauche d'énergie, de transports, et de moyens, très peu conciliables avec le développement durable qui doit être la priorité désormais de toutes les politiques publiques, y compris celles de la culture.

### B. - Considérer les financements privés comme des compléments utiles mais non comme des solutions de remplacement car elles représentent des dépenses fiscales et une concurrence avec les institutions publiques

20 - Pour répondre à ces dangers, rien ne serait plus illusoire que de s'en remettre aux mains d'autres ogres, qui font montre d'appétits de concentration verticales et horizontales dans le

9. Loi n° 47-585 du 2 avril 1947 relative au statut des entreprises de groupe et de distribution des journaux et publications périodiques.

monde de la musique et du spectacle : ce n'est pas en concentrant toute la chaîne par exemple de la production musicale, de la formation des jeunes chanteurs ou musiciens à la propriété des salles de spectacles ou des théâtres, que l'on sauvera la diversité culturelle et que l'on assurera une vie décente aux artistes. Au contraire le risque est aussi celui d'une uniformisation délétère. Par ailleurs, les musées avaient de plus en plus de mal à acquérir des œuvres sur un marché de l'art en explosion. Et c'est donc aussi vis-à-vis de tels dangers, même si les protagonistes en sont cette fois nationaux, qu'il faut se prémunir, pour conserver un tissu vivant, divers et chatoyant de créateurs.

21 - En effet, un autre aspect inquiétant des dernières années quant à la prolifération de ces méga-expositions spectaculaires est la concurrence des fondations privées. On l'a vu avec le record de fréquentation qu'avait atteint l'exposition Chtchoukine qui s'était tenue à la Fondation Louis Vuitton d'octobre 2016 à mars 2017<sup>10</sup> : cela a créé un précédent en montrant les limites des institutions publiques face à l'arrivée de l'événementiel patrimonial financé par les géants du luxe. Ceux-ci ont en effet des moyens presque infinis et jouissent d'une capacité d'influence qui leur permet d'obtenir ce que même les grands musées ne parviennent pas à obtenir : le prêt historique d'une collection jamais sortie de Russie (il est acquis que l'importance du groupe LVMH en Russie a été décisif pour y parvenir).

22 - Par ailleurs, l'explosion du marché de l'art rend désormais difficile, pour les institutions publiques, l'enrichissement des collections par des politiques d'achat. Et la concurrence avec des fondations issues de holdings puissantes risque à terme de rendre encore plus difficile pour les musées publics de petites dimensions, mais peut-être à terme même pour les plus grands, le prêt d'œuvres majeures.

23 - Il faut donc envisager la politique de développement durable de la culture comme une politique durable dans le temps, moins gaspilleuse, mais aussi plus équitable sur l'ensemble du territoire, et mieux répartie, et comme une réponse à la concurrence des grands acteurs privés. Faire circuler moins souvent les œuvres d'un bout à l'autre de la planète sera meilleur pour les objets eux-mêmes, pour la pollution générée, mais aussi cela permettra d'irriguer les musées et institutions artistiques de tous les territoires de la République et de redonner la priorité à la valorisation et à la transmission des collections permanentes.

24 - Avec la crise économique, les entreprises en difficulté seront moins à même de participer à des opérations de mécénat, à l'exception des plus solides d'entre elles : il serait dangereux que nos établissements culturels soient encore plus dépendants de quatre ou cinq énormes sponsors. Ce serait contraire à l'esprit du mécénat citoyen cher à Jacques Rigaud. Il faudra donc aider nos établissements à passer ce cap douloureux en se concentrant sur les missions fondatrices définies par Malraux : « rendre accessibles les œuvres capitales de l'humanité, et d'abord de la France, au plus grand nombre possible de Français, assurer la plus vaste audience à notre patrimoine culturel et favoriser la création des œuvres l'art et de l'esprit qui l'enrichissent »<sup>11</sup>.

25 - De même, si la fréquentation par les touristes étrangers diminue, il faudra aussi que nos musées en profitent pour se recentrer sur les publics des bassins de population de proximité, localement, et en particulier sur les enfants, les jeunes, et les publics éloignés de la culture. La hausse massive de la fréquen-

tation était une bonne chose pour le rayonnement de nos établissements, mais se faisait trop au détriment d'un public plus modeste, découragé par des files d'attente phénoménales ou par des nombres de représentations trop courtes. Il était paradoxalement devenu plus facile de faire circuler frénétiquement expositions et troupes, ballets, orchestres au bout du monde que dans une ville de taille moyenne. Ce mouvement doit s'inverser. On le sait, la politique de « l'événement » n'est pas une politique de la transmission : valoriser les collections permanentes, travailler à conquérir de nouveaux publics, faire circuler les créations partout en France, organiser les collections autrement pour mieux les faire découvrir et comprendre, penser l'éducation artistique et culturelle de tous comme une priorité et une mission fondamentale.

### 3. Une responsabilité partagée avec les collectivités locales dans le cadre d'une nouvelle étape de décentralisation

#### A. - La politique culturelle est une politique d'égalité et de citoyenneté

26 - La question de citoyenneté et de l'égalité dans l'accès à la culture est notre défi majeur. Le partage des responsabilités entre l'État et les collectivités locales, mais aussi les acteurs du monde associatif et du secteur privé, doit être un objectif renouvelé pour les années qui viennent. Dès lors, la question de la concentration des moyens de la politique culturelle à Paris est souvent posée de manière démagogique. Or, il ne peut être question de déménager l'Opéra de Paris ou la Comédie-Française et les autres théâtres nationaux, le Louvre ou Orsay, pour rééquilibrer ce déséquilibre lié tout simplement à l'histoire. En revanche, il est important que l'État soutienne toutes les collectivités qui s'engagent dans des politiques culturelles d'ampleur, en particulier dans les territoires les plus pauvres. Car la politique culturelle est un aspect indispensable de notre contrat social. Et souvent lorsque l'un des acteurs, l'État en particulier, diminue ses subventions, cela interdit de critiquer les collectivités qui lui emboîtent le pas. Les financements croisés État-collectivités sont pourtant bien la clef des mois et années à venir, car ce n'est pas des ressources privées que viendra le salut face aux conséquences de la pandémie, mais de l'investissement public autour d'une stratégie claire en faveur de la politique culturelle. Vouloir faire des institutions culturelles des entreprises soumises aux mêmes objectifs de rentabilité de court-terme que les entreprises privées est une impasse dont elles ne se relèveront pas en période de crise. Et c'est aussi tuer la poule aux œufs d'or que représente le formidable tissu culturel et artistique de notre pays.

27 - Cette réponse ne peut pas se faire sans les artistes et les créateurs, et il est temps de tirer des conclusions réelles du rapport Racine<sup>12</sup> afin de sortir le travail créateur de la zone de non-droit social dans laquelle il est seul à baigner. Si les annexes VIII et X de la convention d'assurance chômage<sup>13</sup> protègent les

10. *Le Monde*, « L'exposition Chtchoukine se clôt sur un record de fréquentation », 6 mars 2017. Disponible ici : [https://www.lemonde.fr/arts/article/2017/03/06/l-exposition-chtchoukine-se-clot-sur-un-record-de-frequentation\\_5090106\\_1655012.html](https://www.lemonde.fr/arts/article/2017/03/06/l-exposition-chtchoukine-se-clot-sur-un-record-de-frequentation_5090106_1655012.html).

11. Décret n° 59-889 du 24 juillet 1959 portant organisation du ministère chargé des affaires culturelles, rédigé par André Malraux.

12. Ministère de la Culture, Rapport de Bruno Racine, *L'auteur et l'acte de création*, Janvier 2020.

13. Unédic, Convention du 14 avril 2017 relative à l'assurance chômage ; Annexe VIII au règlement général annexé à la convention du 14 avril 2017 relative à l'assurance chômage, « Ouvriers et techniciens de l'édition d'enregistrement sonore, de la production cinématographique et audiovisuelle, de la radio, de la diffusion, du spectacle et de la prestation technique au service de la création et de l'événement », Annexe X au règlement général annexé à la convention du 14 avril 2017 relative à l'assurance chômage, « Artistes du spectacle ».

artistes et techniciens du spectacle et de l'audiovisuel, il est urgent de mettre sur pied un revenu de base pour les artistes-plasticiens et les auteurs.

## B. - La culture fait partie des biens communs

28 - Pour justifier les réductions de crédits, on a toujours justifié – à l'échelle nationale comme locale – la stagnation des budgets par les économies nécessaires. Certes. C'est un droit fondamental de savoir à quoi est utilisé l'argent public. Mais en expliquer la dépense est aussi un moyen de montrer à quel point le « service public de la culture » est indispensable à la nation tout entière.

29 - Quelle que soit la baisse en pourcentage de la subvention publique, celle-ci demeure la première source de revenus des établissements, et représente, pour l'ensemble du budget du ministère de la Culture (audiovisuel et dépenses fiscales inclus), près de 10 milliards d'euros chaque année, c'est-à-dire un « petit » budget au regard du budget de l'État (343 milliards), mais beaucoup d'argent public pour nos concitoyens.

30 - Or, dans la logique comptable et technocratique du « *new public management* » qui est devenu le mantra des gouvernements néo-libéraux depuis des années, le ministère de la Culture a toujours été considéré comme un ministère exclusivement dépensier. C'est pour y répondre qu'en 2013 je commandai à l'Inspection générale des finances et à l'Inspection générale des affaires culturelles un rapport sur l'importance économique de la Culture pour notre pays<sup>14</sup>. Il ne s'agissait nullement de faire de cette prétendue rentabilité l'unique raison de continuer à financer la culture, mais de montrer à quel point il était absurde de faire des économies de bout de chandelles, au regard du budget de l'État, sur les politiques culturelles dans un pays qui, depuis la création du ministère de la Culture en 1959, et grâce au soutien des collectivités territoriales, avait su inventer une politique extraordinairement ambitieuse et couronnée de succès dans tous les domaines de la création et du patrimoine, ainsi qu'en matière de démocratisation culturelle.

31 - Les résultats de cette étude montrèrent que la culture représentait plus de 3,2% du PIB national en 2011 et 670 000 emplois directs, qu'elle était économiquement décisive pour tous les territoires, et même que plus un territoire était enclavé, en difficultés économiques, plus l'investissement dans la culture y était bénéfique et « rentable ». Ce fut un choc même pour nous qui avions presque des scrupules à envisager l'investissement culturel à l'aune des critères gestionnaires traditionnels.

32 - La notion de service public culturel a donc tout son sens, et pour tous les territoires. C'est également la raison pour laquelle

certains principes comme l'inaliénabilité des collections, doivent absolument être réaffirmés, et qu'en aucun cas il ne peut être considéré comme envisageable de vendre des objets des collections nationales pour financer de la dette, même et surtout du fait d'une crise exceptionnelle. Ces collections sont le ciment de la nation tout entière, son patrimoine mais aussi celui des générations futures. Nous n'avons pas le droit de les en priver.

## Conclusion

33 - La crise du Covid-19 est donc venue percuter le monde de la culture à un moment où il fallait redonner du sens à ce que l'on a appelé l'« exception culturelle ». Si nous n'y prenons pas garde, et si nous n'agissons pas collectivement, cette crise risque de provoquer une accélération sans précédent des mouvements de concentration. Elle risque surtout de nous faire basculer dans une dépendance totale vis-à-vis des géants du numérique, qui ont été les véritables profiteurs de la guerre contre la pandémie. Aujourd'hui, un seul de ces géants pèse financièrement plus que tout le CAC40<sup>15</sup>. Laisser faire, c'est laisser l'économie de la culture basculer vers la marchandisation à toute force et vers un transfert massif des richesses créées vers les GAFAM. C'est aussi perdre la véritable souveraineté sur nos propres créations et donc sur l'expression d'une vision du monde. C'est oublier que sans moyen d'accès au récit de sa propre histoire, sans créateurs, sans culture, une nation disparaît.

34 - Se réinventer, c'est promouvoir un véritable service public de la culture, financé par des investissements ambitieux, alliant l'État et les collectivités locales, destinés à tous les établissements publics mais aussi aux petites et moyennes entreprises du secteur culturel et au secteur associatif. Cette stratégie doit être financée par une taxation, à l'échelle nationale et européenne, des monstres du numérique qui tirent plus que jamais profit de leur position ultradominante dans la diffusion pour s'immiscer désormais dans la production. Le danger d'une culture uniformisée est réel. Personne ne le souhaite car cela renforcerait encore les fractures au sein des sociétés et entre les nations.

35 - Voilà, à mon sens, les enjeux de la politique culturelle au 21<sup>e</sup> siècle pour un pays de grande ambition en la matière. L'épreuve de la pandémie ne doit pas affaiblir notre modèle, car les appétits des plus puissants s'aiguisent toujours en période de crise, mais nous permettre de le refonder par une stratégie puissante. ■

14. Inspection générale des finances et Inspection générale des affaires culturelles, *L'apport de la culture à l'économie en France*, Décembre 2013.

15. La capitalisation boursière des six GAFAM atteint à l'heure actuelle près de quatre fois celle du CAC 40, note de bas de page : *Marianne*, « Gafam : les chiffres qui montrent leur domination implacable à Wall Street », 5 mai 2020. Disponible ici : <https://www.marianne.net/economie/gafam-les-chiffres-qui-montrent-leur-dominance-implacable-wall-street>.

## 11 La justice a été en arrêt maladie pendant l'épidémie



Antoine GARAPON,  
Magistrat honoraire

**La Revue des Juristes de Sciences Po : Hier<sup>1</sup> l'Assemblée nationale et le Sénat ont validé l'application StopCovid, cet outil, ne risque-t-il pas de faire couler beaucoup d'encre ?**

**Antoine Garapon :** L'application pose à l'évidence des questions mais il ne faut pas s'arrêter au simple plan de la surveillance parce que la surveillance est certes une vraie question mais elle risque d'étouffer d'autres problématiques sous-jacentes. D'abord, il faut y voir une illustration de la délégation aux machines, ce qui signifie que les acteurs publics vont s'en remettre à une application que personne ne comprend vraiment parmi les *quidams*. Deuxièmement, je suis très curieux de savoir combien de personnes vont consentir à cette machine. À mon sens, elles seront nombreuses. Cela soulève le problème du *privacy paradox* comme pour les réseaux sociaux. Le public ratifie ce type de procédé en toute connaissance de cause. Il se passe quelque chose de nouveau et comment expliquer que ces citoyens ne soient pas aussi préoccupés par leur liberté ?

Cela m'amène à une observation plus générale, la crainte de la mort ajoute à la liberté une dimension individualiste. Celle-ci est très intéressante d'un point de vue du droit et de la philosophie politique. Cette crainte abstraite, un peu lointaine selon Hobbes<sup>2</sup> pousse les hommes à l'association politique et au calcul. L'individu postule qu'il est rationnellement plus intéressant pour lui d'abandonner un certain nombre de ses droits contre le bienfait de la protection collective par la loi. Or la mort est très présente aujourd'hui. Mais cette crainte systémique se rapproche plus de la terreur que de la peur Hobbesienne. La terreur ne pousse donc pas à se regrouper et à calculer, elle est l'inverse de la peur Hobbesienne. Celle-ci est déraisonnable parce qu'en dehors du confinement, il y a toujours un risque d'attraper le coronavirus. La Terreur implique une définition très individualiste des droits. Le citoyen préfère dès lors prendre le risque de l'application StopCovid plutôt que de s'exposer à cette mort abstraite.

**RJSP : L'utilisation résulterait donc plus par la peur de la mort, que par méconnaissance des risques ?**

**AG :** Exactement. Cela m'amène à une troisième observation. En tant que juristes, que pouvons-nous inventer face à un objet évolutif et obscur. La CNIL joue évidemment un rôle positif mais est-il pour autant suffisant ?

Il faut instituer une fonction nouvelle qui serait une fonction de commissaires publics. Il s'agirait d'une petite commission composée d'informaticiens et de juristes comme des avocats. Elle serait présidée par un parlementaire. Elle aurait une possibilité interactive, très intrusive et assermentée de telle sorte qu'on ne puisse pas lui opposer le secret industriel. Celle-ci contrôlerait l'application.

Le peu que je comprends de la technique et de l'informatique, c'est qu'il n'y a pas une décision à proprement parler. Ce n'est

pas noir ou blanc, c'est rarement binaire. C'est un procédé plus complexe. Par conséquent, il faut des personnes capables de vérifier s'il n'existe pas des *backdoors* ou des failles de sécurité. La CNIL n'a pas la compétence pour le faire.

Plus encore pour nous juristes, cela nous oblige à penser le fondement des libertés publiques à l'aune de la société numérique. Comment garantir nos droits effectivement à l'ère de la surveillance ? C'est un paradigme particulier. Depuis quelques années maintenant, des nouvelles technologies de contrôle apparaissent. Elles sont développées par les grandes entreprises du numérique mais pas seulement. Elles sont extrêmement sophistiquées. Nous nous devons de les étudier dans une certaine temporalité si nous souhaitons en mesurer les effets et les contrôler.

Je serais rassuré de l'existence d'un tel commissariat public qui pourrait se rendre dans les réunions de l'entreprise, se faire communiquer les algorithmes. Elle serait l'organe de contrôle pour éviter les dérapages.

**RJSP : Sur ce rapport à la mort, cette terreur justement, ne risque-t-elle pas de développer auprès des citoyens un sentiment de vengeance, de quête de vérité ? C'est le « pourquoi » qui l'emporte aujourd'hui, plutôt que le « comment » ?**

**AG :** À vrai dire cela a déjà commencé avec les 66 recours devant la CJR, ou encore avec les dépôts de plainte contre les EHPAD. Cela démontre une transformation profonde de nos démocraties. Cette quête de la vérité est légitime mais nous percevons une confusion entre les registres du politique et du juridique. Le citoyen se sert du droit pénal comme d'un court-circuit institutionnel. La justice pénale peut à son corps défendant nourrir le populisme. Dans l'imaginaire commun, elle s'inscrit dans une logique assez sommaire de bourreau/victime. Il y a quelque chose de simple dans la justice pénale, un peu grossier même par rapports aux logiques civiles et constitutionnelles. On peut craindre une sorte de retour de l'archaïque.

Non seulement dans la recherche du bouc émissaire mais pas seulement. On ne croit plus en la mort naturelle, celle-ci a été voulue ou la résultante d'une négligence. Mais plus encore, la figure du bouc émissaire se transforme. Le bouc émissaire traditionnel, est une personne inoffensive qui va porter tous les péchés du monde. C'est par exemple, le migrant mexicain pour Trump, pour nous, cela fut successivement « les beurs », les migrants ou même « les gitans » voire les communistes. Or aujourd'hui la mise en cause des dirigeants et des gouvernants démontre cette métamorphose de la figure biblique. Dans cette optique, la recherche de responsabilité ne porte plus sur plus petit que nous, elle repose sur un plus grand que nous. D'un certain côté, nous reprochons au politique de ne pas être assez grand, de ne pas avoir su prévenir, de ne pas avoir été omniscient. Mais être omniscient, c'est une translation assez naïve des pouvoirs de dieu. Les reproches que l'on peut faire à nos gouvernants ne doivent avoir lieu que dans l'arène politique et non sur la scène pénale.

1. L'entretien a été réalisé le jeudi 28 mai 2020.

2. T. HOBBS (trad. G. MAIRET), *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, Paris, Gallimard, coll. « Folio essais », 2000.

**RJSP : N'est-ce pas un exemple, justement, du verrouillage des instruments permettant la mise en cause des responsables dans l'arène politique ?**

**AG :** Oui bien sûr, pour s'en persuader, il suffit de regarder les déclarations virulentes du Président du groupe les Républicains au Sénat sur la création des commissions d'enquête parlementaire, « l'opposition politique aboie très fort mais elle ne mord pas ». C'est exactement le contraire qu'il faudrait faire. Il faut être courtois mais incisif. Il y a un besoin nécessaire de comprendre pourquoi certaines décisions qui paraissent aberrantes ont été prises. Il y aura pour les décideurs une note politique à payer. Il faudra du *naming and shaming* politique, mais en s'assurant que les mis en cause puissent bien évidemment s'expliquer et se défendre. Nous ne devons basculer dans une logique sacrificielle pénale.

C'est un héritage direct du Gaullisme. En effet, de Gaulle n'aimait pas les partis. Cette désaffection transparaît dans l'hypertrophie de la fonction législative mais sous instigation de l'exécutif. Nos assemblées considèrent que gouverner c'est faire des lois. Mais pas seulement ! Gouverner, c'est aussi contrôler l'action publique et le respect du bien commun. Or le parlement ne peut plus prendre de motion politique, ni d'ordre du jour comme au temps de l'affaire Dreyfus. C'est en revitalisant la responsabilité politique de manière effective que l'on va pouvoir faire baisser la judiciarisation de notre jeu politique. L'exemple du parlement britannique à l'image des débats sur le Brexit pourrait servir de bonne base. Ce n'est donc pas en cassant le thermomètre que l'on fait baisser les températures, il faut des mesures de fond sur la vitalité de la démocratie mais il s'agit typiquement du mal français.

**RJSP : Pour la première fois, nous sommes sortis de la surpopulation carcérale, n'est-ce pas le moment venu de repenser la conception française de l'univers carcéral ? Cela ne démontre-t-il pas que l'encellulement individuel peut constituer un objectif atteignable ?**

**AG :** C'est une bonne nouvelle pour la justice. Les magistrats ont su réduire de 12 000 la population pénale en quelques semaines. Cela fait des décennies que nous réclamons un *numerus clausus*. Cela a été fait. J'espère qu'on va se tenir à cette politique très vertueuse. Dans une prison, sans surpopulation, on peut faire des choses, trouver du travail pénitentiaire. Il y a une dimension collective de la peine que je trouve très intéressante. Cette pause de l'inflation carcérale invite les juristes à réfléchir sur ce paramètre et éviter les errements du passé.

**RJSP : La distanciation sociale et le confinement ont poussé les juridictions vers un recours massif à la vidéo-conférence. Selon vous ce développement forcé est-il une chance pour la dématérialisation de la justice ? Comment concilier la justice rendue par écran avec la publicité des débats et l'égalité des armes ?**

**AG :** La justice a osé conduire des audiences sur Zoom, Teams ou Skype. C'est une petite révolution qui soulève plusieurs problèmes. Il y a des questions techniques notamment sur l'égalité des armes. Est-elle valablement respectée alors que nous ne sommes pas tous égaux face aux instruments numériques. Ou encore, de manière insoupçonnée, la question du fond d'écran qui peut parfois trahir un discours. Vous avez peut-être vu le scandale soulevé par cette star d'Hollywood faisant une conférence sur l'écologie et le bien commun alors que dans sa bibliothèque, il y avait des documentations sur les grands fonds requins de Wall Street. Nos intérieurs ont donc des effets sociaux malgré eux.

Plus encore, le défi lancé est celui d'une déspatialisation de la justice. Le confinement a limité l'accès physique aux salles d'audience. Cette privatisation a mis en exergue à quel point l'espace physique judiciaire est important. Bien sûr, on a quand même maintenu quelques audiences essentielles. Il nous faut se servir des vidéoconférences comme un objet de réflexion plus que comme une véritable politique publique.

Que devient la publicité lorsque tout le monde peut voir un procès via internet ? La scène de justice est un lieu où nous

sommes venus pour nous rassembler. L'expérience de la justice commence lorsque l'on prend la décision de prendre les transports pour attendre et s'installer dans une salle inconfortable pour assister à quelque chose. Ici se dessine, une triple relation entre l'espace, le corps et la scène judiciaire.

Or la scène physique réunit dans un espace-temps, des acteurs en chair et en os et donne une expérience beaucoup plus élargie que ce que l'on voit sur un écran. Il y a tout le *body langage*. Jean-Denis Bredin disait à ce propos que « dans le fond, bien plaider, c'est écouter celui qui écoute ». L'avocat et le ministère public doivent s'adapter à leur auditoire et à celui qu'ils cherchent à convaincre. De même, dans une salle d'audience, tous les avocats portent la même robe, ce qui cache les inégalités de fortune. A l'inverse, voir à travers un écran, par exemple, l'intérieur d'une *chambers* anglaise, très prospère, avec une bibliothèque très fournie va créer une autre impression que le spectacle d'une personne lambda qui essaie tant bien que mal de se connecter à la salle d'audience virtuelle.

Il est essentiel d'approfondir cette réflexion autour des liens entre la spatialité et le corps qu'opère l'espace concret par rapport à l'expérience d'un écran. En définitive, il ne faut pas discréditer ce type d'audience virtuelle mais en faire une utilisation réfléchie sans parler des problèmes de sécurité sous-jacents.

Nous nous devons de délimiter la différence entre offrir un spectacle physique aux citoyens et livrer un contenu numérique à des consommateurs. Dans la présence, ce n'est pas simplement une affaire de *body-langage*, il y a également une expérience du temps. Par exemple, dans un procès d'assise, lorsqu'on vit un moment historique, on a cette étrange impression, que le temps s'est arrêté. Le temps est intimidé par quelque chose qui le dépasse. Cela ne peut se produire qu'en présentiel et non par écran interposé.

**RJSP : Au cours du débat sur les atteintes aux libertés résultant de l'État d'urgence sanitaire, la CESDH ou la CEDH ont été totalement absentes du débat. N'est-ce finalement qu'une Cour utile « en temps de paix sans autorité morale » ? Comment expliquer ce silence ?**

**AG :** Par certains côtés, la loi biologique de la vie et de la mort l'a emporté sur les considérations juridiques. Gardons en tête cette magnifique phrase de Camus : « *tout le monde, depuis le directeur jusqu'au dernier détenu, était condamné et, pour la première fois peut-être, il régnait dans la prison une justice absolue.* » Les juristes, pas plus que les intellectuels d'ailleurs, n'ont véritablement compris le moment qu'ils vivaient. Ils ont parlé par métaphore. Par exemple, « le confinement est une atteinte aux libertés individuelles », certes, mais quand ce sont des urgentistes qui demandent cela, ce n'est pas le pouvoir avec ses grosses bottes. C'est assez inadéquat.

**RJSP : N'est-ce pas la preuve que le confinement est un obstacle épistémologique ?**

**AG :** Exactement, nous avons usé des métaphores pour décrire l'impact du réel sur nos schèmes de pensée. À mon sens, nous avons vécu un moment de suspend en raison de ce diktat de la loi biologique. Par conséquent au cours du confinement, « le droit était en arrêt maladie » Mais les rapports sociaux dans leurs ensembles étaient à l'arrêt.

Nous avons fait une économie sans rareté et des relations internationales à frontières fermées. Ce moment de suspension est très révélateur des logiques économiques, politiques, juridiques et internationales. Celles-ci sont perçues comme des contraintes sur le réel. Pierre Hassner disait « *on aimerait tellement qu'il n'y ait pas de relations internationales* ». On préférerait avoir un voisin moins belliqueux or nous devons faire avec. L'économie, le constat est identique, la dette il faudra bien la payer. Dans la sphère juridique classique, ce syndrome transparaît encore plus nettement. La plupart des livres de droit français et il s'agit d'une grande caractéristique commune à tous les droits français n'évoquent pas l'économie et encore moins l'international. La doctrine française a parfois une certaine propension à ignorer le réel. Nous avons donc

vécu un moment de suspens du droit où il fallait que les juristes tiennent bon. Ils n'ont pas toujours réussi. Nous n'aurions jamais dû prolonger les détentions provisoires automatiquement car c'est un procédé visant à affirmer qu'en temps de crise, la liberté n'est plus essentielle. La liberté un bien non essentiel ? Ce n'est pas acceptable. L'arrêt rendu par la Cour de cassation le rappelle.

Dans cette même veine, ne soyons pas sévères envers l'Europe ou la CEDH. Aujourd'hui, nous sortons progressivement de l'anesthésie et nous reprenons peu à peu nos sens. Syndicats, relations internationales reprennent leur voix. Encore plus dans cette crise où les tensions s'accroissent, l'Europe doit trouver sa place. C'est une nécessité. De fait, Ce n'est pas étonnant que la CEDH n'ait pas communiqué pendant ces 55 jours mais j'espère qu'elle va se positionner, un peu à l'image de la Cour de cassation. Gardons-la encore en tête que la justice est la fille du temps.

Le moment de la justice est un moment rétrospectif, c'est le moment des commissions parlementaires. C'est juger le passé pour préparer l'avenir en assumant nos erreurs. Que fera donc la CEDH ? C'est la question qui est devant nous.

Par exemple, du côté du droit constitutionnel américain, le contrôle des actes de guerre par la Cour suprême a pris du temps à travers les arrêts post 11 septembre concernant les arrêts relatifs à Guantánamo. Le droit se construit toujours avec un temps de retard.

**RJSP :** Dans votre émission *Matière à penser*, vous aviez réalisé un épisode intitulé « Faut-il craindre une extraterritorialité du droit chinois » ? Votre intervenante concluait qu'« il ne faut pas dramatiser les éléments relatifs à l'extraterritorialité que l'on peut trouver dans le droit chinois. La Chine n'est pas la seule à faire cela. » Pensez-vous, qu'à la lumière de l'épidémie de la COVID-19, ce constat est toujours valable ? Notre dépendance sanitaire ne risque-t-elle pas d'accroître plus encore l'imposition d'un corps de règles unilatérales sur nos entreprises ?

**AG :** Il faut nous habituer à penser en termes de rapport Chine / États-Unis. Beaucoup de commentateurs annoncent que le cœur de la bataille sino-américaine, c'est la norme ou plutôt la puissance normative voire normalisatrice notamment par la technologie.

Pour votre génération de juristes, comprendre les enjeux normatifs et leurs implications intellectuelles est primordial pour envisager de penser le monde de demain. Or contrairement aux apparences, ce sont des questions profondément juridiques. Elles sont juridiques mais convoquent une nouvelle forme de droit. Ce que j'ai trouvé passionnant dans l'extraterritorialité du droit américain et du droit chinois, ce sont les résurgences concrètes. Par exemple, si la Chine prend l'ascendant sur les USA dans la mise en place des antennes 5G, elle paramètrera une partie du monde. Nous aurons beaucoup de mal à réintroduire de la réflexivité juridique sur cette « *normation* » du réel. Afin d'aller à l'assaut de ces défis, nous devons développer d'autres catégories juridiques. Parmi les juristes, il existe un décalage croissant entre les catégories juridiques (droit public, droit privé etc...) et la réalité. Il en découle un vaste champ de réflexion.

Les pouvoirs américain et chinois ne sont pas équivalents. D'un côté, il y a un État qui est fondé sur la liberté alors que l'autre est structuré autour de la force de pénétration et de contrôle du pouvoir central. Ça change tout. Les Américains ont tous les défauts, mais ils restent le pays de la liberté et c'est pour cette raison que l'arrivée de Trump a affaibli le *soft power* américain. Il n'empêche que dans cet État, la liberté demeure. En tant que juriste, et pour moi cette qualité est indissociable de l'attachement à la forme et donc à la liberté, ces deux pouvoirs ne seront jamais équivalents.

**RJSP :** Pour penser ces nouveaux défis juridiques, ne devons-nous pas dépasser l'épistémologie aristotélicienne ?

**AG :** Effectivement, il nous faut passer d'une épistémologie aristotélicienne à une épistémologie moderne... Le fait de

ramener un événement à une catégorie générale, c'est l'épistémologie d'Aristote. Il y a les lois générales de la nature qui expliquent le fonctionnement de la nature. La modernité ne dispose pas de lois a priori, elle les découvre par la mise en série des phénomènes observés dans le réel et les rapatrie dans un ordre d'intelligibilité que l'on appellerait catégorie.

Un juriste moderne doit faire le deuil de ses dogmes pour prêter plus d'attention au réel. C'est en passant par des catégories non juridiques comme celles de formes de vérité chez Foucault, ou comme celle de formes symboliques pour Ernst Cassirer que nous pourrions appréhender les nouveaux rapports normatifs qui se dessinent. Cassirer – c'est moins vrai pour Foucault – approfondit les critères de la légalité kantienne. Nous ne devons plus partir d'un critère de juridicité a priori, qui constitue le cœur de la méthode aristotélicienne. En suivant ce précepte, le juriste français délimite alors strictement ce qui relève de la sphère juridique et de la sphère technique sans tenir compte des bouleversements du monde dans lequel il vit. Et lorsque technique et droit se côtoient et s'enchevêtrent, le juriste classiciste se protège en déclarant que ce n'est plus du droit.

Alors qu'au contraire dans la technique, dans la donnée, il y a une force de légalité que le droit doit dompter en quelque sorte. La normalisation technique produit du droit car il s'agit d'une capacité à faire plier les comportements. Il y a un donc un formidable travail à faire mais qui doit, hélas, commencer par un immense deuil de la sécurité de nos *summa divisio*, de nos anciens gros livres que l'on appréciait tant (lorsqu'on les maîtrisait !). C'est pour ces raisons que l'usage du terme « état d'exception » pour décrire l'État d'urgence sanitaire sonne un peu faux. Il y a une dérogation aux lois ordinaires mais non sous le coup d'un pouvoir qui réaffirme sa souveraineté mais sous les diktats de la loi biologique dont l'État se fait le sergent.

**RJSP :** Le droit selon la doctrine n'est-il pas voué à terme à se méfier des qualifications politiques ?

**AG :** Oui, mais cela s'explique par nos traditions. Dans la conception romano-canonique, le droit est un ensemble de règles cohérentes, abstraites et tout notre travail de juriste consiste à faire correspondre le réel à ces catégories. C'est notre côté aristotélicien. La méthode du précédent, des cas, c'est fondamentalement le contraire. On trouve du droit dans les réglementations techniques, il faut arriver à penser une manière d'accorder notre souci du bien commun dans ce fatras et arriver à trouver des régularités qui nous permettront, à terme, d'offrir une matière pour y appliquer des principes.

**RJSP :** En vous écoutant, nous avons l'impression que la hiérarchie des normes s'efface ?

**AG :** Non, mais elle doit se construire et se reconstruire chaque jour ; elle n'est pas donnée a priori. Certains universitaires refusent de l'admettre. Au lieu de comprendre juridiquement le réel, ils lui reprochent de ne pas rentrer dans les cases du droit français. Ils en concluent que ces mécanismes ne sont tout simplement pas juridiques.

Or nous rentrons progressivement dans le paradigme de l'adaptation de la norme à la réalité. L'État chinois et l'État américain arrivent à s'adapter et rattrapent le train du réel du temps. Alors que le droit français et ses partisans rejettent les éléments qu'ils n'arrivent pas à conceptualiser. C'est dommage mais il s'agit du tableau de la doctrine française d'aujourd'hui. Et cela pourrait avoir des conséquences désastreuses pour notre souveraineté.

Nous l'avons vu pendant la crise sanitaire et on le verra encore plus demain en temps non plus de Covid-19 mais dans un temps de tension normative. Dans ce combat de la norme, il y a une prétention à encadrer le monde. C'est ça l'extraterritorialité. Mais l'encadrement du monde ne se fera pas par les soldats, elle se fera par nos smartphones, nos objets connectés, par nos langages informatiques. C'est donc défi qui nous attend après la Covid. C'est un enjeu formidable et il vous appartient de le saisir. ■

## 12 L'État actionnaire



Antoine GOSSET-GRAINVILLE,

Avocat associé du cabinet BDGS Associés  
au sein du département concurrence et régulation,  
inscrit aux barreaux de Paris et de Bruxelles

**Revue des Juristes de Sciences Po : Comment définir la doctrine de l'État actionnaire ? N'y a-t-il pas une tension entre la qualité d'État et celle d'actionnaire ?**

**Antoine Gosset-Grainville :** La question de l'État actionnaire et de son rôle se pose de manière assez particulière en France parce que l'État est très présent au capital des entreprises (voir *Schéma n° 1 page suivante*), plus que ça ne peut être le cas dans d'autres pays. Il y a une problématique originale qui découle de la contradiction apparente entre le rôle de l'État comme puissance publique et comme régulateur d'un côté, et le fait que ce même État puisse être actionnaire d'entreprises d'un secteur concurrentiel de l'autre. Mais cette contradiction apparente s'est finalement résolue au cours du temps en France, à travers une doctrine spécifique de l'État actionnaire qui s'est progressivement affinée pour concilier ces deux rôles et qui s'est mise en place avec un certain nombre de priorités et de principes d'action.

**RJSP : Quand vous dites « doctrine spécifique de l'État actionnaire », faites-vous référence aux Lignes directrices de l'Agence des participations de l'État (« APE ») éditées en 2014 et 2017 ?**

**AG-G :** Précisément, avec l'idée que l'État n'a pas vocation à être actionnaire de toute sorte d'entreprises. Il y a des cas dans lesquels sa présence au capital est justifiée, mais en même temps, il faut que cette doctrine soit très souple et très évolutive dans sa mise en œuvre car les circonstances économiques et la globalisation conduisent à des cas de figure qui n'avaient pas été imaginés en temps normal. Les événements liés à la crise du Covid-19 et à la pérennité de grandes entreprises stratégiques en sont une illustration très claire.

**RJSP : Peut-on par exemple penser à une nationalisation partielle d'Air France ?**

**AG-G :** Je ne peux pas parler de cas particuliers car, en tant qu'avocat, j'interviens dans de nombreux dossiers, mais sur le principe, et sans viser telle ou telle entreprise en particulier, c'est de cela dont il s'agit.

**RJSP : Vous parliez tout à l'heure de régulation et d'État actionnaire, opposez-vous les deux termes ou alors suggérez-vous que l'on ne peut pas considérer *in fine* la propriété comme une sorte de régulation parmi d'autres ?**

**AG-G :** Cela a pu être le cas. Il y a eu y avoir soit une doctrine qui consiste à dire que la présence au capital est un moyen de réguler l'économie, soit une absence de réflexion très élaborée avec une confusion des rôles d'actionnaire et de régulateur. Je pense qu'il faut bien les distinguer ; lorsque l'État intervient comme actionnaire dans une entreprise, il le fait dans des conditions particulières du fait de son statut d'État (approche à long terme, exemplarité, transparence, etc. – toute une série de valeurs qu'il peut essayer de favoriser par son rôle d'actionnaire), cependant lorsqu'il doit intervenir comme

régulateur, ce n'est pas par sa présence au capital des entreprises qu'il peut le faire au mieux, mais par d'autres formes de régulation. La difficulté est évidemment de concilier ces rôles différents lorsqu'il est actionnaire d'une entreprise qui est-elle même active dans un secteur très régulé.

**RJSP : N'est-ce pas finalement le droit européen, notamment à travers le droit de la concurrence, tel que vous le suggérez dans l'un de vos articles<sup>1</sup>, qui a catalysé la création de cette doctrine de l'État actionnaire en mettant ce dernier face à ses ambiguïtés relatives aux grandes décisions concernant les aides d'État ? Par exemple, n'est-ce pas le droit de la concurrence qui incite à la transparence ?**

**AG-G :** Je suis assez d'accord. Je pense que le droit de la concurrence est consubstantiel à l'économie de marché. En fait, les politiques publiques ne doivent pas tant viser à ouvrir les marchés qu'à construire des marchés avec des règles et des disciplines, là où elles sont nécessaires.

La première de ces disciplines pour avoir une économie de marché qui fonctionne bien est un droit de la concurrence qui soit efficace et effectif. En Europe, la politique de concurrence est plus raffinée que dans les autres grandes régions économiques du monde parce qu'au contrôle des abus de position dominante et des ententes antitrust, s'ajoute en plus un contrôle des interventions financières des États à travers les aides d'État. Le marché intérieur est l'outil le plus élaboré. Le terme de catalyseur me paraît très pertinent à cet égard. Le droit de la concurrence catalyse, encadre et permet de concilier le rôle d'actionnaire de l'État avec l'économie de marché. Toutefois, le droit de la concurrence n'épuise pas les besoins de régulation. Dans beaucoup de secteurs, la régulation doit aller bien au-delà du simple respect des règles de concurrence. Il faut simplement s'assurer qu'il n'y ait pas de contradiction entre les différentes exigences ; ce qui n'est pas toujours facile.

**RJSP : Quels sont, selon vous, les exemples les plus évocateurs de ce caractère ambivalent de l'État actionnaire ?**

**AG-G :** Si vous prenez le marché de l'énergie, la régulation de la production en Europe depuis vingt ans a été guidée par la volonté d'ouvrir le marché, de lutter contre les monopoles, de diversifier l'offre, mais parfois au prix de contorsions compliquées, y compris lorsque cette régulation conduisait finalement à l'augmentation des prix. C'est tout le paradoxe des monopoles naturels. Ils permettent, lorsqu'ils sont correctement régulés, de fournir des biens et des services à un prix qui peut être plus optimal que dans un cadre concurrentiel formellement pur.

1. A. GOSSET-GRAINVILLE, « Le droit de la concurrence peut-il jouer un rôle d'interrégulateur ? », in M.-A. FRISON-ROCHE, *Droit et économie de la régulation*, 3, 2005, pp 151-159.

Schéma n° 1 : Les principales participations publiques dans les entreprises



**RJSP : Quand on parle d'État actionnaire, quels sont concrètement les acteurs de cet actionariat ?**

**AG-G :** Il faut savoir quelle définition on donne de l'État actionnaire. *Stricto sensu*, il s'agit de l'Agence des participations de l'État qui est l'instrument de la mise en œuvre de la politique d'État actionnaire. Dans une définition plus large, cela englobe également la Caisse des dépôts et consignations et la Bpifrance.

**RJSP : Cette acception large a-t-elle été celle qui a été appliquée dans les années 2010-2014 ?**

**AG-G :** Non, c'est antérieur. Si on prend d'abord l'État actionnaire au sens strict, dans le cas de la gestion du portefeuille de participation porté par l'APE, l'instrument de mise en œuvre de cette politique est l'APE elle-même et la définition de sa politique est le plus souvent interministérielle, associant au ministère des finances le ministère des transports pour des entreprises comme la SNCF, la RATP ou Air France, et le ministère de l'énergie ou encore le ministère de la défense évidemment. Étant donné la sensibilité de ces questions et le caractère éminemment stratégique des activités dont il s'agit, les acteurs de l'État actionnaire remontent, dès que cela est justifié, au plus haut niveau de l'État. Voilà pour l'État actionnaire *stricto sensu*.

Ensuite, si l'on prend la sphère publique plus largement, même en remontant à 1945, l'actionnaire public n'a pas seulement été l'État, mais également la Caisse des dépôts et consignations. Celle-ci a été présente depuis lors comme actionnaire financier au capital de toutes les grandes entreprises privées françaises et elle n'hésite pas à intervenir dès que cela est nécessaire pour défendre telle ou telle entreprise ou pour accompagner le développement ou l'évolution de telle autre. C'est quelque chose qui remonte très loin dans le temps, mais qui s'est affiné et organisé à la suite de la grande crise de 2008, notamment avec la création du Fond stratégique d'investissement. Ce dernier a d'abord été co-détenu et co-contrôlé par l'État et la Caisse des dépôts et consignations, puis par la Bpifrance, en vue de professionnaliser et d'identifier sur le long terme le rôle de la puissance publique dans l'actionariat des entreprises. Il y a une complémentarité en principe entre l'APE, la Bpifrance et la Caisse des dépôts et consignations, chacun intervenant dans son couloir. Il y a parfois des zones de recoupement mais, en réalité, les doctrines sont plutôt complémentaires que concurrentes.

**RJSP :** Par vos expériences passées à la Caisse des dépôts et consignations, voyez-vous des pistes d'évolution pour l'actionnariat de l'État français ?

**AG-G :** Je pense que la présence des acteurs publics au capital des grandes entreprises du secteur concurrentiel va durer et va même s'intensifier dans les années qui viennent dans le cadre du nouveau modèle socio-économique qui va émerger pour tirer les leçons de la crise du Covid-19. La mode n'est plus au désengagement massif, et presque de principe, de l'État du capital des entreprises.

**RJSP :** Concernant cette question nébuleuse de l'engagement ou du désengagement de principe, comment l'État utilise-t-il les mécanismes du droit des sociétés ? Y a-t-il même recours en réalité ?

**AG-G :** Je pense que là, pour le coup, l'État se comporte le plus possible comme un actionnaire ordinaire puisqu'il y est contraint par les règles européennes. Lorsque l'État est présent au capital d'une entreprise, il doit néanmoins respecter toutes les exigences de bonne gouvernance, et même être exemplaire sur ce point. Au-delà, le droit des sociétés est un cadre qui s'impose à l'État actionnaire et qu'il doit s'efforcer de respecter scrupuleusement.

**RJSP :** Qu'est-ce que le concept du test d'investisseur privé en économie de marché ?

**AG-G :** Le concept du test d'investisseur privé en économie de marché a été depuis deux décennies l'un des catalyseurs de la professionnalisation du rôle d'État actionnaire. Élaboré dans le cadre de la mise en œuvre des règles européennes sur les aides d'État, il vise à distinguer les interventions de l'État justifiées par son rôle normal d'actionnaire, de celles qui constituent des subventions publiques, même si elles s'apparentent à des apports en capital. Pour s'assurer qu'il exerçait son rôle d'actionnaire de manière avisé, l'État a progressivement été amené à affiner l'analyse économique de ses décisions (appréciation des risques, quantification des retours sur investissement anticipés, etc.) et également, lorsque cela est possible, de faire en sorte que des actionnaires privés interviennent à ses côtés et dans des conditions identiques, ce qui permet de présumer que ses décisions sont économiquement et financièrement fondées.

**RJSP :** Est-ce qu'il n'y aurait pas une contrariété entre l'intérêt de l'actionnaire et l'intérêt général ? On peut penser à l'exemple d'EADS, où l'intérêt social de l'entreprise aurait été de procéder à des licenciements pour des raisons politiques, mais l'Allemagne s'y était refusé.

**AG-G :** C'est parfois une difficulté que l'État peut avoir ; celle de concilier sa responsabilité d'actionnaire et de défense de son intérêt d'actionnaire avec l'intérêt social de l'entreprise –

qui peut amener à faire des restructurations parfois douloureuses – et le souci qu'il a d'être exemplaire sur le plan social, capitalistique etc. Il peut y avoir un conflit d'objectifs, la création d'une part de l'APE et de la Bpifrance d'autre part permet justement, en professionnalisant ce rôle d'actionnaire, de mieux gérer ces conflits.

**RJSP :** En reprenant l'exemple du plan horizontal, en privatisant des sociétés aéroportuaires alors qu'il en est encore l'actionnaire, l'État ne privilégie-t-il pas certaines de ces sociétés au détriment des autres ?

**AG-G :** Ce serait très difficile. S'il privilégiait par exemple sur un plan financier une entreprise au capital de laquelle il est présent par rapport à une entreprise totalement privée, l'État serait vite attaqué soit à Bruxelles sur le terrain des aides d'État, soit devant le juge administratif pour discrimination.

**RJSP :** Comment articulez-vous les opérations de privatisation, ou la doctrine de l'État actionnaire, avec le service public, dans la mesure où l'on assiste à une défiance structurelle envers l'État actionnaire de même qu'envers les SA de façon générale ? La gestion privée du service public et le droit de la concurrence ne participent-ils pas finalement à l'émergence d'une nouvelle loi de Rolland concernant la qualité du service public, comme le suggère une thèse défendue dans les années 1990-2000 ?

**AG-G :** C'est intéressant. En réalité, l'État a réussi à concilier assez efficacement dans les principes, les grandes lois de service public d'une part, et ses responsabilités d'actionnaire lorsqu'il est présent au capital d'entreprises dans les secteurs concernés d'autre part. Par la manière dont il exerce son rôle, il peut enrichir cette dimension d'intérêt général de son action. C'est d'ailleurs dans la doctrine de l'APE. Il y a des développements intéressants sur l'idée de promouvoir une conception exemplaire du rôle de l'État actionnaire, à la fois en termes de gouvernance, de prise en compte des exigences, des responsabilités sociales et environnementales et d'égalité des sexes ; toutes les valeurs sociétales qui sont de plus en plus promues au sein de l'entreprise. Il peut effectivement jouer un rôle d'avant-garde sur des aspects comme la politique de rémunération des dirigeants, ce qu'il fait actuellement comme chacun sait.

**RJSP :** En ce sens, est-ce que la raison d'être de l'entreprise, telle que développée dans la loi PACTE – cette idée de société à mission et de valeurs – ne serait-elle pas le renouveau de l'entreprise publique puisqu'elle a toujours eu cette finalité ?

**AG-G :** Je ne parlerais pas de renouveau mais je pense qu'il y a déjà un acquis, un savoir-faire dans beaucoup d'entreprises du secteur public qui ont posé les jalons de cette évolution législative et doctrinale. ■

## 13 Remarques sur les aspects juridiques de la « souveraineté numérique »



Florence G'SELL,  
Agrégée de droit privé,  
Professeur à l'Université de Lorraine  
et co-titulaire de la Chaire Digital,  
Gouvernance et Souveraineté de Sciences Po Paris

1 - Aujourd'hui en vogue<sup>1</sup>, l'expression de « souveraineté numérique » n'en reste pas moins relativement floue<sup>2</sup>. Elle accole deux termes qui semblent à première vue n'avoir rien à voir. Du bas latin *superanus* (« supérieur »), la souveraineté peut être définie, de manière générale, comme « l'attribut d'une instance telle que nul organe ne lui impose sa loi » ou, de manière plus restreinte, comme « l'attribut de l'être qui fonde l'autorité d'un État »<sup>3</sup>. Historiquement, la souveraineté s'est d'abord affirmée dans le champ religieux avant d'être liée, avec les traités de Westphalie de 1648, à l'idée d'État-Nation<sup>4</sup>. C'est Jean Bodin qui, en 1576, introduisit cette notion dans le discours philosophique et politique, en la définissant comme la « puissance absolue et perpétuelle d'une république »<sup>5</sup>. Après Bodin, le concept de souveraineté fut repris par les théoriciens du contrat social : Hobbes, Locke, Rousseau<sup>6</sup>, pour qui la souveraineté est d'abord celle du peuple. Telle est la conception que l'on retrouve dans la Constitution du 4 octobre 1958, dont l'article 3 dispose que « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ». Le peuple exerce donc sa souveraineté au travers d'un État organisé, qui détient l'autorité sur un territoire. C'est là que le recours à l'adjectif « numérique » peut étonner : comment une telle autorité peut-elle s'exercer dans le monde virtuel ?

2 - Le concept même de « souveraineté numérique » semble reposer sur l'hypothèse que « la puissance absolue et perpétuelle » évoquée par Bodin aurait changé de visage pour correspondre, à l'époque contemporaine, à un pouvoir exercé de manière dématérialisée, au moyen d'un traitement informatisé,

en réseau. Notre réalité hyperconnectée<sup>7</sup> serait le lieu d'une nouvelle forme de pouvoir, non plus exercé sur le territoire mais sur un univers virtuel indépendant de tout ancrage physique, conçu pour résister à l'emprise étatique<sup>8</sup>. Or de fait, ce monde numérique est aujourd'hui dominé non par les États, mais bien plutôt par ces plateformes à la puissance inédite, que l'on désigne souvent par l'acronyme GAFAM ou l'expression anglaise *Big Tech*. Ne serait-ce donc pas à leur sujet, bien plus qu'à propos des États, qu'il faudrait évoquer la « souveraineté numérique » ? Il semble, en réalité, que l'expression soit précisément employée pour désigner une forme de relégation provoquée par l'émergence de plateformes venant concurrencer les États et les difficultés rencontrées par ceux-ci pour assoir leur autorité sur les réseaux, le tout sur fond d'un rapport de force constant avec les géants technologiques.

3 - La notion de souveraineté est invoquée de nos jours, dit-on<sup>9</sup>, dans deux types de circonstances : d'une part, dans des contextes de bouleversements comme, par exemple, lorsqu'un peuple revendique sa souveraineté ; d'autre part, lorsque les États sont confrontés à des intrusions et entendent défendre leur souveraineté<sup>10</sup>. C'est dans ce second contexte que s'inscrit, manifestement, le succès contemporain de la notion de « souveraineté numérique ». Elle renvoie alors à cette dépossession d'un nouveau genre, qui se joue au sein d'un monde post-westphalien caractérisé non seulement par la montée en puissance des organisations internationales et l'interdépendance des États, mais aussi par la croissance des échanges internationaux et une globalisation économique accélérée par un essor technologique qui fait fi des frontières physiques<sup>11</sup>. Or cette course technologique effrénée fait la part belle aux États-Unis et aux fameux GAFAM, dont l'avance est indiscutable. Plusieurs conséquences découlent de cet état de fait.

4 - Tout d'abord, les États sont, de plus en plus, dépendants des entreprises technologiques, généralement américaines, pour pouvoir exercer leurs fonctions régaliennes<sup>12</sup>. En témoigne le choix, en 2016, dans la foulée de l'adoption de la loi renseigne-

1. Laurence Devillers, *La souveraineté numérique dans l'après-crise*, Ed. de l'Observatoire, 2020 ; *Comprendre la souveraineté numérique*, Cahiers Français n° 415, mai-juin 2020 ; Gérard Longuet, *Rapport de la commission d'enquête sur la souveraineté numérique*, Sénat, n° 7, 2019 ; Pauline Türk et Christian Vallar (dir.), *La souveraineté numérique, le concept, les enjeux*, Mare & Martin, janvier 2018 ; Annie Blandin-Obernesser, *Droits et souveraineté numérique en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2016 ; Pierre Bellanger, *La souveraineté numérique*, Stock, 2014 ; *Nouvelle stratégie pour l'Union européenne dans la gouvernance mondiale de l'internet* rapport d'information du Sénat, n°696, 2014 ; C. Morin-Desailly, *L'Union européenne, colonie du monde numérique ?*, rapport d'information, commission des affaires européennes du Sénat, n° 443, 2013 ; B. Benhamou et L. Sorbier, « Souveraineté et réseaux numériques », *Politique étrangère*, 2006/3.

2. Martin Untersinger, « Souveraineté numérique, histoire d'une notion », *Le Monde*, 21 novembre 2019.

3. Denis Piérard, « Souveraineté », *Quaderni*, n° 63, *Nouveaux mots du Pouvoirs*, 2007, pp. 87-89.

4. Jean-Gabriel Ganascia, Eric Germain, Claude Kirchner, *La souveraineté à l'ère du numérique, Rester maîtres de nos choix et de nos valeurs*, CERNA, 2018, spéc. p. 7 et s.

5. Jean Bodin, *Les six livres de la République*, 1576, Livre Premier, Chapitre VIII.

6. D. Piérard, art. préc., p. 87.

7. V. Luciano Floridi et alii *The Onlife Manifesto : Being human in a Hyperconnected Era*, Springer International Publishing, 2015.

8. Tim Wu, « Cyberspace sovereignty ? The Internet and the International System », *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 10, 1997.

9. D. Piérard, art. préc., p. 87.

10. D. Piérard, art. préc., p. 88.

11. Pauline Türk, « Définition et enjeux de la souveraineté numérique », in *Cahiers Français* n° 415, *Comprendre la souveraineté numérique*, préc.

12. Claire Landais, « Cyberdéfense : quelle stratégie pour la France ? », in *Cahiers Français* n° 415, *Comprendre la souveraineté numérique*, préc.

ment n° 2015-912 du 24 juillet 2015<sup>13</sup>, de recourir aux services de la société Palantir, créée par Peter Thiel et en partie financée par la CIA, pour épauler la DGSi dans la lutte anti-terroriste<sup>14</sup>. En témoigne également la décision récente d'accorder à la société Microsoft le droit d'héberger les données de santé des français dans le cadre du *Health Data Hub*, au motif qu'aucune solution française ne permettrait de recourir aux algorithmes d'intelligence artificielle les plus perfectionnés compte-tenu des retards européens<sup>15</sup>.

5 - Plus grave encore, les grands acteurs du numérique tendent à user de leur avancée technologique pour se lancer eux-mêmes dans l'exercice de fonctions traditionnellement réservées aux États. Les monopoles régaliens sont ainsi remis en cause, comme l'illustre le souhait de Facebook de battre monnaie par la création de la cryptomonnaie Libra<sup>16</sup>. De même, le développement de techniques fiables d'authentification de l'identité des personnes – telle Facebook Connect, très prisée des acteurs du e-commerce – constitue une concurrence pour des États qui accusent en la matière un retard bien réel. Si la France a, par exemple, décidé de réagir, en choisissant d'imposer un cahier des charges élaboré par l'ANSSI (Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information) et en développant ses propres plateformes (France Connect) et systèmes d'identité numérique (tel ALICEM)<sup>17</sup>, nul ne sait si cette stratégie permettra de l'emporter dans un monde globalisé qui évolue à grande vitesse et sans égard pour les standards nationaux.

6 - En effet, et enfin, la dépendance technologique envers des entreprises principalement américaines vient se greffer sur la difficulté traditionnelle qu'ont les États à travailler de concert. L'exemple récent des applications de traçage permettant de lutter contre l'épidémie de Covid19 en témoigne. Les États européens n'ont, à cet égard, pas su s'accorder sur la réponse à apporter à la mise à disposition, par Apple et Google, d'une interface de programmation permettant le développement d'applications de traçage. Si la France et le Royaume-Uni ont repoussé cette perspective en choisissant de développer leur propre application

centralisée, d'autres États européens, comme l'Italie, l'Autriche, l'Irlande, les Pays-Bas ou l'Allemagne ont opté pour un protocole décentralisé s'appuyant sur l'interface de Google et Apple<sup>18</sup>. Un tel manque de coordination, difficilement compréhensible au sein de l'Union européenne et dans le contexte d'une pandémie touchant toutes les populations, n'est pas de nature à renforcer les États face à la puissance de plus en plus écrasante des GAFAM.

7 - Concurrencés et contestés par des acteurs transnationaux dont la présence vient fragiliser leurs activités régaliennes, les États ont donc le plus grand mal à affirmer leur souveraineté. C'est alors de manière négative que l'expression de « souveraineté numérique » est le plus souvent employée, afin d'exprimer cette dépossession à laquelle il est pourtant difficile de se résigner. Pour autant, l'on pourrait imaginer une acception positive de l'expression, qui pourrait permettre d'affirmer, ou rappeler, que les États ont vocation à tenir toute leur place dans l'univers numérique<sup>19</sup>. C'est ainsi que le récent rapport du Sénat relatif à la souveraineté numérique la définit précisément comme « la capacité des États à agir dans le cyberspace »<sup>20</sup>. L'exercice de la souveraineté numérique revient alors à assoir l'autorité étatique sur les réseaux et les plateformes en adoptant des réglementations leur permettant de contrôler l'espace virtuel et d'y protéger leurs citoyens. Une autre approche positive de la souveraineté numérique renvoie à sa dimension populaire. Glissant du peuple vers les individus, la souveraineté pourrait être vue comme relevant des personnes, qui ont le droit de se déterminer<sup>21</sup>. Elle impliquerait alors la reconnaissance de nouveaux droits, tel le droit à la protection des données personnelles qui suppose des garanties effectives. Or ces garanties peuvent être menacées lorsque les données sont transférées vers un État tiers et se voient appliquer un régime juridique peu protecteur : la question du transfert des données constitue alors un véritable enjeu de souveraineté.

8 - Nous verrons donc successivement, dans cette perspective, les difficultés posées par ces deux approches « positives » de la souveraineté numérique : d'une part, le problème de la régulation des réseaux (1), d'autre part, la question délicate du transfert des données personnelles (2).

## 1. La difficile régulation des réseaux —

9 - L'affirmation de l'autorité étatique sur les réseaux suppose l'adaptation des traditionnelles souverainetés étatiques et nationales, ancrées sur le territoire, à cet espace sans frontières qu'est l'Internet. Or la toile échappe par nature à l'emprise étatique. La démocratisation de l'Internet, au début des années 1990, fut largement vécue comme une libération. On racontait alors que l'internet pourrait défaire les ordres juridiques existants et permettre à ses utilisateurs de s'en affranchir en créant des systèmes socio-technologiques auto-suffisants dont ils définiraient eux-mêmes les règles<sup>22</sup>. Les « cyberlibertariens » sou-

13. On se souvient que cette loi a prévu que le gouvernement peut imposer aux opérateurs de communications électroniques et aux fournisseurs de services sur internet la mise en œuvre sur leurs réseaux de traitements automatisés destinés à détecter des connexions susceptibles de révéler une menace terroriste (article L853-1 code de la sécurité intérieure). Si les algorithmes ne peuvent porter que sur des données de connexion et ne doivent pas permettre l'identification des personnes auxquelles ces données se rapportent, ils peuvent toutefois donner lieu à l'identification des personnes concernées si une menace est détectée. Seuls trois algorithmes ont, à ce jour, été mis en place. V. sur ce point le récent rapport de J.-M. Mis et L. Kervran, *Rapport d'information sur l'évaluation de la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement*, Assemblée Nationale, 10 juin 2020, n° 3069.

14. C. Hache et E. Paquette, « DGSi : les espions français replongent avec l'entreprise américaine Palantir », *L'Express*, 26 novembre 2019.

15. Le secrétaire d'État au numérique, Cédric O, a ainsi déclaré au Parlement « nous avons le choix entre prendre une solution française qui ne nous permettait pas de faire les recherches scientifiques que nous souhaitions faire sur les données santé. (...) Etant donné les retards européens dans le cloud, nous n'avions pas la possibilité de faire tourner des algorithmes d'intelligence artificielle aussi développés sur infrastructure française que sur infrastructure américaine », C. Treille, « *Health Data Hub* : des organisations dénoncent un passage en force du projet dans le contexte d'urgence sanitaire », ZDnet, 11 juin 2020, <https://www.zdnet.fr/actualites/health-data-hub-des-organisations-denoncent-un-passage-en-force-du-projet-dans-le-contexte-d-urgence-sanitaire-39905045.html>.

16. A. Piquard, « Libra : la France s'oppose au développement de la monnaie de Facebook « sur le sol européen » », *Le Monde*, 12 septembre 2019. V. égal. D.A. Zetzsche, R.P. Buckley, D.W. Arner, « Regulating LIBRA ; The Transformative Potential of Facebook's Cryptocurrency and Possible Regulatory Response », *European Banking Institute Working Paper Series 2019/44*.

17. Claire Landais, « Cyberdéfense : quelle stratégie pour la France ? », in *Cahiers Français* n° 415, *Comprendre la souveraineté numérique*, préc. ; v. égal. Christine Hennion et M. Jean-Michel Mis, rapport de la mission d'information sur l'identité numérique, n° 3190, 8 juillet 2020.

18. « Coronavirus : tour d'Europe des applications de traçage de contacts », *La Croix*, 3 juin 2020, <https://www.la-croix.com/Monde/Europe/INFORMATIQUE-Coronavirus-tour-dEurope-applications-tracage-contacts-2020-06-03-1201097309>

19. Pauline Türk, « La souveraineté des États à l'épreuve d'internet », *Revue du droit public*, 2013 n° 6.

20. G. Longuet, *Rapport d'information du Sénat*, préc. p. 16.

21. Pauline Türk, « Définition et enjeux de la souveraineté numérique », in *Cahiers Français* n° 415, *Comprendre la souveraineté numérique*, préc. ; P. Türk, « Le droit à l'auto-détermination informationnelle », *Revue Politeia*, 2017, n° 31.

22. Michèle Fink, *Blockchain regulation and governance in Europe*, Cambridge University Press, 2019, p. 43 et s. ; Esther Dyson et al., *Cyberspace and the American Dream : A Magna Carta for the Knowledge Age*, 1994.

naient que les autorités étatiques dominant les territoires géographiques ne pourraient s'imposer dans le cyberspace et devraient s'accoutumer à de nouvelles formes de régulations propres au monde virtuel<sup>23</sup>. La déclaration d'Indépendance du Cyberspace<sup>24</sup>, s'adressait aux « gouvernements du monde industriel » pour leur dire qu'ils ne pouvaient revendiquer aucune souveraineté (« *You have no sovereignty where we gather* ») et que l'ingérence étatique n'était pas seulement malvenue, mais impossible.

10 - Cette perspective libératrice négligeait pourtant l'importance de l'architecture de l'Internet<sup>25</sup>, dont les routeurs et les navigateurs sont principalement fabriqués par des entreprises américaines, et dont les instances de gouvernance, comme l'*Internet Architecture Board* (IAB), l'*Internet Engineering Task Force* (IETF), l'*Internet Society* (ISOC) ou le W3C, sont largement composée d'experts américains. L'ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*), chargée notamment de la coordination du système de nommage et d'adresse d'Internet, a été placée, jusqu'en 2016, sous le contrôle du Département du Commerce américain. Cette circonstance explique d'ailleurs le souhait, manifesté par certains États dont le Chine, de remplacer une auto-régulation donnant la part belle aux géants américains par un mode de gouvernance permettant de replacer l'Internet entre les mains des États-Nations, par exemple par l'adoption d'un nouveau protocole internet<sup>26</sup>. Par ailleurs, l'hypothèse libertarienne selon laquelle l'Internet ne pourrait être régulé a été réfutée, tant en théorie qu'en pratique. Jack Goldsmith et Tim Wu ont montré que l'Internet peut être régulé puisqu'il n'est pas entièrement décentralisé mais composé de points d'entrée qui peuvent constituer autant de points de contrôle (*regulatory access point*)<sup>27</sup>. Le cyberspace n'est pas purement abstrait ou désincarné, il met en relation des personnes physiques et morales qui ont une existence dans le monde réel, ce qui rend, précisément, la régulation possible. Les multiples réglementations adoptées depuis lors, comme la Directive (CE) 2000/31 sur le commerce électronique, le Règlement Général de Protection des Données ou la décision américaine de revenir sur la neutralité du réseau, témoignent de cette possibilité de réguler<sup>28</sup>. Il reste que le caractère transnational de plateformes en mesure de choisir leurs implantations et le système juridique qui leur sied a rendu leur régulation particulièrement délicate.

11 - Les pionniers de l'Internet n'avaient, en effet, sans doute pas prévu que l'expansion du web et sa démocratisation engendreraient l'apparition d'immenses plateformes dont la force de frappe est devenue, en une quinzaine d'années, colossale. Les plateformes d'intermédiation (Uber, AirBnB), de e-commerce (Amazon), les réseaux sociaux (Facebook, Twitter, Instagram) disposent aujourd'hui d'une présence mondiale et rassemblent des millions, voire des milliards, d'utilisateurs. Au premier trimestre 2020, Facebook comptait 2,6 milliards d'utilisateurs

actifs par mois et 1,73 milliard d'utilisateurs actifs par jour<sup>29</sup>. La puissance de telles plateformes est telle qu'on en vient à les comparer aux États, tant et si bien qu'en 2017, le Danemark n'a pas hésité à nommer un « ambassadeur technologique », diplomate de carrière, auprès des géants du numérique<sup>30</sup>. Il a également été suggéré qu'une plateforme comportant plus de 100 millions d'utilisateurs, en ce qu'elle se rapproche d'un État, devrait, de ce fait, être administrée selon des principes démocratiques<sup>31</sup>, par exemple par un conseil d'administration composé d'actionnaires, d'élus, d'utilisateurs et de développeurs<sup>32</sup>. Pour d'autres, le pouvoir colossal acquis par ces plateformes n'est pas tolérable et il conviendrait de les démanteler, une proposition formulée par exemple par la sénatrice américaine Elizabeth Warren<sup>33</sup>.

12 - Pour l'heure, les États s'efforcent de réguler les activités des acteurs de l'Internet à partir d'instruments classiques qui donnent le sentiment de trouver leurs limites. Deux exemples illustrent l'essoufflement des modes de régulation traditionnels dans le monde numérique : la régulation des plateformes par le droit de la concurrence (A) et le contrôle des contenus publiés sur les réseaux sociaux (B).

### A - La régulation des plateformes par le droit de la concurrence

13 - La difficulté posée par les plateformes ne tient pas qu'à leur taille ou à leur caractère transnational, mais aussi à la particularité de leur modèle d'affaire qui mêle marché multifacé, accès en ligne sur des applications propres et exploitation de données massives<sup>34</sup>. Au-delà de leur gigantisme et leur capacité d'être à la fois acteurs de la plateforme et maîtres de son architecture, les plateformes sont en mesure de capter une ressource particulièrement stratégique et valorisée : les données. Ce n'est donc pas un hasard si les autorités européennes ont déclenché, en juillet 2019, des investigations approfondies afin de déterminer si Amazon utilise les données collectées en ligne afin de privilégier la vente des produits de sa propre marque<sup>35</sup>. Aux États-Unis, les autorités, fédérales comme étatiques, mènent actuellement plusieurs enquêtes sur les possibles pratiques anti-concurrentielles des GAFA : le *Department of Justice* prépare ainsi des poursuites contre Google pendant que la *Federal Trade Commission* investigate sur les pratiques d'Amazon et la stratégie d'acquisition de Facebook<sup>36</sup>. La spécificité des plateformes appelle toutefois des réformes de fond.

23. David Post and David Johnson, « Law and Borders : The Rise of Law in Cyberspace » (1996) 48 *Stanford Law Review* 1367 ; David Post, « Anarchy, State, and the Internet : An Essay on Making Law in Cyberspace » (1995) *Journal of Online Law* art. 3.

24. John Perry Barlow, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, Electronic Frontier Foundation, 8 February 1996.

25. Bernard Benhamou, « Politique et architecture de l'Internet », *Revue Esprit*, mai 2006.

26. Madhumita Murgia and Anna Gross, « Inside China's controversial mission to reinvent the internet », *Financial Times*, March 27 2020.

27. Jack Goldsmith & Tim Wu, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, March 2006 ; v. égal. Tim Wu, « *Cyberspace sovereignty? The Internet and the International System* », *Harvard Journal of Law & Tech*, vol. 10, 1997 ; L. Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, 1999 et Code: Version 2.0, Basic Books, 2006 ; O. Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, 2002.

28. M. Fink op. cit. p. 45.

29. <https://www.journaldunet.com/ebusiness/le-nombre-d-utilisateurs-de-facebook-dans-le-monde/>

30. Martin Untersinger, « Un ambassadeur dans la Silicon Valley pour « conserver du pouvoir à l'ère numérique » », *Le Monde*, 6 juin 2018.

31. Jason Barrett Prado, « Taxonomizing platforms to scale regulation », November 18, 2019, <https://venturecommune.substack.com/p/taxonomizing-platforms-to-scale-regulation>.

32. Ben Tarnoff, « Platforms don't exist », November 22, 2019, <https://bentarnoff.substack.com/p/platforms-dont-exist>.

33. D. Leloup et A. Piquard, « Face aux appels à « casser » Google, Facebook, Amazon ou Apple, les défis du démantèlement », *Le Monde*, 29 octobre 2019.

34. Françoise Benhamou, « Quelle régulation face aux plateformes numériques ? », *Annales des Mines, Réalités Industrielles*, février 2018, p. 75. V. récemment, les préconisations du *Stigler Committee on Digital Platforms*, par Luigi Zingales et Filippo Maria Lancieri, 2019 : <https://www.publicknowledge.org/wp-content/uploads/2019/09/Stigler-Committee-on-Digital-Platforms-Final-Report.pdf>.

35. V. Pop et S. Schechner, « *Amazon to Face Antitrust Charges from EU over Over treatment of Third Party Sellers* », *Wall Street Journal*, June 11 2020 ; v. égal. F. G'sell, « La commission européenne et le modèle d'affaire d'Amazon », *Blog du Club des Juristes*, 26 juillet 2019.

36. Tony Romm and Elizabeth Dwoskin, « Facebook, Google and other tech giants to face antitrust investigation by House lawmakers », *The Washington Post*, June 3 2019.

14 - Depuis le début des années 1970, l'approche dominante, issue de l'École de Chicago<sup>37</sup> et notamment de l'ouvrage célèbre de Robert Bork, *The Antitrust Paradox*<sup>38</sup>, consistait à raisonner à partir du bien-être du consommateur et des prix qui lui sont proposés. Or les grandes plateformes, telles Amazon ou Uber, sont en mesure de proposer des prix particulièrement attractifs, ce qui peut conduire à conclure que le marché fonctionne correctement. Ceci est toutefois de plus en plus contesté au regard des pratiques de plateformes qui contrôlent tant l'architecture que l'accès au marché tout en y proposant également leurs propres biens et services. De nombreux experts ont ainsi, ces dernières années, appelé à appréhender à nouveaux frais les règles de concurrence pour les adapter aux spécificités de telles plateformes<sup>39</sup>. Aux États-Unis, Lina Kahn<sup>40</sup> a montré non seulement qu'Amazon pratique probablement des prix prédateurs inférieurs à ceux des vendeurs tiers mais aussi que son contrôle de l'infrastructure sur laquelle se déroulent les transactions lui confère un avantage que le droit antitrust classique ne permet pas de saisir et réguler. De même, Tim Wu invite à se détourner de la question des prix pour accorder davantage d'attention à la compétition<sup>41</sup>. Soulignant que les grandes plateformes, comme Google et Facebook, sont en quasi-monopole, il milite pour un retour à une approche plus traditionnelle de l'antitrust, qui n'exclurait pas l'éventualité d'un démantèlement, à l'image de la dissolution de la Standard Oil en 1911<sup>42</sup>. Dans la même veine, Elizabeth Warren propose que toute plateforme réalisant au moins 25 milliards de dollars de chiffre d'affaires annuel se voit interdire d'être à la fois propriétaire et participant de la plateforme<sup>43</sup>. Une réforme du droit antitrust pour l'adapter aux spécificités du numérique est également envisagée aux États-Unis, où le Congrès prépare un rapport qui devrait probablement déboucher sur une réforme du droit fédéral<sup>44</sup>.

15 - En Europe, la Commission Européenne souhaite réexaminer les règles de concurrence appliquées au sein de l'Union européenne. Cette stratégie, qui sera déclinée dans le futur paquet « *Digital Services Act* »<sup>45</sup>, devrait reposer sur trois axes. Le premier axe consisterait en une application ferme des règles de concurrence existantes. Le deuxième axe comporterait une nouvelle réglementation *ex ante* visant notamment les grandes plateformes servant de « *gatekeepers* » entre les consommateurs et les professionnels qui ont la possibilité d'empêcher les nouveaux entrants d'accéder au marché<sup>46</sup>. Cette nouvelle réglementation pourrait inclure l'obligation pour les plateformes de

partager les données relatives à leurs consommateurs avec leurs concurrents ou imposer des règles spécifiques à celles qui proposent à la fois une infrastructure et leurs services sur cette infrastructure. Le troisième axe correspondrait à un nouvel instrument en matière de concurrence qui pourrait prévoir la possibilité de démanteler les plus grandes plateformes ou permettrait de sanctionner des comportements non sanctionnés actuellement, tel un simple alignement des prix entre compétiteurs sans qu'une entente ait été conclue. Une consultation a été lancée, qui prendra fin le 8 septembre 2020 et devrait aboutir à l'adoption d'un texte d'ici à la fin de l'année 2020.

## B. - La régulation des contenus publiés sur les réseaux sociaux

16 - Les conditions dans lesquelles se sont déroulés l'élection présidentielle américaine de 2016 et le référendum sur le Brexit ont révélé non seulement l'impact des réseaux sociaux sur la vie démocratique mais aussi la possibilité d'une manipulation de l'opinion, le cas échéant par une puissance étrangère. Bien que constituant un enjeu de souveraineté, la régulation, par les États eux-mêmes, des contenus postés en ligne ne va cependant pas de soi face à des plateformes majoritairement américaines.

17 - Les réseaux sociaux sont, en effet, administrés par des sociétés américaines de droit privé, qui disposent, à ce titre, de la liberté de modérer elles-mêmes –ou non– les publications qui y figurent<sup>47</sup>. Echappant à toute responsabilité du fait des publications postées par leurs utilisateurs<sup>48</sup> tout en réalisant un profit substantiel grâce aux contenus sponsorisés et à la publicité, elles sont peu incitées à pratiquer la modération. Dans le contexte américain, l'auto-régulation paraît le seul modèle possible : une intervention étatique pour interdire certains types de publications serait contraire au Premier Amendement à la Constitution, qui n'autorise pas même l'interdiction de l'incitation à la haine raciale ou religieuse, les interventions de l'État devant rester neutres par rapport aux contenus exprimés<sup>49</sup>. La lutte contre la désinformation, le conspirationnisme ou les discours de haine dépend donc de la bonne volonté des plateformes, qui choisissent généralement de pratiquer une modération relative, sur le fondement de principes inclus dans leurs conditions d'utilisation. Des divergences d'approches apparaissent cependant. Alors que Twitter a renoncé à diffuser les contenus sponsorisés à caractère politique et adopté des pratiques de modération de plus en plus strictes qui s'appliquent jusqu'à Donald Trump<sup>50</sup>, Facebook refusait jusqu'à présent de renoncer à la manne que

37. David Spector, « L'économiste appelé à la barre : la régulation économique et juridique de la concurrence », *Revue de Sciences Humaines*, vol. 11, 2011, pp. 237-246.

38. Robert Bork, *The Antitrust Paradox, a policy at war with itself*, The free press, 1978.

39. J. Crémer, Y.A. de Montjoye et H.Schweitzer, « Competition policy for the digital era », Final report, European Union, 2019 ; Marion Panfili, « Plateformes numériques et concurrence », *Trésor-éco*, n° 250, novembre 2019 : <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Articles/7690058a-004-44a7-8aed-9a2ee5a04d51/files/c888861f-5516-4e4-b3ce-a96af66b3c34>.

40. Lina M. Kahn, « *Amazon's Antitrust Paradox* », *Yale Law Journal*, 2017, vol. 126 n° 3, pp. 564-907.

41. Tim Wu, *The Curse of Bigness : Antitrust in the New Gilded Age*, Columbia Global Reports, 2018.

42. *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

43. D. Leloup et A. Piquard, « Face aux appels à « casser » Google, Facebook, Amazon ou Apple, les défis du démantèlement », préc.

44. Tony Romm et Elizabeth Dwoskin, « Facebook, Google and other tech giants to face antitrust investigation by House lawmakers », *The Washington Post*, June 3 2019.

45. Ursula von der Leyden, « *A Union that strives for more. My agenda for Europe* », 2019 ; Commission Européenne, « *Shaping Europe's Digital Future* » February 19, 2020.

46. V. sur ce point le discours de la commissaire Vestager lors de la conférence Ascola du 26 juin 2020 : « Competition in a Digital Age : Changing Enforcement for Changing Times », <https://ec.europa.eu/commission/>

commissioners/2019-2024/vestager/announcements/competition-digital-age-changing-enforcement-changing-times\_en. V. égal. M. Vestager, « Defining market in a new age », Discours du 9 décembre 2019 : [https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/defining-markets-new-age\\_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/defining-markets-new-age_en) Pour la France, voir les propositions récemment formulées par la commission des affaires économiques sur les plateformes numériques : V. Faure-Muntian et D. Fasquelle, *Rapport d'information sur les plateformes numériques*, n° 3127, 24 juin 2020.

47. Voir, sur ce point la décision *Manhattan Community Access Corp. v. Halleck*, 587 U. S. \_\_\_ (2019) : la Cour Suprême y juge que les acteurs privés hébergeant des espaces de discussion ouverts au public sont libres de les modérer à leur discrétion.

48. Adoptée en 1996, la section 230 du *Communications Decency Act* (47 U.S.C. § 230) les qualifie d'hébergeurs, exclut leur responsabilité du fait des publications des utilisateurs, et les laisse libres de pratiquer à leur gré la modération au titre de l'« immunité du bon samaritain » selon laquelle la décision revenant à retirer ou restreindre l'accès à des contenus répréhensibles ne peut être sanctionnée si elle est prise de bonne foi.

49. *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

50. Florence G'sell, « Le casse-tête du contrôle des propos des personnages publics sur les réseaux sociaux », *Frenchweb*, 3 juin 2020.

constituent les publicités politiques et d'en vérifier la véracité<sup>51</sup>, tout en ayant récemment mis en place une « Cour Suprême » composée de personnalités, chargée de trancher les questions les plus épineuses relatives à la modération des publications. Cette démarche consistant à désigner une structure indépendante pour se prononcer sur la modération témoigne de la difficulté de la tâche et de l'embarras d'acteurs privés qui se trouvent en position d'arbitrer des débats publics, dans un contexte où le débat culmine à propos des publications des gouvernants<sup>52</sup>. Hostile à toute modération, le Président Trump a signé un *Executive Order* visant à priver d'immunité, en les qualifiant d'éditeurs, les réseaux sociaux pratiquant la modération<sup>53</sup>. De son côté, le candidat démocrate, Joe Biden serait prêt — au motif que certaines plateformes, comme Facebook, contribuent sciemment à propager des fausses informations<sup>54</sup> — à les rendre entièrement responsables du fait des publications par la suppression pure et simple de la section 230 du *Communications Decency Act*, ce qui aboutirait probablement à des politiques de modération extrêmement sévères, mais toujours à la discrétion des réseaux sociaux. Une approche médiane également évoquée consiste à renforcer la responsabilité des plateformes si elles n'agissent pas en présence de pornographie, pédophilie ou harcèlement. En juin 2020, le *Department of Justice* a ainsi émis une proposition de modification de la section 230 CDA permettant de sanctionner les plateformes qui n'agissent pas face à des contenus à caractère pédopornographique ou terroriste<sup>55</sup>.

18 - En Europe, et notamment en France, le contrôle des publications postées sur les réseaux sociaux n'est pas perçu comme relevant du libre-arbitre des plateformes mais, bien plutôt, de la loi et de l'autorité publique<sup>56</sup>. Comme aux États-Unis, les réseaux sociaux ne sont, en principe, pas civilement ou pénalement responsables du fait des publications des utilisateurs<sup>57</sup>. En revanche, ils deviennent responsables dès lors qu'ils avaient connaissance du caractère illicite de certains contenus ou qu'ils n'ont pas agi promptement pour les retirer alors qu'ils en avaient connaissance (article 6 LCEN). Ainsi incitées à la modération, qui se fait en référence à la loi, les plateformes ne sont toutefois pas tenues à la surveillance (article 6 I 7<sup>e</sup>), même si elles doivent mettre en place des modalités de signalement des contenus douteux et transmettre aux autorités publiques les éléments permettant de sanctionner les infractions les plus graves (apologie des crimes contre l'humanité, provocation au terrorisme, incitation à la violence etc.). La modération se fait sous l'œil du juge judiciaire, qui peut prescrire toute mesure propre à prévenir ou faire cesser un dommage (article 6 I 8<sup>e</sup>), mais aussi de l'autorité administrative qui peut demander aux hébergeurs de

retirer, dans un délai de 24h, les contenus à caractère pédopornographique ou terroriste (article 6-1 LCEN). La loi française du 22 décembre 2018 relative à la manipulation de l'information a, en outre, prévu la possibilité d'ordonner en référé, en période électorale, en présence d'une désinformation intentionnelle et de nature à altérer la sincérité du scrutin (article L 163-2 du Code électoral). La faveur donnée à la régulation étatique s'est encore intensifiée avec le vote de la loi dite Avia, votée le 13 mai 2020 et promulguée le 24 juin 2020<sup>58</sup>, visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet, qui obligeait les plateformes à retirer ou rendre inaccessibles, dans un délai de 24h suivant notification par tout internaute, certains contenus manifestement illicites comme les incitations à la haine, les injures à caractère raciste ou anti-religieuses, sous peine d'amende pouvant aller jusqu'à 250 000 euros par manquement, montant pouvant être multiplié par cinq en présence d'une personne morale. S'agissant des contenus à caractère terroriste ou pédopornographique, la loi imposait leur retrait dans le délai d'une heure après notification par l'autorité administrative. La loi prévoyait, par ailleurs, que le CSA pouvait prononcer une sanction pécuniaire pouvant aller jusqu'à 20 millions d'euros ou 4% du chiffre d'affaires annuel mondial total de la plateforme. L'ensemble de ces dispositions a toutefois été censuré par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 18 juin 2020<sup>59</sup> au motif que la loi comportait une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression, notamment parce que les délais et modalités de retrait prévus ne permettaient pas l'intervention effective d'un juge tout en obligeant les plateformes à apprécier elles-mêmes le caractère illicite des contenus signalés par les internautes. Compte-tenu de cette censure, la loi Avia du 24 juin 2020 a, pour finir, principalement créé un observatoire de la haine en ligne, exigé que les contenus pouvant engager la responsabilité des plateformes soient « manifestement illicites » et fait passer de 75000 euros à 250000 euros le montant des amendes encourues par les plateformes contrevenant aux articles 6 et 6-1 LCEN.

19 - Il reste qu'en cherchant à s'engager dans un contrôle accru, par les autorités publiques, des contenus postés sur les réseaux sociaux, la France a suivi l'Allemagne qui a, dès 2018, adopté la loi NetzDG (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz*) obligeant les plateformes comportant au moins 2 millions d'utilisateurs à supprimer, dans les 24 heures suivant notification, les contenus manifestement illicites (discours de haine, contenus diffamatoires ou incitations à la violence réprimés par le Code pénal allemand) sous peine d'encourir une amende pouvant aller jusqu'à 50 millions d'euros<sup>60</sup>. Le gouvernement fédéral allemand travaille d'ailleurs à une nouvelle loi visant à contraindre les plateformes à dénoncer aux autorités les infractions commises en ligne<sup>61</sup>. Il sera intéressant de voir si cette approche, qui contraste avec l'auto-régulation dominant aux États-Unis, pourra être suivie à l'échelle de l'Union européenne à l'heure de la révision des dispositions de la Directive (CE) 2000/31 sur le commerce électronique par le futur *Digital Services Act*. Pour l'instant, la Commission a toujours privilégié une approche non

51. Cela pourrait toutefois changer : M. Isaac et N. Corasaniti, « Facebook said to consider banning political ads », *New York Times*, July 10 2020.

52. M. Isaac et C. Kang, « While Twitter confronts Trump, Zuckerberg keeps Facebook out of it », *New York Times*, May 29, 2020.

53. White House, *Executive Order on Preventing Online Censorship*, May 28 2020. Cet *Executive Order* fait l'objet d'une contestation par le Center for Democracy & Technology sur le fondement du Premier Amendement : voir <https://cdt.org/>.

54. Cristiano Lima, « Biden : Tech's liability shield should be revoked immediately », *Politico*, 17 January 2020.

55. Tony Romm, « Justice Department recommends new legislation holding Facebook, Google and Twitter liable for some on line content », *The Washington Post*, June 17 2020.

56. S. Abiteboul et J. Cattan, « Nos réseaux sociaux, notre régulation », *Le Grand Continent*, 7 avril 2020. V. égal. le rapport de la mission « Régulation de réseaux sociaux – expérimentation Facebook », qui préconise la création d'une autorité administrative indépendante chargée de contrôler l'activité des plateformes : « Créer un cadre français de régulation des réseaux sociaux », mai 2019.

57. Article 14 de la Directive « e-commerce » n° 2000/31CE sur le commerce électronique, transposée en droit français par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (article 6 et 6-1).

58. Loi n° 2020-766, 24 juin 2020, visant à lutter contre les contenus haineux sur internet, JO 25 juin.

59. Cons. Const. 18 juin 2020, n° 2020-801 DC JO 25 juin.

60. Il s'agit principalement des propos à caractère terroriste, des discours diffamant des religions ou des organisations confessionnelles ou idéologiques, des symboles nazis etc.... Pour les contenus dont le caractère illicite est moins manifeste, un délai de 7 jours, voire plus, peut être accordé. F. G'sell, « Faut-il vraiment une loi contre les fake news ? », 17 janvier 2018 : [www.gsell.tech](http://www.gsell.tech).

61. G. Chazan, « Germany set to force social networks to report hate speech to police », *Financial Times*, February 19, 2020.

contraignante, à partir d'un Code de conduite<sup>62</sup> et des recommandations, tout en insistant sur la nécessité, pour les plateformes, de prendre leurs responsabilités sans se décharger sur les régulateurs<sup>63</sup>. Le *Digital Services Act*, aura en partie pour objet de redéfinir le rôle des plateformes et leur régime de responsabilité<sup>64</sup>.

## 2. La question du transfert des données

20 - A l'heure où les données constituent un actif stratégique<sup>65</sup>, leur possible transfert vers des États tiers et leur éventuelle soumission à des régimes juridiques moins protecteurs constituent un enjeu de souveraineté. D'ailleurs, si l'on voit la souveraineté comme étant d'abord celle du peuple, alors la souveraineté numérique est celle des utilisateurs du réseau qui doivent pouvoir exercer et préserver leur autonomie dans le cyberspace<sup>66</sup>, et se voir garantir le « droit à l'autodétermination informationnelle », dégagé par la Cour constitutionnelle fédérale allemande<sup>67</sup> puis consacré par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique dans l'article 1<sup>er</sup> de la loi informatique et libertés. Or dans un monde dominé par des plateformes transnationales établies aux États-Unis, ce « droit de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractères personnel » est particulièrement difficile à faire respecter. Ce problème aigu est particulièrement illustré par le transfert massif des données à l'extérieur des territoires où sont établies les personnes concernées, notamment vers les États-Unis (A) ce qui pose la question de la stratégie à suivre par l'Union européenne (B).

### A. - Le transfert des données personnelles vers les États-Unis

21 - Si, dès 1980, l'OCDE avait adopté des lignes directrices pour la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données à caractère personnel<sup>68</sup>, c'est surtout l'adoption de la Directive de 1995<sup>69</sup> qui a permis la mise en place de règles protégeant les citoyens européens contre le transfert incontrôlé de leurs données.<sup>70</sup> Le transfert massif de données vers les États-Unis a conduit à l'adoption des principes dits du « *Safe*

*Harbor* »<sup>71</sup> par le Département du commerce américain et la Commission européenne. Le principe était d'autoriser les flux de données personnelles en garantissant un niveau de protection « adéquat » au sens des textes européens. Les entreprises américaines pouvaient adhérer au programme en s'engageant à respecter sept principes généraux, comme l'information de la personne concernée, la possibilité de la personne de refuser le transfert de ses données ou le droit d'accès aux informations détenues. Le système reposait sur une forme d'auto-certification, sous le contrôle de la *Federal Trade Commission*, qui pouvait contrôler le respect effectif des principes et prononcer des sanctions<sup>72</sup>. En 2000, la Commission européenne reconnut le caractère « adéquat »<sup>73</sup> de la protection ainsi proposée, ce dont il découlait que les entreprises ayant adhéré au programme étaient autorisées à transférer les données personnelles sans que les États européens puissent s'y opposer. Malgré l'adoption, dès 2001, du *Patriot Act*<sup>74</sup> qui a donné aux agences fédérales américaines de larges pouvoirs de surveillance, il a fallu attendre les révélations d'Edward Snowden quant aux pratiques de la *National Security Agency* (NSA) pour que la Cour de Justice de l'Union européenne<sup>75</sup> finisse par juger, en 2015, que les principes du *Safe Harbor* ne garantissaient pas une protection adéquate aux citoyens européens au regard des circonstances intervenues postérieurement à l'adoption de la décision d'adéquation<sup>76</sup> et qu'une réglementation permettant aux autorités publiques d'accéder de manière généralisée au contenu de communications électroniques porte « atteinte au contenu essentiel du droit fondamental au respect de la vie privée, tel que garanti par l'article 7 de la Charte »<sup>77</sup>.

22 - À la suite de la décision invalidant le *Safe Harbor*<sup>78</sup>, la Commission européenne et les autorités fédérales américaines ont travaillé rapidement à un nouvel accord, baptisé « bouclier de protection des données », le *EU-US Privacy Shield*<sup>79</sup>. Dès le 12 juillet 2016<sup>80</sup>, et en dépit des réserves exprimées par le groupe de travail « article 29 »<sup>81</sup> et le Commissaire européen à la protection des données<sup>82</sup>, la Commission européenne a validé l'accord<sup>83</sup>. Les entreprises transférant des données personnelles vers les États-Unis ont alors été soumises à des obligations plus lourdes et à davantage de contrôle par le *Depart-*

62. Voir : *The EU Code of conduct on countering illegal hate speech online*, 30 juin 2016.

63. A. Piquard, « Derrière le débat Zuckerberg-Breton, l'enjeu de la régulation des plateformes », *Le Monde*, 19 mai 2020.

64. Dalloz actualité, 8 juin 2020, obs. N. Maximin.

65. « The world's most valuable resource is not oil, but data », *The Economist*, May 6th 2017 ; Soshana Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism*, Profile Book, 2019.

66. Pauline Türk, préc.

67. Cour constitutionnelle fédérale, 16 février 1983, *BVerfGE*, tome 62, p. 1 ; Analyse Fromont, *RD publ.* 1983, p. 954.

68. Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données, OCDE, 23 septembre 1980, not. points 17 et 18 ; V. Michel Vivant et Nathalie Poujol, « Informatique », in Répertoire de droit international, janvier 2019.

69. Directive n° 95/46/CE, not. articles 25 et 26 du chapitre IV intitulé « Transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers ». Les entreprises n'étaient pas autorisées à transférer des données personnelles hors de l'espace économique européen, à moins que le pays tiers recevant les données présente un niveau de protection adéquat ou que le transfert soit autorisé par la personne concernée ou prévu par des règles d'entreprises obligatoires ou des clauses contractuelles types approuvées par la Commission.

70. Ce texte a été transposé en droit français par la 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, dans un chapitre XII de la loi « Informatique et Libertés » de 1978, intitulé « Transferts de données à caractère personnel vers des États n'appartenant pas à la Communauté européenne ». V not. les articles 68 et 69 de la loi du 6 janvier 1978 ainsi modifiée en 2004.

71. V. Costes, « Les nouveaux principes du « Safe harbor » régissant les flux transfrontières de données entre l'Union européenne et les États-Unis », *Bull. Lamy*, nov. 2000 (G).

72. par ex., à l'égard de l'entreprise californienne, *Balls of Kryptonite*, qui se faisait passer pour britannique aux yeux des consommateurs : *FTC v. Balls of Kryptonite*, US District Court for the Central District of California, May 20, 2011.

73. Décision n° 2000/520/CE du 26 juill. 2000, JOCE, n° L 215, 25 août.

74. 115 Stat. 272 (2001).

75. CJUE 6 oct. 2015, aff. Schrems, aff. C-362/14, CCE 2015, n° 11, comm. 94, note A. Debet ; CCE 2015, n° 2, Études 21, obs. R. Perray et J. Uzan-Naulin ; D. 2016. 88, note C. Castets-Renard ; D. 2016. 111, note B. Hafel ; JCP 2015, J. 1258, note A. Debet ; RLDI 2015/120, n° 3853, obs. E. Derieux ; n° 3854, obs. M. Quémener ; n° 3867, obs. Y. Padova.

76. CJUE, 6 oct. 2015, préc., pt. 77.

77. CJUE, 6 oct. 2015, préc., pt. 94.

78. CNIL, « Safe Harbor : que doivent faire les entreprises ? », 19 nov. 2015.

79. Céline Castets-Renard, « Adoption du *Privacy Shield* : des raisons de douter de la solidité de cet accord », *Dalloz IP/IT* 2016, p.444 ; « Quels liens établir entre les USA et l'UE en matière de vie privée et de protection des données personnelles ? », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 115..

80. Décis. (UE) n° 2016/1250 de la Commission du 12 juill. 2016 relative à l'adéquation de la protection assurée par le bouclier de protection des données UE-États-Unis, C(2016) 4176, CCE 2016, n° 10, comm. 85, note N. Metallinos ; D. 2016. 1696, Entretien C. Castets-Renard. – V. aussi RLDI, juin 2016/127, n° 4012, Étude Y. Padova.

81. Avis WP 238 du 13 avril 2016.

82. Opinion 4/2016 du 30 mai 2016.

83. Décision d'exécution UE 2016/1250 du 12 juillet 2016. La contestation se poursuit toutefois avec une nouvelle affaire pendant devant la Cour de Justice : *Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Limited*, *Maximilian Schrems* (Case C-311/18).

ment of Commerce et la *Federal Trade Commission*. La conclusion du *Privacy Shield* est intervenue au moment même où l'Union européenne s'est dotée, par l'adoption du Règlement Général sur la Protection des données<sup>84</sup> (RGPD), d'une nouvelle législation européenne offrant une protection des données personnelles élevée et harmonisée sur l'ensemble du territoire européen. Le règlement, tout en s'inscrivant dans le cadre posé par la Directive de 1995, a relevé le niveau d'exigence envers les entreprises transférant des données vers des pays tiers<sup>85</sup>. Les transferts vers les pays tiers ne sont possibles que s'ils sont fondés sur une décision d'adéquation adoptée par la Commission (comme celle relative au *Privacy Shield*) ou, à défaut, dans des circonstances bien précises : lorsque des garanties appropriées ont été prévues, par exemple par des règles d'entreprises, des clauses contractuelles types ou des mécanismes de certification, et que les personnes concernées disposent de droits opposables et de voies de droit effectives (article 46, § 1 et 2) ; ou dans les conditions listées à l'article 49 §1 du RGPD qui mentionne, entre autres, le consentement de la personne concernée, la nécessité découlant de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat ou des motifs importants d'intérêt public. S'agissant des décisions d'une juridiction ou d'une autorité administrative d'un pays tiers exigeant le transfert ou la divulgation de données personnelles, l'article 48 du RGPD prévoit que le transfert ne peut intervenir qu'à la condition d'être sur un accord international, tel qu'un traité d'entraide judiciaire. C'est là qu'est intervenue la difficulté posée par l'adoption, en 2018, du CLOUD Act par le Congrès américain.

23 - Adopté au moment même où un litige opposant le FBI à Microsoft devait être tranché par la Cour Suprême<sup>86</sup>, le CLOUD Act (*Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act*), promulgué le 23 mars 2018, est venu donner aux autorités américaines la possibilité de se faire communiquer directement les données concernant les utilisateurs des services offerts par les entreprises établies aux États-Unis, en contournant les règles classiques de coopération judiciaire internationale. Par l'ajout d'une section 2713, le texte a modifié le *Stored Communications Act*<sup>87</sup> dit SCA qui permet aux autorités américaines d'obliger les fournisseurs de service de communications électroniques (services de messagerie ou réseaux sociaux) à divulguer le contenu des communications ainsi que les métadonnées associées à ces communications (dates, heures, émetteurs, destinataires, adresses). Il suffit que les données soient sous le contrôle d'un fournisseur de service américain pour que les autorités américaines – fédérales comme étatiques – puissent en exiger directement communication, sur le fondement d'un *warrant* ou d'un *subpoena*, peu important le lieu de stockage des données. Le Cloud Act est venu sur ce point contrecarrer directement le RGPD<sup>88</sup>, dont aucune disposition ne permet de fonder la communication des données sans passer par l'entraide judiciaire internationale. Même les « motifs importants d'intérêt public » prévus par l'article 49 §1 du RGPD, doivent être reconnus « par le droit de l'Union ou le droit de l'État membre auquel le responsable du traitement est

*soumis* » (article 49 §4 RGPD)<sup>89</sup>. Le Cloud Act fait, par ailleurs, peu de cas des traités internationaux signés par les États-Unis, comme le Traité du 10 décembre 1998 d'entraide judiciaire en matière pénale entre la France et les États-Unis d'Amérique et la Convention du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale.

24 - Si donc l'on avait dû résumer la situation à l'issue de l'adoption du Cloud Act, l'on aurait conclu que ce texte, en permettant aux autorités américaines de se procurer directement et rapidement les données contrôlées par les entreprises établies aux États-Unis (Facebook, Twitter, Amazon, Apple, Microsoft, Airbnb), a introduit une brèche considérable dans la protection garantie aux citoyens européens, y compris pour des données simplement stockées en Europe et non transférées outre-atlantique. C'est dans ces circonstances que la Cour de Justice de l'Union européenne<sup>90</sup> a décidé d'invalider la décision relative au *Privacy Shield*, qui pose crûment la question de la stratégie à tenir désormais par l'Union européenne.

### B. - Quelle stratégie suite à l'invalidation du *Privacy Shield* ?

25 - Le 17 juillet 2020, la Cour de Justice de l'Union européenne a rendu une nouvelle décision dans l'affaire opposant le militant autrichien Maximilian Schrems à Facebook. Utilisateur de Facebook, Maximilian Schrems, ressortissant autrichien, s'opposait au transfert, à des fins de traitement, de ses données personnelles vers les États-Unis. Il avait saisi l'autorité irlandaise de contrôle, compétente dans la mesure où les données sont stockées sur des serveurs appartenant à Facebook Ireland, en soutenant que le droit et les pratiques des États-Unis n'offraient pas de protection suffisante contre l'accès, par les autorités publiques, aux données transférées vers ce pays. C'est dans ce contexte que la Cour de Justice de l'Union européenne<sup>91</sup>, saisie d'une question préjudicielle posée par la *High Court* irlandaise, avait invalidé la décision de la Commission 2000/520 entérinant le *Safe Harbor*. Par la suite, Schrems ayant maintenu son opposition au transfert de ses données, la cour irlandaise a transmis une nouvelle question préjudicielle à la Cour de justice portant sur les fondements juridiques d'un tel transfert, à savoir des clauses contractuelles types de protection figurant dans une décision de la Commission européenne 2010/87<sup>92</sup>. En cours de procédure a été adopté la décision (UE) 2016/1250 relative au *Privacy Shield*. Par son arrêt du 17 juillet 2020, la Cour de justice a jugé que la décision 2010/87, dans laquelle figurent des clauses contractuelles types, est valide en ce qu'elle permet de garantir le niveau de protection requis par le droit de l'Union. En revanche, la Cour a décidé que la décision 2016/1250 n'était pas valide au regard des exigences découlant du RGPD, en soulignant notamment que les limitations de la protection des données à caractère personnel découlant de la législation américaine ne sont pas encadrées de manière à répondre aux exigences du droit de l'Union européenne, notamment eu égard aux programmes de surveillance américains, qui ne confèrent pas aux personnes concernées des droits opposables aux autorités américaines devant les tribunaux ou des voies de recours

84. PE et Cons. UE, règl. (UE) 2016/679, 27 avr. 2016. V. not. le chapitre V du RGPD, intitulé « Transferts de données à caractère personnel vers des pays tiers ou à des organisations internationales » précise ainsi les conditions du niveau de protection attendu (art. 44 à 50 du RGPD).

85. F. Jault-Seseke et C. Zolynski, « Le règlement 2016/679/UE relatif aux données personnelles, Aspects de droit international privé », D. 2016. Chron. 1874, spéc. p. 1877.

86. *Microsoft Corp. V. United States*, 829 F.3D 197 (2d Circ. 2016) Dec. 9 2016, 130 Harv. L. Rec. 760. V. Florence G'ssell, « Faut-il redouter le Cloud Act ? La réponse est oui. Pour l'instant », 15 octobre 2018 : www.gsll.tech.

87. 18 USC Chapter 121 §§2701-2712.

88. Régis Bismuth, « *Every Cloud Has a Silver Lining*. Une analyse contextualisée de l'extraterritorialité du Cloud Act », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 40, 4 Octobre 2018, 1497.

89. R. Bismuth, art. préc.

90. CJUE, 16 juillet 2020, affaire C-311/18, *Data Protection Commissioner v Facebook Ireland and Maximilian Schrems*.

91. CJUE 6 oct. 2015, aff. Schrems, aff. C-362/14, préc.

92. Décision de la Commission du 5 février 2010 relative aux clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers des sous-traitants établis dans des pays tiers en vertu de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil (JO 2010, L 39, p. 5), telle que modifiée par la décision d'exécution (UE) 2016/2297 de la Commission du 16 décembre 2016 (JO 2016, L 344, p. 100).

suffisantes au sens de l'article 46 du RGPD et des articles 7, 8 et 48 de la Charte des droits fondamentaux.

26 - L'invalidation du *Privacy Shield* crée une véritable incertitude quant au régime applicable au transfert de données aux États-Unis. Certes, les entreprises souhaitant faire traiter des données personnelles aux États-Unis pourront s'appuyer sur les clauses contractuelles types. Cela suppose toutefois de s'assurer de l'existence de garanties appropriées, comme le prévoit le RGPD (article 46 § 1 et 2). La Cour de Justice a ainsi rappelé que **chaque responsable de traitement devra vérifier le niveau de protection s'appliquant aux données personnelles transférées, ce qui impliquera**, comme l'a souligné l'EDPB (European Data Protection Board)<sup>93</sup>, de se livrer à une évaluation de la législation du pays d'accueil des données afin de déterminer si les protections offertes sont suffisantes, de mettre éventuellement en place des mesures complémentaires si le pays destinataire n'offre pas un niveau de protection suffisant, voire de renoncer au transfert. Il reviendra, dans tous les cas, aux autorités nationales de protection des données, à commencer par l'autorité irlandaise, d'apprécier la licéité du transfert. Là est la difficulté s'agissant des transferts vers les États-Unis, car il n'est pas acquis, en l'état de la législation américaine, que les garanties existantes soient jugées suffisantes.

27 - La question se pose donc de déterminer la stratégie à adopter pour pouvoir effectivement garantir aux Européens un niveau de protection suffisant. Le plus vraisemblable serait la conclusion d'un nouvel accord entre l'Union européenne et les États-Unis pour remplacer le *Privacy Shield*, même si l'on ignore jusqu'à quel point les États-Unis seraient prêts à amender leur législation pour mieux protéger les données des citoyens européens. Il serait dans tous les cas possibles de rapprocher ces négociations de celles qui doivent être menées en vue de la conclusion de l'*Executive Agreement* prévu par le Cloud Act<sup>94</sup>. Ce texte prévoit, en effet, la conclusion d'accords devant permettre non seulement d'organiser la réciprocité en permettant aux autorités des États signataires de se faire communiquer directement des données par des entreprises américaines mais aussi de prévoir que les fournisseurs de services pourront contester les demandes de communication qui leur sont adressées par les autorités américaines<sup>95</sup>. Dans le sillage du Royaume-Uni qui a conclu, dès le 7 octobre 2019 un tel accord<sup>96</sup>, l'Union européenne a décidé de mandater la Commission aux fins de négocier un futur *Executive Agreement*<sup>97</sup>, parallèlement à l'adoption prochaine du règlement *E-evidence*<sup>98</sup>. Il est d'ailleurs parallèlement envisagé d'adopter des textes donnant aux entreprises visées par des demandes de communication les arguments juridiques leur permettant de s'opposer aux autorités américaines,

à l'image de la loi française dite de « blocage » qu'un récent rapport parlementaire a proposé d'améliorer<sup>99</sup>.

28 - Les plateformes établies aux États-Unis ont intérêt à collaborer avec les autorités fédérales chargées de les réguler, ce qui explique pourquoi le choix d'hébergeurs américains pour stocker des données confidentielles suscite la contestation. Tout récemment, Bpifrance a fait appel aux services d'Amazon Web Services pour gérer le système d'attestation des prêts garantis par l'État français<sup>100</sup>. De même, c'est le Cloud Azure de Microsoft qui a été choisi pour héberger les données de santé rassemblées dans le cadre de la mise en place de la Plateforme des Données de Santé (*Health Data Hub*)<sup>101</sup> venant remplacer l'actuel Système National des Données de Santé<sup>102</sup>. En l'espèce, le contrat conclu avec Microsoft stipule bien que les données pourront être transférées vers des pays tiers, en particulier les États-Unis, notamment pour gérer et assurer le bon fonctionnement du système informatique, le tout en vertu de clauses contractuelles types. Dans ce cadre, le risque de voir des autorités publiques ou des juridictions américaines ordonner la communication de ces données ne peut être exclu, comme l'a souligné le Comité européen de la protection des données (CEPD). L'opposition au choix de Microsoft s'est traduite par une procédure de référé-liberté déposée devant le Conseil d'État, à l'initiative notamment du Conseil national du logiciel libre (CNLL)<sup>103</sup>, afin de suspendre l'application de l'arrêté du 21 avril 2020<sup>104</sup>, qui autorise le *Health Data Hub* à collecter un nombre considérable de données pour les besoins de la crise sanitaire. Ce recours a été rejeté<sup>105</sup> : il y a, en effet, peu de chances que les données de santé fassent l'objet de demandes de communication, les textes américains – à commencer par le Cloud Act – portant principalement sur des éléments pouvant nourrir des enquêtes pénales. Il reste que la CNIL a fait part de son souhait que la plateforme soit gérée à long terme par des entités relevant exclusivement des

93. European Data Protection Board, Statement on the Court of Justice of the European Union Judgment in Case C-311/18 – Data Protection Commissioner v Facebook Ireland and Maximilian Schrems, 17 July 2020 : [https://edpb.europa.eu/news/news/2020/statement-court-justice-european-union-judgment-case-c-31118-data-protection\\_fr](https://edpb.europa.eu/news/news/2020/statement-court-justice-european-union-judgment-case-c-31118-data-protection_fr).

94. 18 U.S.C. § 2523.

95. F. G'sell, « Faut-il redouter le Cloud Act ? La réponse est oui. Pour l'instant », préc.

96. Theodore Christakis, « 21 Thoughts and Questions about the UK-US Cloud Act agreement », 17 octobre 2019 : <https://europeanlawblog.eu/2019/10/17/21-thoughts-and-questions-about-the-uk-us-cloud-act-agreement-and-an-explanation-of-how-it-works-with-charts/>.

97. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/STATEMENT\\_19\\_5890](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/STATEMENT_19_5890).

98. Theodore Christakis, « E-evidence in the EU Parliament », 21 January 2020, <https://europeanlawblog.eu/2020/01/21/e-evidence-in-the-eu-parliament-basic-features-of-birgit-sippels-draft-report/>.

99. Raphaël Gauvain, « Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe, et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extra-territoriales », Assemblée Nationale, 26 juin 2019. Le rapport propose par exemple d'adopter en France, pour compléter la protection assurée par le RGPD en matière de données personnelles, une loi interdisant aux détenteurs de données numériques relatives à des personnes morales françaises de les transmettre en dehors des procédures classiques de l'entraide judiciaire ou administrative internationale, sous peine d'une sanction administrative prononcée par l'ARCEP pouvant aller jusqu'à 20 millions d'euros, ou, dans le cas d'une entreprise, à 4% du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'entreprise à son exercice précédent, le montant le plus élevé étant retenu, Rapport Gauvain, préc. proposition n° 3, point 2.3, p. 72. V. égal. Noëlle Lenoir, « Le rapport Gauvain et la protection des « intérêts économiques essentiels » de la France », JCP G 2019, 793.

100. « Souveraineté numérique : le choix inquiétant fait par la BPI pour l'hébergement des données sur les prêts des entreprises françaises affaiblies par le Covid-19 », Atlantico, 5 juillet 2020.

101. Créé par un arrêté du 29 novembre 2019 (JORF n° 0278 du 30 novembre 2019, texte n° 13) en application de la loi n° 2019-774 du 24 juillet 2019 relative à l'organisation et à la transformation du système de santé, ce groupement d'intérêt public (GIP) formé entre l'État et divers acteurs du système de santé, a pour objectif de mettre en place une plateforme de stockage et de mise à disposition centralisée de toutes les données de santé collectées dans le cadre de soins pris en charge par la Sécurité sociale (art. L. 1462-1 Code de la santé publique).

102. Elise Debiès, « Big data de santé et autodétermination informationnelle : quelle articulation possible pour une innovation protectrice des données personnelles ? », *Revue française d'administration publique*, 2018/3, n° 167, pp. 565-574.

103. <https://cnll.fr/news/health-data-hub-conseil-etat/>.

104. Cet arrêté complète l'arrêté du 23 mars 2020 prescrivant les mesures d'organisation et de fonctionnement du système de santé nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

105. Conseil d'État, 19 juin 2020, *Association le Conseil Nationale du Logiciel Libre et autres*, n° 440916.

juridictions de l'Union européenne un souhait également formulé par l'ANSSI <sup>106</sup>.

29 - Il est vrai que la solution la plus protectrice pour les citoyens européens serait certainement de stocker les données en Europe en les plaçant sous le contrôle d'entreprises qui ne sont en rien établies aux États-Unis de manière à contrer les dispositions du Cloud Act. L'on est donc inévitablement conduit à souhaiter créer un cloud « souverain ». L'idée n'est pas nouvelle. En 2009, le gouvernement français avait décidé de financer deux projets finalement lancés en 2012, Cloudwatt et Numergy, avec pour objectif de fournir aux administrations et aux entreprises françaises des infrastructures sécurisées. Ces deux tentatives ont cependant été des échecs <sup>107</sup>. Tout récemment, les gouvernements allemands et français ont annoncé la création d'une entité de gouvernance pour piloter Gaia-X, un catalogue de services numériques référençant des hébergeurs et éditeurs

---

106. CNIL, La plateforme des données des santé, 11 juin 2020, <https://www.cnil.fr/fr/la-plateforme-des-donnees-de-sante-health-data-hub>.

Health Data Hub : Face aux critiques liées à Microsoft, le gouvernement annonce un appel d'offres », l'Usine Digitale, 23 juin 2020, [https://www.usine-digitale.fr/article/he\\_alth-data-hub-face-aux-critiques-le-gouvernement-va-mettre-microsoft-en-concurrence.N978681](https://www.usine-digitale.fr/article/he_alth-data-hub-face-aux-critiques-le-gouvernement-va-mettre-microsoft-en-concurrence.N978681).

107. S. Caulier, « Le cloud par-delà les nuages », Le Monde, 16 février 2020.

de logiciels s'engageant à proposer des technologies interopérables et à communiquer, en toute transparence, sur la localisation des données et l'éventuelle applicabilité de réglementations extra-européennes <sup>108</sup>. L'on peut donc espérer que cette initiative permette d'aboutir à une plus grande indépendance technologique.

30 - Au final, il apparaît, à l'issue de cette étude, que l'expression « souveraineté numérique » prend, au bout du compte, différents sens. L'on peut, bien évidemment, y compter l'acception traditionnelle de l'expression, à savoir l'extension de la souveraineté étatique au cyberspace. Mais il faut y ajouter la souveraineté des données qui consiste, pour les États, non seulement à préserver cette ressource stratégique qu'est la donnée mais aussi à protéger les droits de leurs ressortissants. Enfin, tout cela n'est rien sans souveraineté technologique qui doit permettre aux États de développer des solutions technologiques innovantes sans dépendre des acteurs technologiques étrangers. Pour cette raison, les instruments juridiques, quels qu'ils soient, ne peuvent être pensés hors d'une stratégie industrielle visant à rattraper le retard pris. ■

---

108. R. Grably, « Le cloud européen Gaia X, un pistolet à eau contre les GAFAM », L'Express, 14 juin 2020.

## 14 La place de l'État dans le secteur de l'énergie : un modèle pour l'intervention de la puissance publique dans les secteurs régaliens ?



Christine LE BIHAN-GRAF,

Avocate associée responsable de l'activité droit public économique et spécialisée en droit de l'énergie au sein du cabinet De Pardieu Brocas Maffei

1 - Le droit constitutionnel ne définit pas ce qu'est un secteur régalien. Ce terme est absent de la Constitution du 27 octobre 1946<sup>1</sup>, qui prévoit seulement à l'alinéa 9 de son préambule que « *tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité* ». La notion de service public national recouvre, quant à elle, deux concepts différents : le service public constitutionnel, dont le Conseil constitutionnel n'a pas encore donné de traduction concrète<sup>2</sup>, et le service public national par détermination de la loi. Cette dernière catégorie réunit deux critères cumulatifs : l'activité doit être déployée sur l'ensemble du territoire national et elle doit être confiée à une seule entreprise (monopole de droit). La privatisation du capital d'une entreprise exerçant une mission de service public national par détermination de la loi est possible seulement si le législateur fait perdre à l'entreprise cette qualification de service public national.

2 - Alors que le secteur de l'énergie relève sans doute des secteurs régaliens car il concerne très directement la souveraineté et l'indépendance nationale, le Conseil constitutionnel a considéré en 2004<sup>3</sup> que ni Gaz de France, ni EDF (qui, à l'époque, étaient des sociétés intégrées, exerçant les activités de production, fourniture, transport et distribution d'énergie, sans séparation juridique) ne géraient des services publics constitutionnels et que l'abandon de la participation majoritaire de l'État pouvait donc être effectué par une loi ultérieure<sup>4</sup>. C'est ainsi que la loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 *relative au secteur de l'énergie* a permis la privatisation du capital de Gaz de France (aujourd'hui Engie), en faisant perdre à l'entreprise son statut de service public national par détermination de la loi<sup>5</sup>.

3 - Puisque le droit constitutionnel n'impose rien sur ce sujet, il apparaît donc loisible à l'État d'intervenir dans le secteur de

l'énergie autrement que par une prise en charge directe (assurée par l'État central lui-même ou ses établissements publics, ou encore par des sociétés de droit privé dont le capital est en totalité ou majoritairement détenu par l'État) des différentes activités du secteur que sont la production, l'acheminement de l'énergie dans les réseaux et la fourniture d'énergie aux clients finaux.

Cette liberté s'est traduite dans une diversité de modalités d'action, faisant de l'énergie un laboratoire de l'intervention de l'État dans l'économie, intervention au surplus partagée avec les institutions européennes notamment. L'État a donc été conduit à se réinventer tant sur le périmètre des missions qu'il assure dans le secteur de l'énergie (1) que sur ses modalités d'intervention (2). L'État s'est d'ailleurs inspiré du secteur de l'énergie pour redéfinir ses modalités d'intervention dans d'autres secteurs régaliens, notamment celui des transports (3).

### 1. Le périmètre des missions assurées par l'État dans le secteur de l'énergie a été profondément modifié sous la pression des institutions européennes, qui ont conduit l'État à se concentrer sur les missions d'intérêt général et de puissance publique.

4 - Traditionnellement, l'État a joué tous les rôles dans le secteur de l'énergie.

La loi n° 46-628 du 8 avril 1946 *sur la nationalisation de l'électricité et du gaz* est ainsi très claire en prévoyant à son article 1<sup>er</sup> que « *sont nationalisés la production, le transport, la distribution, l'importation et l'exportation* » d'électricité et de gaz. Les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) Electricité de France (EDF) et Gaz de France (GDF) étaient respectivement responsables de l'intégralité des missions relatives à l'électricité et au gaz.

Jusqu'à l'ouverture à la concurrence, l'État était donc à la fois prescripteur de normes pour le secteur et fournisseur, producteur, gestionnaire de réseau de transport et de distribution via ses établissements publics dont il était l'autorité de tutelle. Il réglementait également les prix par le biais des tarifs réglementés de

1. Qui fait partie du bloc de constitutionnalité depuis la décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 (*Liberté d'association*).

2. Le Conseil constitutionnel se contente d'indiquer que « *la nécessité de services publics nationaux découle de principes ou de règles constitutionnels* (voir Décision n° 2019-781 DC du 16 mai 2019, *Loi relative à la croissance et la transformation des entreprises*, §48).

3. Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-501 DC du 5 août 2004, *Loi relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières*.

4. Ibid, §14.

5. Conseil constitutionnel, Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*.

vente d'électricité et de gaz, qui permettaient au consommateur de bénéficier de tarifs raisonnables insensibles aux aléas du marché. L'État était enfin le stratège industriel du secteur. C'est lui qui, dans les années 1970, à la suite du choc pétrolier et de la crainte d'une dépendance énergétique croissante de la France, a fait le choix du développement massif du nucléaire civil. Il en a même orienté les choix techniques : c'est lui qui a décidé en 1975 de faire le choix du réacteur à eau pressurisée (défendu par EDF) contre celui du réacteur uranium naturel graphite gaz (défendu par le Commissariat à l'énergie atomique)<sup>6</sup>.

5 - Cette omniprésence de l'État dans le secteur énergétique n'est pas réellement remise en cause jusqu'à la fin des années 1990.

Ni la vague de privatisations de 1986<sup>7</sup> ni celle de 1993<sup>8</sup> ne conduisent, en effet, à remettre en cause le statut juridique d'EPIC d'EDF et de GDF. La légitimité de l'intervention de l'État dans le secteur énergétique n'est pas sérieusement contestée en raison de la contribution de l'énergie à l'autonomie et à la sécurité de la Nation et du caractère de bien essentiel ou de « *produit de première nécessité* » de l'électricité comme l'a rappelé récemment le Conseil d'État<sup>9</sup>. L'énergie est, en effet, nécessaire pour s'éclairer, s'alimenter, se chauffer et, s'agissant de l'électricité, c'est un bien non substituable, qu'aucun autre bien ne peut remplacer et qui est indispensable au bien-être de la population. Dans ces conditions, comme le rappelle l'article L. 100-1 du Code de l'énergie, la politique énergétique doit avant toute chose « *assurer la sécurité d'approvisionnement et réduire la dépendance aux importations* ». Parmi les autres objectifs qui lui sont assignés se trouvent également la lutte contre la précarité énergétique, la garantie de la cohésion sociale et territoriale ainsi que la préservation de la santé humaine et de l'environnement.

6 - La contribution majeure du secteur de l'énergie à l'intérêt général et au bien-être social explique la tardiveté de la remise en cause de l'intervention massive de l'État dans un secteur économique par ailleurs hautement capitalistique.

Le rôle de l'État dans le secteur de l'énergie n'a ainsi été redéfini qu'à la fin des années 1990 avec l'intervention des directives européennes regroupées dans le premier Paquet sur l'électricité<sup>10</sup> et le gaz<sup>11</sup>. Il s'agit de la première étape de l'ouverture à la concurrence du marché de la seule fourniture d'énergie (le marché aval, celui de la vente d'énergie au client final, par opposition au marché amont, celui de la production, auquel l'obligation de concurrence ne s'applique pas). Cette ouverture s'effectue très progressivement.

Cette progressivité s'illustre notamment par l'extension lente du champ d'application des clients « *éligibles* », c'est-à-dire qui ont la possibilité de souscrire une offre de marché auprès des fournisseurs nouveaux entrants sur le marché et donc de quitter les tarifs réglementés de vente proposés par EDF en électricité et par GDF en gaz. Ainsi, en électricité, le premier Paquet énergie prévoit qu'à partir du 19 février 1999, les sites consommant plus de 100 GW par heure par an doivent être éligibles ; ce seuil, qui ne concernait initialement que les très gros consommateurs d'électricité, est réduit en 2000 à 16 GW<sup>12</sup>. Les directives du

2<sup>e</sup> Paquet énergie de 2003<sup>13</sup> prévoient quant à elle l'éligibilité de l'intégralité des clients, en ce enfin inclus les clients domestiques, le 1<sup>er</sup> juillet 2007.

7 - L'émergence de la Commission européenne en tant qu'acteur du secteur de l'énergie a donc eu pour conséquence un coup d'arrêt porté à l'intervention de l'État en tant que fournisseur d'énergie, au travers des entreprises dont il est l'actionnaire majoritaire. Pour ce faire, l'augmentation progressive de l'éligibilité s'accompagne de la réduction continue du champ d'application des tarifs réglementés de vente, qui a été décidée par la Commission européenne, puis mise en œuvre par les juridictions européennes et internes.

Ainsi, en gaz, à la suite d'une décision du Conseil d'État de 2017<sup>14</sup> dans laquelle il a été considéré que les tarifs réglementés de vente de gaz ne respectaient pas les critères de légalité de la jurisprudence européenne<sup>15</sup>, la loi énergie-climat de 2019 a prévu leur suppression définitive pour juillet 2023<sup>16</sup>. En électricité, la Commission européenne, sur le fondement des règles sur les aides d'État, a lancé en 2007<sup>17</sup> une enquête sur les tarifs réglementés. Pendant cette enquête, le gouvernement s'est engagé dans la loi NOME<sup>18</sup> de 2010 à supprimer au 1<sup>er</sup> janvier 2016 les tarifs réglementés pour les consommateurs ayant souscrit une puissance supérieure à 36 kVA. Aujourd'hui, les interventions conjointes d'une décision du Conseil d'État<sup>19</sup> et de la directive électricité du 4<sup>e</sup> Paquet énergie qui limite les interventions publiques dans les prix de l'électricité aux clients résidentiels vulnérables et en situation de précarité énergétique<sup>20</sup>, ont conduit l'État à décider en 2019 que les tarifs réglementés ne seraient maintenus que pour les clients domestiques et les petits clients non domestiques<sup>21</sup>. Les entreprises historiques, que la participation de l'État soit majoritaire (EDF) ou minoritaire (Engie), perdent ainsi progressivement leur spécificité par rapport aux fournisseurs nouveaux entrants, qui ont accru leurs parts de marché et ont fait évoluer la réglementation par des actions de lobbying et de contentieux.

8 - Cette remise en cause de l'État fournisseur n'a toutefois pas affaibli la présence de l'État, garant du bon fonctionnement du marché, dans les réseaux publics de transport ou de distribution d'énergie, qu'il s'agisse de l'État actionnaire ou de l'État régulateur et prescripteur de missions de service public. Ainsi, l'État, ou ses bras armés traditionnels comme la Caisse des dépôts et

10. *Décision du Conseil d'État du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.*

13. Directive n° 2003/54/CE du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et Directive 2003/55/CE du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel.

14. CE, ass., 19 juill. 2017, n° 370321, ANODE, au recueil.

15. CJUE, 20 avril 2010, *Federutility e.a. contre Autorità per l'energia elettrica e il gas*, n° C-265/08 ; CJUE, 7 septembre 2016, ANODE, n° C-121/15. Pour être conformes au droit européen, les tarifs réglementés doivent réunir les trois conditions cumulatives suivantes : poursuivre un objectif d'intérêt économique général, respecter le principe de proportionnalité et prévoir des obligations de service public clairement définies, transparentes, non discriminatoires et contrôlables et garantir un égal accès des entreprises de l'Union aux consommateurs.

16. Article 63 de la loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat.

17. Aide d'État C 17/07 – Tarifs réglementés de l'électricité en France (2007/C 164/05), JOCE C/164/2007, 18 juill. 2007.

18. Loi n° 2010-1488, 7 déc. 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité.

19. CE, ass., 18 mai 2018, n° 413688, ANODE, au recueil.

20. Art. 5 de la directive n° 2019/944 du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité.

21. Article 64 de la loi relative à l'énergie et au climat : les seuls consommateurs non domestiques bénéficiant du maintien des tarifs réglementés sont ceux « *qui emploient moins de dix personnes et dont le chiffre d'affaires, les recettes ou le total de bilan annuels n'excèdent pas 2 millions d'euros* ».

6. D. Finon et C. Staropoli, *The performing interaction between institutions and technology in the French nuclear industry*, 2000, Institut d'économie et de politique de l'énergie de Grenoble.

7. Loi n° 86-912, 6 août 1986, relative aux modalités des privatisations.

8. Loi n° 93-923, 19 juill. 1993 de privatisation.

9. CE, ass., 19 juill. 2017, n° 370321, ANODE, au recueil.

10. Directive n° 96/92/CE du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité.

11. Directive n° 98/30/CE du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel.

12. Décret n° 2000-456 du 29 mai 2000 relatif à l'éligibilité des consommateurs d'électricité et portant application de l'article 22 de la loi n° 2000-108 du

consignations, demeurent l'actionnaire majoritaire ou contrôlant des entreprises concernées (RTE et GRTgaz pour le transport et Enedis et GRDF pour la distribution). Il fixe leur rémunération en tant qu'autorité de régulation et concède l'exploitation des réseaux de transport (tandis que les collectivités territoriales demeurent les autorités concédantes de la distribution). Hormis la production nucléaire dont, pour des raisons de sécurité et d'indépendance, l'État a gardé le monopole au travers d'EDF, la production et la fourniture d'énergie constituent des activités commerciales qui peuvent être exercées sans difficulté par des acteurs autres que l'État, qui a recentré son intervention ces quinze dernières années sur les missions relevant plus directement de son rôle traditionnel, lié à l'intérêt général ou à l'exercice de la puissance publique.

9 - S'agissant des missions d'intérêt général, l'État a tracé la voie de la transition énergétique, dont la contrepartie nécessaire est la solidarité et la responsabilité sociale. Lors de la COP21 de 2015, l'État français a été ainsi un moteur de la conclusion d'un accord international sur le climat<sup>22</sup> fixant comme objectif une limitation du réchauffement mondial entre 1,5° et 2° en 2100. Depuis la loi de transition énergétique de 2015<sup>23</sup>, l'État s'est également doté d'une stratégie nationale bas-carbone, qui fixe les orientations pour la mise en œuvre de la diminution des gaz à effets de serre<sup>24</sup>. L'action de l'État s'est par la suite concentrée sur la lutte contre la précarité énergétique. Ainsi, la loi Grenelle 2 du 12 juillet 2010<sup>25</sup> a donné une définition précise de la précarité énergétique<sup>26</sup> et les chèques énergie, créés par la loi pour la transition énergétique de 2015<sup>27</sup> ont remplacé les anciens tarifs sociaux de l'énergie, qui présentaient trop d'imperfections, en raison notamment du nombre restreint de ses bénéficiaires effectifs<sup>28</sup>.

10 - L'État assume désormais pleinement son rôle de planificateur du secteur. Avec la création de la programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE), il s'est ainsi doté d'un outil lui permettant de donner les grandes impulsions filière par filière. Ainsi, s'agissant des énergies renouvelables, l'État fixe dans la PPE des objectifs par filière afin de respecter les impératifs européens en termes de part de l'électricité d'origine renouvelable au sein de la production totale. Dans l'hypothèse dans laquelle les capacités de production installées ne répondraient pas à ces objectifs, l'État peut alors organiser des appels d'offres donnant lieu soit à conclusion d'un contrat d'achat pour l'intégralité de l'électricité d'origine renouvelable produite, soit à complément de rémunération pour le producteur<sup>29</sup>. L'État s'attache en outre à créer les conditions favorables à l'innovation : ainsi, dans la PPE 2019-2028<sup>30</sup>, le gouvernement a inclus un volet consacré à l'hydrogène, en vue de contribuer au développement d'une filière prometteuse.

22. Disponible ici : [https://unfccc.int/files/essential\\_background/convention/application/pdf/french\\_paris\\_agreement.pdf](https://unfccc.int/files/essential_background/convention/application/pdf/french_paris_agreement.pdf).

23. Art. 173 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

24. Voir le décret n° 2020-457 du 21 avril 2020 relatif aux budgets carbone nationaux et à la stratégie nationale bas-carbone.

25. Loi n° 2010-788, 12 juill. 2010 portant engagement national pour l'environnement.

26. « Est en situation de précarité énergétique [...] une personne qui éprouve dans son logement des difficultés particulières à disposer de la fourniture d'énergie nécessaire à la satisfaction de ses besoins élémentaires en raison de l'inadaptation de ses ressources ou de ses conditions d'habitat ».

27. Loi n° 2015-992, 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

28. Voir <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/lutte-contre-precarite-energetique-cheque-energie-aides-renovation-energetique>.

29. Art. L. 311-10 et suivants du Code de l'énergie.

30. <https://www.ecologiquesolidaire.gouv.fr/sites/default/files/20200422%20Programmation%20pluriannuelle%20de%20le%201%27%CC%81nergie.pdf>.

Il contribue avec les autres pays de l'Union à créer des filières industrielles compétitives de nature à garantir son indépendance technologique. C'est notamment le cas des batteries des véhicules électriques où l'émergence d'un idéal européen porté par l'Allemagne, la Belgique, la Finlande, l'Italie, la Pologne, la Suède et la France permet d'associer les constructeurs automobiles et les fabricants de batterie et de leurs composants au sein de programmes ambitieux financés par des aides d'État validées par la Commission européenne à hauteur de 3,2 milliards d'euros<sup>31</sup>. L'État retrouve ainsi toute sa place dans la lutte contre la dépendance aux importations étrangères et le soutien à l'industrie française et européenne dans la compétition internationale. Cette mission devrait devenir centrale dans le contexte des discussions relatives à la relocalisation de l'industrie ou au soutien financier de l'État à certaines entreprises jugées stratégiques à la suite de la crise du Covid-19.

11 - Le caractère régalien du secteur de l'énergie n'a donc pas été entamé par l'encadrement européen et l'ouverture à la concurrence. A cet égard, le contenu du mix énergétique demeure une prérogative nationale, pour laquelle l'Union n'est pas compétente, et demeure très différent entre les États membres (la France se caractérisant par la place conférée au nucléaire au sein de la production d'électricité<sup>32</sup>). **La souveraineté énergétique demeure une réalité vivante.**

Au final, l'État a donc conforté sa présence en renouvelant le contenu de ses missions dans le secteur de l'énergie, mais en révisant également ses modalités d'intervention.

## 2. Les modalités d'intervention de l'État dans le secteur énergétique ont été également profondément modifiées.

12 - La transformation des modalités d'intervention de l'État dans le secteur de l'énergie est au moins aussi importante que celle du contenu de ses missions.

L'évolution la plus notable réside dans la création, en 2000<sup>33</sup>, d'une autorité administrative indépendante (AAI), la Commission de régulation de l'énergie (CRE). La mise en place d'une telle autorité, rendue obligatoire par le droit européen, naît de l'impossibilité pour l'État d'être à la fois juge, en tant qu'arbitre de l'ouverture à concurrence qu'il doit faire respecter, et partie, en tant qu'actionnaire des monopoles historiques désormais confrontés à cette même concurrence. La solution pour résoudre cette schizophrénie réside dans la création d'un régulateur, qui ne peut être dissocié de l'État lui-même, puisque la CRE ne dispose même pas de la personnalité morale et demeure donc intégrée à l'État, mais qui est dotée d'un pouvoir de décision indépendant. Cette indépendance qui lui interdit de recevoir des instructions du gouvernement permet à la CRE d'agir sans placer au premier plan les intérêts financiers de l'État actionnaire, afin de garantir l'ouverture du marché de l'énergie à la concurrence par l'accès transparent et non discriminatoire des fournisseurs aux infrastructures de réseaux qui leur permettent de vendre leurs

31. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip\\_19\\_6705](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_19_6705).

32. L'article 194, paragraphe 2, second alinéa, TFUE prévoit que les mesures prises par le Parlement européen et le Conseil n'affectent pas le droit d'un État membre de déterminer les conditions d'exploitation de ses ressources énergétiques, son choix entre différentes sources d'énergie et la structure générale de son approvisionnement énergétique, sans exclure que ce choix puisse porter sur l'énergie nucléaire » (CJUE, 22 sept. 2020, n°C-594/18 P, République d'Autriche c/ Commission européenne ; §48).

33. Loi n° 2000-108, 10 févr. 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

offres sur le marché de détail. À ce contrôle de l'égalité des conditions d'accès, le régulateur ajoute celui de l'absence de barrières à l'entrée en s'assurant que les tarifs des gestionnaires d'infrastructures ne couvrent pas plus que leurs coûts.

Il s'agit donc d'une véritable réinvention de l'action publique qui permet à l'État de se recentrer sur les enjeux de politique énergétique et de souveraineté en confiant les enjeux de concurrence et de surveillance des marchés, ainsi que la protection des consommateurs, à une émanation de lui-même dotée de la capacité de s'abstraire des contradictions générées par l'implication de l'État dans l'économie. Si le Parlement reproche trop souvent à ces autorités administratives indépendantes de n'être que des démembrements de l'État et de purs centres d'expertise dépourvus de toute légitimité démocratique, il en oublie que démembrer n'est pas effacement mais transformation du mode d'intervention de l'État, qui s'est pour ainsi dire dédoublé et renouvelé avec la création du régulateur<sup>34</sup>.

13 - L'émergence d'un État régulateur n'a nullement contrarié la puissance de l'État prescripteur et créateur de normes. Le secteur de l'énergie connaît bien plutôt une inflation législative et réglementaire continue, avec des lois tous les deux ans et de très nombreux textes réglementaires. Le régulateur ayant au surplus été doté d'un pouvoir réglementaire autonome<sup>35</sup>, la quantité de normes régissant le secteur est en expansion. L'ouverture à la concurrence, et non seulement la prise en compte des enjeux climatiques, a conduit à cette inflation normative. En effet, les contraintes combinées de l'augmentation du nombre d'acteurs impliqués dans le secteur et de la nécessité de réguler un secteur essentiel à l'intérêt général, conduisent à déployer un arsenal normatif plus important, qui apparaissait moins nécessaire lorsque l'État assurait tous les rôles. La gouvernance du secteur de l'énergie est ainsi largement réalisée par la norme, qui s'impose comme la modalité essentielle de l'intervention renouvelée de l'État dans le secteur.

14 - Ainsi, un corpus juridique fourni a fixé l'intégralité des obligations de service public auxquels doivent se conformer les acteurs intervenant dans le secteur. Tous les fournisseurs sont tenus par une obligation de continuité de fourniture, qui les oblige, en gaz par exemple, à assurer la fourniture<sup>36</sup> même en cas de situation climatique extrême (hiver froid comme il s'en produit statistiquement tous les cinquante ans) ou de disparition de leur source d'approvisionnement principale pendant 5 mois. Une fourniture de derniers recours est assurée par le gestionnaire du réseau de transport aux clients non domestiques assurant une mission d'intérêt général<sup>37</sup> (les hôpitaux notamment). Les obligations de service public imposées aux fournisseurs régissent même les caractéristiques techniques du gaz livré, en fixant, par arrêté, un niveau de pouvoir calorifique supérieur qui doit être respecté<sup>38</sup>. Le niveau de précision de ces obligations de service public est ainsi très important. Ce degré de détail révèle que l'ouverture à la concurrence ne s'est pas traduite par un désengagement de l'État du secteur mais simplement par une redéfinition de ses moyens d'action. L'intervention par la norme juridique a largement remplacé l'intervention directe de l'État dans l'économie du secteur.

### 3. L'État s'est inspiré du contenu et des modalités de son intervention dans le secteur de l'énergie pour redéfinir son intervention dans d'autres secteurs régaliens, notamment celui du transport.

15 - Les modes d'intervention de l'État dans le secteur de l'énergie ont été dupliqués dans d'autres secteurs liés à l'intérêt général ou considérés comme stratégiques (ferroviaire, télécommunications, jeux, service postaux...). L'État s'est retiré progressivement de l'exercice direct de ces activités économiques. Ce retrait s'est effectué, selon les secteurs, par la privatisation du statut d'un établissement public (ferroviaire<sup>39</sup>, service postal<sup>40</sup>) ou même par la privatisation du capital d'une société anonyme géant un service public (jeux<sup>41</sup>, télécommunications<sup>42</sup>). Un tel retrait a cependant été compensé par une montée en puissance de l'intervention de l'État sur des missions de régulation, notamment par l'intermédiaire des autorités administratives indépendantes, ou dans l'encadrement normatif du secteur. Deux exemples récents sont, à cet égard, particulièrement éclairants : le transport urbain en Ile-de-France et les aéroports.

16 - D'une part, la loi d'orientation des mobilités du 24 décembre 2019<sup>43</sup> a étendu les compétences de l'Autorité de régulation des transports (ART) au secteur du transport public urbain en Ile-de-France. Ainsi, désormais, l'ART est, notamment, chargée d'émettre un avis conforme sur la rémunération de la RATP (EPIC de l'État) pour son activité de gestion des infrastructures du réseau de métro et de RER<sup>44</sup>, et se voit dotée d'une compétence de règlement des différends entre les exploitants et le gestionnaire d'infrastructures sur le réseau du Grand Paris<sup>45</sup>.

Le mouvement d'extension des compétences des autorités administratives indépendantes est donc encore en marche, en raison des garanties d'indépendance et d'impartialité que présente ce mode de gouvernance. Il permet, en effet, d'écarter toutes les suspicions portant sur les interventions plus directes de l'État lorsqu'il est à la fois juge et partie, ce qui est le cas en l'espèce, puisqu'en tant qu'autorité de tutelle de l'EPIC RATP, une fixation de la rémunération de l'EPIC par l'État n'aurait pas manqué d'alimenter les critiques, surtout dans le contexte du transport en Ile-de-France où l'autorité octroyant la rémunération est Ile-de-France Mobilités, établissement public local réunissant des collectivités territoriales d'Ile-de-France et qui n'aurait pas manqué de contester une rémunération fixée par l'État central. Un tel mécanisme de fixation de la rémunération est inspiré du secteur de l'énergie, où la CRE fixe la rémunération des gestionnaires de réseaux en monopole (TURPE pour RTE et Enedis, ATRT pour GRTgaz et Téréga et ATRD pour GRDF) qui sont tous, excepté Téréga, détenus ou contrôlés indirectement par l'État.

17 - D'autre part, s'agissant du secteur aéroportuaire, la loi PACTE du 22 mai 2019<sup>46</sup> a autorisé la privatisation du capital

34. Voir en ce sens, l'article de Michel Prada *infra* dans ce numéro (RJSP 2020, dossier 16)

35. Les missions relevant du pouvoir réglementaire autonome de la CRE figurent aux articles L. 134-1 et suivants du Code de l'énergie.

36. Art. R. 121-4 du Code de l'énergie.

37. Art. R. 121-6 du Code de l'énergie.

38. Art. R. 121-7 du Code de l'énergie

39. Loi n° 2018-515, 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire.

40. Loi n° 2010-123, 9 févr. 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales.

41. Loi n° 2019-486, 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

42. Loi n° 2003-1365, 31 déc. 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom.

43. Loi n° 2019-1428, 24 déc. 2019 d'orientation des mobilités.

44. Art. L. 2142-17.-I du Code des transports.

45. Art. L. 1263-3-1 du Code des transports.

46. Loi n° 2019-486, 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (article 130 et suivants).

d'Aéroports de Paris (ADP), société gérant les aéroports de Roissy-Charles-de Gaulle, Orly et le Bourget. Cette privatisation du capital devait être compensée par un renforcement substantiel du cahier des charges à respecter par ADP dans l'exécution de sa mission de service public aéroportuaire. Ainsi, alors qu'aujourd'hui le code des transports<sup>47</sup> prévoit cinq obligations que le cahier des charges doit imposer à ADP, le prochain cahier des charges, adopté par décret, devrait comporter vingt-quatre thèmes. Ont par exemple été ajoutés par la loi PACTE : le respect de l'environnement<sup>48</sup>, la mise en place d'un comité réunissant notamment les collectivités territoriales et les associations de riverains<sup>49</sup>, les modalités selon lesquelles le ministre peut exiger

---

47. Art. L. 6323-4 du Code des transports.

48. Alinéa 22.

49. Alinéa 24.

que soit mis fin à toute décision ou tout contrat d'ADP<sup>50</sup>... Il est donc frappant de constater que le désengagement – qui n'a pas encore été effectué et qui pourrait être différé en raison du contexte actuel – de l'État du capital d'ADP s'accompagne d'un renforcement du contrôle et des normes s'imposant à ADP dans l'exercice de son activité. Ce mouvement est identique à celui imprimé au secteur de l'énergie, dans lequel le désengagement actionnarial de l'État, dans Engie notamment, s'est accompagné d'un renforcement de l'encadrement normatif du secteur.

Le secteur de l'énergie représente ainsi un modèle topique de la place de l'État dans l'économie : loin de disparaître, son intervention dans l'économie se transforme pour prendre des formes plus variées et sophistiquées que le simple exercice direct d'une activité économique. ■

---

50. Alinéa 19.

## 15 Une conversation avec Enrico Letta



**Enrico LETTA,**  
Doyen de l'École des Affaires Internationales de Sciences Po Paris,  
Président de l'Institut Jacques Delors,  
Président d'APS

**La Revue des Juristes de Sciences Po :** Bonjour Enrico Letta, quel regard portez-vous sur la crise que traverse l'UE aujourd'hui ?

**Enrico Letta :** Il est clair que la crise du Covid-19 nous touche tous et qu'elle affecte à ce titre le multilatéralisme et donc inévitablement l'Union européenne (UE). Il s'agit d'un défi très difficile et compliqué à relever, s'inscrivant dans les grandes épreuves qu'a connues l'Europe. D'une part, cette crise arrive après quatre autres grandes crises intervenues dans la même décennie : la crise financière de 2008-2012, la crise du terrorisme islamique, la crise de l'accueil des réfugiés et la crise du Brexit. Le Covid-19 en constitue par conséquent la cinquième. D'autre part, l'UE étant un acteur global, elle subit la crise générale que rencontre le multilatéralisme. La difficulté et la complexité du défi découlent précisément de ce que l'UE est une enceinte multilatérale dans un environnement global dans lequel ce mode d'organisation des relations interétatiques entre en crise.

**RJSP :** Ces différentes tensions, n'ont-elles pas comme dénominateur commun : l'absence d'une souveraineté européenne ?

**E.L :** Oui, je partage l'idée qu'une souveraineté européenne puisse être la bonne solution. Je soutiens cette idée parce que toutes ces questions de « *take back control* », rendues fortes au Royaume-Uni par le Brexit et aux États-Unis, trouvent leur source dans un sentiment de perte de contrôle sur nos sociétés. Or ce sentiment ne provient pas de l'Europe mais du numérique, de la globalisation et de l'hyperconnectivité qui mettent les États en difficulté. Une souveraineté européenne serait donc un moyen pour les États de « *take control* », même si ce contrôle sera partagé.

**RJSP :** Il s'agit d'une vision un peu à contre-courant car on se souvient de Boris Johnson ou de Nigel Farage qui disaient que justement seule la souveraineté nationale permettrait de reprendre le contrôle.

**E.L :** Je pense qu'il s'agit d'une erreur liée à l'absence de prise en compte du changement de la dimension du monde. Entre 1950 et 2050, soit en l'espace d'un siècle, le changement le plus important de l'histoire de notre monde interviendra avec la population mondiale passant de 2.5 à 10 milliards de personnes ; soit une multiplication par quatre. En revanche, la population européenne restant sensiblement la même, sa part dans la population globale diminuera de 1/5<sup>e</sup> à 1/20<sup>e</sup>. Or l'idée selon laquelle la souveraineté doit être maintenue au niveau national ne tient pas compte de cette évolution pourtant fondamentale. A titre d'exemple, le Royaume-Uni, la France ou l'Italie figuraient parmi les grands pays du monde tandis qu'ils ne seront plus que des pays de taille moyenne en 2050. Face à ce changement radical, le seul moyen pour préserver une influence à travers le monde consiste à s'unifier afin que l'Europe occupe la place que les pays européens avaient jadis seuls.

**RJSP :** Justement, quand on parle d'être ensemble, on voit qu'aujourd'hui l'Europe est tiraillée entre cette tension

permanente entre les États du « Nord » et du « Sud ». Est-ce que, selon vous, il n'y aurait pas un problème structurel avec l'UE ? C'est une construction par le marché parce qu'on pensait que l'Union des marchés pouvait mener à terme à une Union sans cesse plus étroite entre les peuples. Or, on s'aperçoit aujourd'hui que c'est plutôt l'inverse, une division sans cesse plus large entre les peuples du fait du marché. Est-ce que le futur de l'UE ne devrait pas passer par plus de politique et moins d'économique ?

**E.L :** Oui, c'est précisément ce qui est en discussion actuellement. Contrairement à la crise de 2008-2012, où les réponses étaient essentiellement de nature financière, la crise actuelle nécessite une réponse tant financière, sociale qu'empreinte d'économie réelle. Le *recovery fund* et les emprunts auprès de la BEI<sup>1</sup> s'inscrivent ainsi dans le volet d'économie réelle tandis que le plan Sure<sup>2</sup> et le MES<sup>3</sup> sur la santé dans le volet social. Cette approche est réellement novatrice ; jamais auparavant ce type de réponse n'avait été apporté. Les crises impulsent souvent les changements et je pense que si cette approche est menée à bout, elle tracera la voie de l'Europe de demain : une Europe non seulement financière mais également économique et sociale. Certes, le débat n'est pas clos et des divisions subsistent mais ces dernières montrent que nous sommes au cœur du problème et que cette question est cruciale pour le futur de l'Europe.

**RJSP :** En parlant de divisions, selon vous, le départ du Royaume-Uni de l'Union des 28 peut-il être une chance ?

**E.L :** Franchement, en observant la situation actuelle, je pense que le frein principal à une Europe sociale et une Europe qui intervient sur l'économie réelle, c'est-à-dire sur la croissance, a toujours été le Royaume-Uni qui refusait toute évolution en ce sens. Le fait que le débat actuel intervienne seulement trois mois après le départ du Royaume-Uni n'est donc pas un hasard. A mon sens, le départ des Britanniques est davantage positif que négatif pour l'Europe car s'ils étaient restés, ils auraient donné de la force à la position néerlandaise, aujourd'hui en minorité. A ce niveau, leur départ a donc changé la donne. Bien évidemment en termes de pouvoir général de l'Europe, le départ du Royaume-Uni est regrettable mais selon moi, l'UE peut désormais avancer bien plus rapidement.

**RJSP :** Quand vous abordez l'opposition minoritaire des Hollandais, vous considérez de fait que l'Allemagne s'est rangée du côté de l'Italie et de la France (qui veulent plus d'Europe, la mutualisation des dettes etc.) ? Comment expliquez-vous le changement de position des Allemands qui étaient plutôt à contre-courant ?

**E.L :** Il y a plusieurs explications. La première est que cette crise est existentielle pour l'économie européenne. La plus grande puissance économique européenne sait qu'il n'y a pas

1. Banque européenne d'investissement.

2. « Temporary Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency ».

3. Mécanisme européen de stabilité.

de *decapping* : un pays ne peut être heureux au centre d'un continent malheureux. Avec un marché unique, il faut partager et cela est précisément une des grandes leçons tirées de la crise de 2008. L'Allemagne aurait certes pu soutenir quelques points mis en avant par les Pays-Bas mais elle ne pouvait rejoindre leur position dans son ensemble car elle était trop extrême.

Puis, il y a une autre raison peut-être plus importante et tactique, qui est la décision du Tribunal de Karlsruhe rendue il y a une vingtaine de jours. Cet arrêt se situe hors de toute forme de raisonnement (contre l'UE, contre Bruxelles, contre la CJUE, contre la BCE) et constitue un mélange d'animosité nationaliste tant incompréhensible qu'indéfendable. Or ayant été applaudi par les Premiers ministres polonais et hongrois, cet arrêt a marqué un coup dur pour l'Allemagne, comme un but marqué contre son camp. Cela a donc obligé Merkel à changer d'approche en soutenant désormais un leadership européen beaucoup plus large.

**RJSP : Justement, un point important, la place du citoyen dans cette construction européenne. On parle de la Pologne, de la Hongrie, on constate que les dirigeants illibéraux, pensent que l'UE est un frein au développement de leurs États. Il y a, aujourd'hui, une crise de la défiance, tant au niveau national qu'international. Comment réconcilier les citoyens avec l'UE ?**

**E.L :** Je pense que la réconciliation peut se faire par le biais de la réponse qui sera apportée à cette crise. Si elle est efficace, les gens réaliseront que sans Europe, on ne va nulle part. À ce titre, j'ai une proposition très concrète : l'Europe est en train de mettre sur la table des centaines de milliards d'euros. C'est une somme incomparable aux réponses données aux crises précédentes. Je pense, entre autres, au plan Juncker où il était question de 300 à 700 milliards d'euros mais qui en réalité correspondaient à 30 à 50 milliards, le reste provenant de l'effet de levier. Ma proposition est de ne pas donner cet argent aux États, à charge pour eux de le redistribuer, mais au contraire, que l'UE distribue ces fonds directement. Cela éviterait le jeu classique des boucs-émissaires et couperait court au discours de l'Europe des bureaucrates et « des radins » qui trouvent malheureusement toujours écho, que ce soit en Lituanie, en France, en Italie ou en Irlande. Or, ce type de discours est précisément à l'origine de l'érosion de la confiance des citoyens dans l'UE. La redistribution directe de l'argent permettrait donc que les citoyens prennent conscience de l'aide concrète que leur apporte l'UE.

**RJSP : Ce serait donc finalement une forme de monnaie hélicoptère à la sauce européenne ?**

**E.L :** Oui, mais avec des conditions, telles que le respect des aspects formels et la compréhension qu'il ne s'agit pas « d'argent cadeau ». L'argent doit être dirigé vers les chômeurs et les entreprises. Et il est essentiel que les citoyens se rendent compte que ce n'est pas leur pays qui leur offre cette aide mais bien l'Europe.

**RJSP : Est-ce que, selon vous, l'après Covid-19 va amener sur la table une révision des traités constitutifs de l'UE ou, au contraire, faire comme avant, c'est-à-dire trouver des modes de révision alternatifs comme ce fut le cas pour la crise des dettes ? Serait-ce une véritable opportunité ?**

**E.L :** À mon sens, la Conférence sur le futur de l'Europe est une véritable occasion à saisir. Cette proposition française, identifiée comme l'un des grands moments de cette période législative européenne, aurait dû débiter le 9 mai et se terminer à la fin de la présidence française de l'UE en 2022. Actuellement reportée, il est essentiel et même fondamental qu'elle ne soit pas la victime de cette crise sanitaire. C'est pour cela que je souhaite qu'elle soit relancée au plus vite afin que nous parvenions à des résultats, notamment en ce qui concerne son aspect institutionnel très important.

**RJSP : Est-ce que, pour vous, le futur de l'UE passe aussi par le développement durable et l'environnement ? Est-ce un futur axe de l'UE ?**

**E.L :** C'est l'autre grand sujet de cette législature qui a été désigné comme « *flagship* » par Ursula von der Leyen. Le risque est que cette thématique soit la deuxième victime du Covid-19, ce qui serait évidemment un désastre. Les mots de la Présidente de la Commission européenne donnent cependant confiance et, à ce titre, il est important que le budget européen soit plus conséquent pour que des réponses adéquates puissent être apportées. En tant qu'européens, nous avons une mission dans le monde d'aujourd'hui et de demain et il faut la remplir.

**RJSP : Une partie de la doctrine juridique a expliqué que les États membres de l'UE s'étaient copiés mutuellement dans leur réponse à la crise du Covid-19<sup>4</sup>. Comment comparez-vous la réponse italienne et la réponse française ? Est-ce que vous voyez des divergences ou des convergences ?**

**E.L :** Je pense qu'il y a plutôt une convergence entre les réponses françaises, espagnoles et italiennes. Certes, quelques petites divergences sont liées aux particularités géographiques. Par exemple, en Italie la réponse a été rendue plus difficile par l'existence de deux Italies : l'Italie de la Lombardie, épice mondiale de l'épidémie avec New York City, et le reste de l'Italie, très peu touché. Toute la complexité résidait donc dans la façon de composer avec ces deux situations différentes. Le choix a été fait d'appliquer les règles en vigueur en Lombardie au reste du pays même s'il n'y avait probablement pas de raisons d'appliquer des règles aussi strictes à l'ensemble du territoire. C'était une situation inédite, nouvelle et on s'est aidé comme on le fait aujourd'hui avec le déconfinement. Et les leçons pourront aussi servir à d'autres pays.

**RJSP : Vous aviez observé au sein de l'Italie un mouvement très net de défiance envers l'UE, est-ce que ce constat est encore vrai aujourd'hui ou, au contraire, est-ce qu'on se rend compte que l'UE est finalement la seule solution pour sortir de la crise ?**

**E.L :** Il y a les deux sentiments. Il y a d'un côté, un sentiment de colère et de défiance envers l'UE mais de l'autre, celui que seule l'Europe est capable d'intervenir car la Chine, la Russie et les États-Unis ne sont pas des alternatives. La colère est surtout liée aux crises précédentes comme celle des réfugiés où il n'y avait pas de solidarité, engendrant ainsi un climat de défiance. À ce jour, il faut voir comment les réponses vont être accueillies. J'espère que si les réponses sont bien appliquées, les choses s'amélioreront.

**RJSP : Vous avez parlé de la Chine et des États-Unis. Quant à l'UE, souvent décrite comme un colosse aux pieds d'argile, se pose la question de sa place dans le monde. Face aux très fortes tensions entre les Américains et les Chinois, quelle doit être la place de l'UE dans cette sorte de « nouvelle guerre froide » pour paraphraser le ministre des affaires étrangères chinois ?**

**E.L :** Je pense que l'Europe doit être unie pour éviter une nouvelle guerre froide, pour constituer la troisième puissance aux côtés des États-Unis et de la Chine et enfin, pour influencer le monde de demain sur les principaux sujets contemporains.

Les valeurs européennes doivent prospérer en ce qui concerne le défi lié au climat et sur ce que j'appelle « l'humanisme technologique », c'est-à-dire la personne au centre et non pas le marché comme aux États-Unis ou l'État en Chine. Sur toutes les problématiques liées à la protection des données personnelles et bien d'autres sujets, la personne doit être au centre. Il est essentiel de défendre cette approche différente et grâce à l'Europe cette approche peut prospérer. La nécessité d'une Europe unie est donc essentielle de mon point de vue.

**RJSP : Justement, cette commission géostratégique voulue par la nouvelle Présidente va-t-elle dans le bon sens avec**

4. <https://www.ft.com/content/bd12b3ca-779-11ea-bd25-7fd923850377>.

**finalement une recomposition des directions des commissaires autour des sujets futurs et préoccupants de l'UE ? Et peut-être ce premier pas vers une Europe de la défense ?**

**E.L :** L'Europe de la défense est encore lointaine mais je partage cette recomposition de la Commission. En réalité, l'Europe doit avoir une ambition de puissance qui permettrait de parler d'une seule voix avec des interlocuteurs tels que les États-Unis ou la Chine.

**RJSP :** Une Europe de la défense vous paraît donc improbable voire utopique ?

**E.L :** Je trouve cela assez lointain car l'Europe de la défense devra passer par la mise en commun d'aspects techniques, militaires et diplomatiques, ce qui me paraît assez irréaliste.

**RJSP :** Pour vous, cela ne verra jamais le jour ?

**E.L :** Je pense que cela viendra un jour mais pour cela il y aura probablement besoin d'une crise. Bien que j'espère qu'une crise militaire ne survienne pas, on constate combien les crises économiques sont essentielles pour faire avancer l'Europe économique. Je crains donc que seule une crise militaire – ou un événement avec un impact comparable – puisse faire avancer l'Europe de la défense.

**RJSP :** Au surplus, avec l'actualité brûlante, à quoi ressemblerait une Europe de la santé ?

**E.L :** L'Europe de la santé serait un marché unique de fourniture, de systèmes de santé mais aussi une Europe de la

recherche. Cette dernière dimension nécessite en effet des investissements conséquents ; unie, l'Europe saura être plus incisive par rapport à d'autres pays. Puis, l'aspect de prévention et de *benchmarking* sont également des questions complexes mais importantes.

**RJSP :** Vous aviez tweeté que la prochaine élection américaine était une échéance fondamentale pour l'UE. Comment expliquer le retour des États-Unis dans une logique isolationniste ?

**E.L :** Il y a deux phénomènes. Trump a certes accéléré cette tendance à l'isolationnisme mais il existait déjà une défiance des Américains envers la globalisation car celle-ci avait permis la croissance de la Chine comme superpuissance ; faisant perdre aux États-Unis leur statut de superpuissance unique. Ces deux aspects sont importants. A ce niveau, j'imagine que Biden tracerait une autre voie et qu'ainsi les élections américaines pourraient changer la donne.

**RJSP :** En guise de conclusion, quel est votre souhait pour le futur de l'UE ?

**E.L :** Que l'Europe devienne une puissance de valeurs et qu'elle soit capable de *leadership* au niveau mondial. Le monde de demain a besoin de ce genre de cette gouvernance basée sur les valeurs, sur la centralité de la personne, de l'environnement et de la protection de la nature. Seule l'Europe est en mesure de conférer à ce type de *leadership* un impact mondial.

## 16 Les AAI, symptôme de la crise de l'État ou attribut d'un État moderne ?



Michel PRADA,  
ancien Président de l'Autorité des marchés financiers

1 - Le développement des autorités administratives indépendantes en France, depuis la seconde partie du siècle dernier, a donné lieu à une abondante littérature sur les problématiques juridiques et fonctionnelles associées à cette nouvelle forme d'administration régalienne.

2 - Ancien Président de la Commission des opérations de bourse (COB) et de l'Autorité des marchés financiers (AMF) j'ai participé à ce débat, en gestionnaire plus qu'en juriste, et suis invité, « vingt ans après », à reprendre le clavier pour défendre une thèse encore souvent contredite par certains experts.

3 - Le recours à l'AAI ne dénote en rien, à mon avis, une crise, ou un effacement de l'État tel que la tradition jacobine l'a organisé en France depuis des décennies. Il correspond simplement à l'évolution de la société et, consécutivement, des modalités opérationnelles de la fonction de régulation qui appartient à l'État.

4 - Cette évolution me paraît répondre à plusieurs tendances, parfois contradictoires, dont je ne citerai que quelques-unes.

5 - La première, très manifeste dans le secteur économique et financier, concerne le désengagement progressif de la puissance publique en France à partir du milieu des années soixante-dix, le reflux de « l'économie administrée », (après la parenthèse « utopique » de 1981-1983), le développement du marché comme mécanisme microéconomique de rencontre de l'offre et de la demande de produits et de services et, plus généralement, l'épanouissement de la liberté et de la responsabilité individuelles des différents « acteurs ».

6 - La deuxième est l'internationalisation, voire la globalisation des économies et des sociétés, qui confronte le libre exercice de la souveraineté nationale à la nécessité de la convergence normative, phénomène évidemment renforcé, dans le cas de la France, par la construction de l'Union Européenne.

7 - La troisième est le développement de la complexité, dans tous les domaines de la vie en société, qu'il s'agisse du nombre, de la diversification, du rôle et de l'autonomie des acteurs, ou des mécanismes (les « process ») qui président à leurs relations, comme à l'élaboration des produits et des services échangés sur les marchés.

8 - La quatrième, qui vient en contrepoint des précédentes, correspond à la confrontation, ou à la tension, entre les comportements « libertariens » associés au désengagement de l'État et la demande de protection, de « règles du jeu » (le « *level playing field* ») qui, chaque fois que s'affrontent les intérêts, nécessite l'intervention de la puissance publique, bien au-delà d'ailleurs de la sphère économique-financière (par exemple en matière de protection des données personnelles, devenues le « nerf » de la guerre commerciale).

9 - Or l'État régalien classique est mal organisé pour gérer ces évolutions selon ses modes traditionnels d'intervention, bien adaptés aux sujets dont il a la maîtrise exclusive (l'administration fiscale, la défense, la justice, par exemple). Son organisation hiérarchique, verticale, s'articule mal avec le traitement de la complexité « au quotidien ». Le « tempo » de son intervention est de moins en moins compatible avec la vitesse du « jeu de terrain » auquel on peut comparer la vie des marchés. Sa structure et sa gestion (notamment de ressources humaines) ne permettent pas la combinaison optimale des ressources nécessaires au traitement rapide de la complexité. L'État travaille d'abord « en ligne » alors que la complexité exige de travailler « en rond ».

10 - Il existe en outre, dans une démocratie comme la nôtre, une tension croissante entre la reconnaissance de la légitimité de l'État pour la détermination des règles de base et la mise en question de la légitimité de l'Exécutif dans la prise de décision individuelle dans certains domaines ou circonstances. Le soupçon de partialité prospère sur les réseaux sociaux et nourrit les « médias », le plus souvent à tort, mais de telle manière que le besoin se fait sentir de trouver la parade à cette mise en question qui déstabilise notre société.

11 - Le recours à l'Autorité administrative indépendante apporte une réponse opérationnelle à ces défis grâce à ses principes constitutifs, tels que mis en œuvre dans notre pays, qui permettent une approche intégrée des problèmes complexes à un rythme compatible, le plus souvent, avec les besoins de la société.

12 - L'indépendance statutaire la met à l'abri du soupçon de partialité partisane. Elle est renforcée par le principe de collégialité, protection efficace contre les conflits d'intérêts et facteur puissant d'objectivité, à quoi s'ajoute une pratique effective de la transparence. La collégialité permet la pluridisciplinarité des compétences et la nomination des membres par des autorités différentes (Exécutif, Législatif, Judiciaire) gage, là encore, d'équité et d'impartialité. On peut également mettre à l'actif de ce dispositif la capacité de composer et de gérer les services « support » des collèges décisionnaires selon des modalités infiniment plus souples que celles qui président à la gestion de la fonction publique d'État. L'amalgame entre agents publics et professionnels des secteurs régulés, qui existe marginalement dans les services de l'État et souvent de manière inconfortable, est ici pratiqué de manière systématique, extrêmement souple et très efficace.

13 - Ainsi se trouve surmontée la difficulté de la gestion interministérielle, certes pratiquée de longue date par l'État, mais à un rythme peu compatible avec les nécessités de l'action quotidienne. Ainsi se trouve également résolu le problème de la

coopération entre les représentants de l'État et les professionnels ou les représentants de la « société civile », là encore organisée par l'État dans ses processus de consultation périodiques, mais de manière ciblée et non décisionnelle. Ainsi se trouve enfin garanti, par la présence de représentants des hautes juridictions, le respect de la règle de droit.

14 - L'objectif de gestion intégrée de problèmes complexes a, par ailleurs conduit, à conférer à l'AAI une compétence plurielle.

15 - Compétence normative par la production de règlements et de recommandations pratiques (la « *soft law* »). Ainsi l'AMF publie-t-elle un « règlement général » et organise-t-elle ou valide-t-elle, entre autres, les processus relatifs à l'information financière des sociétés cotées, à la gestion d'actifs pour compte de tiers, ou au fonctionnement des plateformes de marché réglementées ou organisées.

16 - Compétence décisionnelle sur les cas individuels, par la délivrance d'autorisations, de visas, de licences, concernant des documents, des opérations, des individus ou des entités.

17 - Compétence disciplinaire enfin, qui confère à l'AAI un pouvoir de contrôle, d'enquête et de sanction administrative, en cas de violation des dispositifs réglementaires.

18 - Cette polyvalence a parfois été critiquée. On la retrouve pourtant dans beaucoup de services de l'État. Elle permet, en réalité, de mettre en cohérence les différentes approches et les différents stades de développement des opérations soumises à régulation. Elle permet, également, de compléter les processus « descendants » par un retour d'expérience pouvant conduire à l'adaptation de l'amont par la pratique de « l'aval ». Elle évite, enfin, les lourdeurs propres à la fragmentation des compétences et des processus.

19 - S'agit-il, au demeurant, d'une *capitis diminutio* de l'État lui-même, conduisant à l'appauvrissement de sa capacité d'action par une captation de compétences et de savoirs traditionnellement dévolus aux administrations ministérielles, centrales et déconcentrées ? S'agit-il surtout d'un processus de fuite devant la logique de construction de la légitimité juridique, voire démocratique ? S'agit-il, enfin, d'une démarche permettant d'échapper aux principes d'organisation de la justice et de séparation des pouvoirs ?

20 - Aucune de ces critiques ne me paraît fondée. En réalité, les AAI sont, *de facto*, des « opérateurs spécialisés de l'État », pour reprendre une terminologie contemporaine généralement appliquée aux établissements publics.

21 - Leur indépendance statutaire est sans doute l'attribut qui « questionne » le plus. Il faut cependant en bien mesurer la portée.

22 - Leur statut est déterminé par la Loi qui, sur proposition de l'Exécutif, définit avec précision leur mission et leur mode de fonctionnement : en témoignent, par exemple, les nombreuses modifications qui ont affecté notre système de régulation financière depuis une trentaine d'années, le plus souvent à l'initiative de l'Exécutif (organisation du pouvoir de sanction de la COB puis de l'AMF, fusion de la COB et du Conseil des marchés financiers-autorité « professionnelle » d'autorégulation-, organisation de la gestion de l'AMF par séparation organique de son secrétariat général et de son Collège, création d'une structure de collaboration entre l'AMF et l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) pour le traitement de certaines questions de protection des consommateurs).

23 - La nomination, pour un mandat limitatif, de leurs Présidents appartient, en général, au Président de la République. Celle des membres de leurs collèges appartient à différentes autorités de l'État, dont l'Exécutif.

24 - Dans certains cas, un Commissaire du Gouvernement participe, avec voix consultative, aux réunions de leurs collègues

et peut, pour certaines décisions, exercer un droit de veto par délégation du ou des Ministres de tutelle.

25 - Leur financement est organisé par l'État, au point que la Direction du Budget a pu, ces dernières années, étendre aux AAI la pratique de « l'écrêtement des fonds de roulement », d'autant moins justifiée que les ressources ne sont généralement pas pourvues par le Budget général de l'État (à la différence du subventionnement pratiqué pour les établissements publics).

26 - Deuxième originalité apparente, le « pouvoir réglementaire » propre des AAI est, en réalité, strictement encadré par l'État. Les dispositions les plus essentielles à leur activité sont définies par l'État, par voie législative ou réglementaire. Seuls les règlements européens, d'application directe, échappent en partie à l'État qui participe, cependant, à leur élaboration, par sa présence dans les instances européennes (les AAI jouant, le cas échéant, un rôle consultatif en ce domaine, par leur participation aux travaux des organismes de régulation européens- l'ESMA dans le cas de l'AMF). Quant aux règlements émanant directement des AAI, leur valeur juridique est subordonnée à leur homologation par arrêté du Ministre de tutelle, seul compétent pour exercer le pouvoir réglementaire. Ils portent, le plus souvent, sur des dispositions très techniques d'application de textes de niveau supérieur qui s'imposent aux AAI. Sans doute, par-delà leurs règlements, les AAI pratiquent elles également le « droit mou », en publiant des guides de bonnes pratiques et des recommandations dont certains pourraient conclure qu'elles sont dépourvues de base légale. En pratique, cette « *soft law* » n'a pour but que de faciliter la mise en œuvre par les agents concernés des règles qu'il leur faut respecter. Dans le cas de l'AMF, elle est élaborée en étroite coopération avec les organisations représentatives des professions concernées, qui conseillent elles-mêmes leurs membres et sont désireuses de les aider. Six commissions consultatives contribuent ainsi de manière déterminante à l'élaboration des recommandations et guides de l'AMF, garantissant ainsi leur bonne adéquation aux besoins de leurs membres et l'application harmonieuse des normes. La « *soft law* » ne saurait ajouter des obligations substantielles, *a fortiori* contraires aux dispositifs législatifs et réglementaires et se déploie, bien entendu, sous le contrôle du juge.

27 - C'est en réalité dans l'exercice de leur pouvoir de décision sur les cas individuels-agrément, visas, contrôles, enquêtes, sanctions- que se manifeste l'indépendance des AAI à l'égard de l'exécutif. Mais c'est précisément leur « raison d'être ». Encore cette indépendance s'exerce-t-elle, très naturellement, sous le contrôle du juge, judiciaire ou administratif selon le cas.

28 - Le pouvoir disciplinaire des AAI a parfois été mis en question, certains considérant que seul le juge doit avoir compétence pour sanctionner. C'est une position irréaliste et l'existence de sanctions administratives a précédé de longue date la création des AAI, l'administration « classique » disposant dans de nombreux domaines du pouvoir de prononcer des amendes ou des sanctions professionnelles sous le contrôle du juge. Dans le cas des AAI, le pouvoir de sanction ressemble fort à celui qu'exercent les arbitres sportifs pour assurer le bon ordre et la loyauté dans le jeu de terrain. La question se pose cependant, de manière légitime, de l'articulation entre le pouvoir de sanction administrative des AAI et le pouvoir de sanction du juge pénal. Les solutions ont évolué depuis une vingtaine d'années, en raison de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme appelant au respect, absolu et formellement organisé, du principe de jugement par un tribunal impartial et du principe de droit romain « *ne bis in idem* ». Bien que j'ai personnellement contesté certains des raisonnements qui ont imposé l'évolution de notre droit en la matière, il semble que nous soyons parvenus en France à un équilibre raisonnable dans l'organisation interne

des AAI au regard du principe d'impartialité et au regard des rapports entre AAI et juge pénal. Cet équilibre est cependant obtenu au prix d'un alourdissement et d'un allongement des procédures qui porte sans doute préjudice à l'efficacité de l'ensemble compte tenu du fonctionnement des marchés financiers, à la fois continu et extrêmement rapide.

29 - Reste une dernière question qui relève moins du droit public que de la sociologie administrative : l'influence réelle des AAI par rapport à celle de leurs administrations de tutelle.

30 - Cette question peut se poser, en effet, dans la mesure où, d'une part, leur poids relatif dans l'administration de leurs secteurs est accru par l'exercice d'une compétence technique de plus en plus affirmée qui peut concurrencer celle des « bureaux » des Ministères, et, d'autre part, leur implication dans les organisations internationales dont elles sont membres avec leurs homologues étrangères peut engendrer le développement d'une diplomatie parallèle échappant au pouvoir des administrations centrales de l'État.

31 - Sur le premier point, il est clair que la réalité dépend de la qualité du dialogue entre administrations centrales et AAI, seule de nature à combler le « gap » de connaissance qui se construit inévitablement entre les « gens de terrain » et les administrateurs de l'État. La loyauté et la permanence de ce dialogue, comme la transparence du fonctionnement des AAI est seule de nature à limiter les conséquences éventuellement dommageables de la répartition des rôles. A titre d'exemple, si on additionne les effectifs de l'ACPR et de l'AMF, en charge de la régulation financière en France, on aboutit à un effectif six fois plus important que celui de la Direction Générale du Trésor qui, éventuellement en coordination avec la Chancellerie, est l'administration centrale responsable de ce secteur (qui ne constitue d'ailleurs qu'une partie de son domaine de compétence). Il est dès lors normal que l'acquis de l'AAI soit plus riche que celui de l'administration centrale. Mais le partage des connaissances et, éventuellement, la gestion des personnels permettent de remédier aisément à cette différence. Bien entendu, il convient de veiller à ce que les administrations de tutelle soient elles-mêmes dotées des moyens appropriés pour exercer leur mission, faute de quoi un déséquilibre de fait pourrait affecter, en termes de légitimité et d'efficacité, le bon fonctionnement de l'ensemble. Les administrations centrales doivent être en mesure d'accomplir leurs tâches de suivi des secteurs concernés et de préparation des décisions portées par leurs Ministres, soit par voie réglementaire, soit par voie législative.

32 - Quant à l'insertion dans le jeu international, elle est, à la fois, facteur d'efficacité et compétence encadrée dans des limites relativement claires.

33 - L'efficacité résulte d'un équilibre subtil entre la capacité d'initiative propre à l'AAI et la réduction des facteurs de ralentissement ou de paralysie propres à la diplomatie « classique ».

34 - Par leur participation aux travaux des organisations internationales d'autorités analogues, l'AAI contribue à la convergence des normes, à la consolidation d'une concurrence loyale, au partage des connaissances, et à la construction d'un réseau facilitant la nécessaire coopération qui conditionne l'efficacité de la régulation dans les domaines où se développe la globalisation des activités et des échanges. Dans le domaine financier, on peut illustrer ces mérites par référence aux « objectifs et standards de la régulation financière » établis en 1998 et développés depuis, en cadence de l'évolution des marchés et de la coopération internationale, par l'Organisation Internationale des Commissions de Valeurs Mobilières (OICV ou IOSCO). On peut également citer la signature, par un nombre croissant de ses membres, du « Multilateral Memorandum of Understanding » qui organise la coopération des régulateurs dans l'exercice de leur fonction « disciplinaire », confrontée aux complexités de la globalisation.

35 - Cette démarche pourrait, bien entendu, être conduite dans le cadre de la diplomatie classique et utiliser l'instrument du Traité international. Mais on voit bien que la matrice de cette démarche est infiniment plus complexe, en raison des multiples considérations qui déterminent le jeu diplomatique : un accord multilatéral sur un échange d'information sur des opérations de marché, nécessaire à leur surveillance et, éventuellement, à l'identification des auteurs d'infractions, organisé par traité, pourrait être conditionné par le contexte global de la relation entre les pays considérés, par la nécessité de résoudre des désaccords ou des tensions affectant des domaines totalement différents et se trouver enlisé pendant des années, jusqu'au moment où le « déblocage » intervient dans les domaines problématiques. A titre d'illustration, le « MMOU » de l'OICV, négocié entre AAI en 2002, a été très rapidement adopté et appliqué par les AAI de la majorité des « grands marchés ».

36 - En ce domaine, une fois encore, l'AAI connaît bien sûr ses limites et doit prendre en compte les données de l'environnement dans lequel elle intervient. Si elle les outrepassait, sa signature sera vite mise en question par l'autorité dont elle relève et dont elle aurait négligé de respecter les positions fondamentales.

37 - Pour conclure, la mise en cause du recours aux autorités administratives indépendantes me paraît infondée. Leur instauration répond à un besoin avéré de régulation de la société qui nécessite, dans certains domaines, des méthodes nouvelles. Elle s'accompagne de toutes les précautions juridiques et opérationnelles qui garantissent la légitimité de leur action et le respect de la règle de droit. Il est donc naturel qu'on en constate le développement dans tous les pays démocratiques modernes. ■

## 17 La RSE : une mutation des relations entre États et entreprises



**Pierre-Louis PÉRIN,**  
avocat associé du cabinet Bersay,  
professeur affilié à l'École de Droit de Sciences Po



**Hugo PASCAL,**  
doctorant en droit civil à l'université Paris 2 Panthéon-Assas,  
ancien élève de l'École de Droit de Sciences Po (2019)

1 - « Ressourcer le monde », c'est désormais la mission affichée par Veolia dans ses « Engagements pour un développement durable »<sup>1</sup>. Généralement définie comme « l'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes »<sup>2</sup>, la responsabilité sociale et environnementale (RSE) est classiquement présentée comme une idée ancienne mais un concept récent<sup>3</sup>, désormais au cœur de tous les discours sur la gouvernance des entreprises. Elle marque surtout une inscription de la société dans des nouvelles « formes de gouvernamentalité »<sup>4</sup>, fruit d'un nouveau décalage créé par la mondialisation entre un marché désormais déterritorialisé et des États régulateurs qui ne sont plus aujourd'hui des formes homogènes et superposées<sup>5</sup>. L'interdépendance croissante entre les économies, permise par la mondialisation et encouragée par le libre-échange, a progressivement fait disparaître les marchés institués par les frontières au point que l'État-nation conçu comme le protecteur d'un territoire étroitement délimité a pu être considéré comme un modèle historiquement daté<sup>6</sup>. Si la mondialisation de l'économie s'est bien accompagnée de la création d'autorités internationales garantes de la sécurité monétaire<sup>7</sup>, on remarque qu'aucune autorité de ce genre n'a véritablement émergé en matière sociale ou environnementale<sup>8</sup>, certains auteurs allant même jusqu'à s'interroger sur la potentielle dimension périphérique du droit et des juges dans la mondialisation<sup>9</sup>.

2 - La RSE a de multiples dimensions, qui vont du simple *marketing* à la transformation des structures sociétales. Elle peut être envisagée comme essentiellement « cosmétique »<sup>10</sup>, mais elle a aussi été présentée comme « un moyen de doter la mondialisation de règles sociales et écologiques, avec la particularité de laisser les opérateurs économiques choisir à cette fin celles qui leur sont le mieux adaptées »<sup>11</sup>. Cette dynamique est apparue alors que la décentralisation par les entreprises de leurs activités de production ou d'échange a remis en cause la capacité des États à encadrer de manière holiste et unilatérale leurs activités internationales<sup>12</sup>. Ces mutations ont poussé les États à accepter, face à des défis qui dépassent le cadre de leur territoire et de leur souveraineté, une intervention accrue des acteurs économiques qui ont entendu par cette voie affirmer des valeurs, adopter une culture éthique particulière<sup>13</sup> et développer des règles de conduite susceptibles d'encadrer leurs activités économiques et leurs interactions avec l'ensemble de leurs parties prenantes (salariés, fournisseurs, sous-traitants, clients, collectivités territoriales)<sup>14</sup>. En déployant une stratégie globale, conçue à une échelle supranationale, les entreprises tendent à construire des dispositifs de régulation indépendants de l'intervention et des frontières étatiques afin de satisfaire des attentes qui dépassent ce qui est traditionnellement attendu d'elles, c'est-à-dire de générer de la valeur pour leurs actionnaires, et qui tend à devenir un nouveau devoir opposable pour elles<sup>15</sup>.

3 - Cette évolution apparaît d'autant plus frappante en France, où l'État reste « la trame de fond » sur laquelle s'est construite la Nation<sup>16</sup>. Son action s'inscrit désormais à l'intérieur des contraintes posées par un nouvel ordre transnational dans lequel les entreprises sont des acteurs à part entière qui déploient des stratégies autonomes et avec lesquelles il doit désormais composer et interagir, y compris dans l'élaboration des normes desti-

1. Veolia, « Nos engagements pour un développement durable », 2015, 2019 : « La prospérité de Veolia est fondée sur son utilité pour l'ensemble de ses parties-prenantes, clients, actionnaires, salariés, fournisseurs, populations actuelles et générations futures, dans les différents territoires où elle intervient ».  
2. « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises », Livre vert, Com (2001), p. 366.  
3. X. Dieux et F. Vincke, « La responsabilité sociale des entreprises, leurre ou promesse ? », *RDAL*, 2005, p. 13.  
4. M. Foucault, *Naissance de la biopolitique*, Cours au Collège de France, Gallimard-Seuil, 1978-1979.  
5. M. Shapiro, « *The success of Judicial Review and Democracy* », in Martin M. Shapiro et A. Stone Sweet (eds), *On Law, Politics and Judicialization*, Oxford University Press, pp. 149-183, 2002. Pour une analyse récente dans le contexte de l'extraterritorialité du droit américain, v. aussi A. Garapon et P. Servan-Schreiber, *Deals de Justice : Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, PUF, 2013, p. 168.  
6. M. Abélès, *Anthropologie de la globalisation*, Payot, 2008, p. 280.  
7. H. James, « *Monnaie et mondialisation : les leçons de l'histoire* », *Revue d'économie financière*, 2015/3, pp. 17-34. Pour un débat récent sur ce thème, on pourra notamment se référer à la réaction négative des États contre la monnaie Libra imaginée par Facebook, v. not. F. Aggeri, Libra : « Facebook face à la raison d'État », *Alternatives économiques*, août 2019.  
8. F.-G. Trebulle, « Les fonctions de la responsabilité environnementale : réparer, prévenir, punir », in *La responsabilité environnementale Prévention, imputation, réparation*, dir. Ch. Cans, préf. G. Viney, Dalloz 2009, p. 45.  
9. M. Shapiro, « *The success of Judicial Review and Democracy* », *op.cit.*

10. R. Family, « La responsabilité sociale de l'entreprise : du concept à la norme », *D.*, 2013, p. 1558.  
11. A. Supiot, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Études offertes à Jean Pélissier. Analyse juridique et valeurs en droit social*, Paris, Dalloz, 2004, p. 541-558, 543.  
12. v. J. Biron et G. Goffaux Callebaut, « La juridicité des engagements socialement responsables des sociétés : regards croisés Québec-France », *Les Cahiers de droit*, septembre 2016, p. 355-547.  
13. *Ibid* ; v. aussi J. Ballet, F. Bry, A. Carimentrand, P. Jolivet, *L'entreprise et l'éthique*, Seuil, 2011, p. 24.  
14. P. Abadie, *Entreprise responsable et environnement. Recherche d'une systématisation en droit français et américain*, Bruylant, 2013, p. 320.  
15. A. Garapon et M.-O. Padis, « L'État entre effacement et réaffirmation », *Revue Esprit*, février 2013.  
16. Intervention de Jean-Marc Sauvé à l'occasion des 80 ans de la Revue Esprit. Table-ronde sur les transformations de l'État, effacement ou montée en puissance ?, 8 avril 2013.

nées à les régir<sup>17</sup>. Cette métamorphose mérite qu'on en analyse pleinement les effets. Le rôle de l'État régulateur se réinvente au niveau du marché global par des approches pragmatiques et progressives. L'État conserve ses prérogatives régaliennes essentielles, mais il invente également de nouveaux modes d'intervention et d'orientation et répond ainsi aux sollicitations venant de toutes parts pour prendre en charge la complexité et les incertitudes du monde qui vient.

## 1. Ce que les entreprises doivent à l'État

4 - Evoquer un possible effacement de l'État semblerait aujourd'hui, au cœur de la crise pandémique mondiale de 2020, presque anachronique : les efforts mis en place par les gouvernements au titre de l'activité partielle ou à travers les nombreux plans de soutien et fonds de solidarité sectoriels pour faire face aux effets économiques de la crise, inédits dans leur ampleur, ont brutalement replacé au grand jour la dépendance des entreprises envers l'État-nation. La pandémie a été traitée essentiellement comme une question nationale, y compris au sein de l'Union européenne – du moins jusqu'à l'adoption du plan de relance de juillet 2020<sup>18</sup>. Cela a donné une illustration parfaite du rôle des États-nations comme des politiques publiques en tant qu'« écluses de la mondialisation »<sup>19</sup>. Parallèlement, et de manière permanente, l'État continue de définir la nature et l'existence même des entreprises (A) et créé les conditions nécessaires à leur activité (B).

### A. - Une existence conditionnée par l'État

5 - « *Corporations are legal constructs, created only through the operation of state law* »<sup>20</sup> rappelait un éminent auteur. La personnalité juridique est reconnue par l'État aux sociétés dans un but déterminé : les personnes morales voient leur capacité généralement limitée par le principe de spécialité, si bien qu'une société ne peut accomplir que les actes juridiques qui correspondent à son objet, déterminé dans les statuts. A cet égard, il est toujours agréable au juriste de se replonger dans une controverse du passé, pour y trouver des éclairages sur ce qui nous occupe aujourd'hui. L'opposition entre les théories de la fiction et de la réalité des personnes morales a fait les beaux jours de la doctrine : le droit est-il bien à l'origine de cette reconnaissance ou se contente-t-il d'entériner une force d'expression et d'action qui s'impose à lui ?<sup>21</sup> On se souvient en particulier ici de l'aversion qu'exprimait Léon Duguit pour « les idées abstraites et métaphysiques qui camouflent les réalités juridiques »<sup>22</sup>, faisant ainsi l'exégèse de ce qu'avait pu écrire Savigny près de cent ans plus tôt dans un contexte marqué par la domination du volon-

tarisme<sup>23</sup>. Dans un vocabulaire imagé, d'éminents auteurs ont pu plus tard rappeler que « la personne morale n'est pas une personne ; ni souffrante ; ni aimante, sans chair et sans os, la personne morale est un être artificiel. Et Casanova le savait bien, qui poursuivit nonnes et nonnettes, mais ne tenta jamais de séduire une congrégation ; on n'a jamais troussé une personne morale »<sup>24</sup>. Or l'absence d'existence corporelle, physique, à l'image de la personne humaine, n'empêche pas de reconnaître l'existence juridique de groupements d'individus ou d'intérêt collectifs. La Cour de cassation avait ainsi pris parti pour la théorie de la réalité en affirmant que « la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés »<sup>25</sup>.

6 - En subordonnant la naissance de la personnalité morale de certains groupements à une formalité administrative, et donc à une reconnaissance par l'État, le législateur est ensuite venu appliquer, de manière implicite, la théorie de la fiction. Ceci nous apprend qu'une société ne serait pas une personne sans l'immatriculation : il faut la marque de l'État pour qu'elle se voie conférer ces atouts si importants que sont l'autonomie patrimoniale et la capacité d'être un sujet de droit. L'État garde ainsi l'initiative de la reconnaissance des acteurs sociaux et influe sur les moyens d'action à leur reconnaître. L'objet social continue en ce sens de déterminer le champ de leur capacité : si, nous le verrons, les dispositions de la récente loi PACTE invitent les entreprises à dépasser une vision limitée par les œillères de leur spécialisation, cette dernière reste au cœur de leur définition<sup>26</sup>. Les articles 1832 et 1833 et du Code civil rappellent avec constance que les sociétés poursuivent un objet limité, défini par leurs statuts en vue de dégager un profit et de le partager entre ses associés. Cependant, l'objet social est librement défini par les statuts, de sorte qu'il ne limite le champ d'action des sociétés que dans la mesure voulue par les associés, dans la limite de l'ordre public et des bonnes mœurs.

7 - La maîtrise par l'État du fait sociétaire n'est pas marquée que par l'exigence d'une immatriculation, ou par le principe de spécialité. Elle résulte également de la définition par la loi du cadre sociétaire. On peut prendre l'exemple du débat actuellement renaissant sur la responsabilité limitée des apporteurs de capitaux. Il s'agit d'un privilège reconnu aux associés de certaines formes de sociétés, les exonérant des pertes de leur société au-delà du montant de leur apport. Pour jouir de cette construction légale, il convient de choisir l'une des formes sociétaires offrant cette particularité<sup>27</sup> et de respecter le cadre fixé par la loi et par les juges : éviter l'immixtion et la confusion, ne pas agir en dirigeant de fait, faire preuve d'une vigilance raisonnable. Ce privilège est aujourd'hui remis en cause par certains auteurs, au point que certains y voient un « accident de l'histoire »<sup>28</sup> et non plus une invention aussi simple que géniale, favorisant l'allocation des capitaux aux projets les mieux conçus et les mieux gérés et évitant les effets de dominos de la responsabilité

17. *Ibid.*

18. A. Alemanno, « The European Response to COVID-19 : From Regulatory Emulation to Regulatory Coordination ? », *European Journal of Risk Regulation*, Volume 11, Special Issue 2 (Taming COVID-19 by Regulation), June 2020, pp. 307-316.

19. D. Djaïz, *Slow Démocratie, Comment maîtriser la mondialisation et reprendre notre destin en main*, Allary Editions, p. 320.

20. J. Bakan, « The invisible hand of law : Private regulation and the rule of law », *Cornell Int. Law Journal*, 2015, p. 279.

21. Pour une synthèse sur les thèses en présence v. J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, pp. 73-144 ; N. Baruchel, *La personnalité morale en droit privé. Elements pour une théorie*, LGDJ, 2004.

22. v. F. Melleray (dir.), *Autour de Léon Duguit. Colloque commémoratif du 150<sup>e</sup> anniversaire de la naissance du doyen Léon Duguit*, Bordeaux, 29-30 mai 2009, Bruylant, coll. Mélanges, 2011 ; également S. Pinon, « Léon Duguit face à la doctrine constitutionnelle naissante », *RDP*, n° 2-2010, pp. 523-548.

23. F.C. von Savigny, *Traité de droit romain*, trad. de *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840, par C. Guénoux, Paris, 1841, p. 234 et s.

24. M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 32<sup>e</sup> édition, 2009.

25. Cass Civ 2<sup>e</sup>me, du 28 janvier 1954, 54-07.081.

26. Pour une première contribution sur la question dans cette revue, v. P.L. Périn, « Intérêt social élargi : un nouveau pacte pour l'entreprise », *Revue des Juristes de Sciences Po*, janvier 2019.

27. SARL, SA, SAS, SCA (pour les commanditaires) et SE en droit français.

28. R. Bismuth, La responsabilité (limitée) de l'entreprise multinationale et son organisation juridique interne – Quelques réflexions autour d'un accident de l'histoire, in SFDI, *L'entreprise multinationale et le droit international*, Pedone, 2017, p. 429.

en chaîne. Il nous semble que ces critiques pointent les excès d'une irresponsabilité des maîtres de l'affaire, plutôt que des simples apporteurs de capitaux ; les exemples d'abus portent sur les constructions de groupes (filiales à 100%), ou sur le sort trop favorable des dirigeants ayant participé directement à la déconfiture de leur entreprise ou de leur secteur. Lors de la chute de *Lehman Brothers* en 2008, qui aurait voulu demander aux actionnaires perdant toute la valeur de leurs actions de renflouer la banque ou d'indemniser ses clients ? Mais qui n'aurait pas souhaité que les dirigeants de la banque remboursent les bonus gagnés en accumulant les mécanismes financiers toxiques ? On voit en tout cas que ce que le droit a donné, il pourrait le reprendre, aujourd'hui dans un certain nombre de cas pathologiques (immixtion et confusion, voire défaut de vigilance), demain peut-être de façon plus systémique.

### B. - Un développement favorisé par l'État

8 - Les relations entre les entreprises et l'État sont marquées par une ambiguïté. D'un côté, l'on célèbre la puissance des grands groupes, qui se fonde sur plusieurs facteurs : la liberté d'entreprendre couplée à la mondialisation, les succès économiques forgés pendant des décennies de paix et de prospérité, la capacité à créer des richesses et à accumuler les profits, et la légitimité et la confiance<sup>29</sup> qui en résultent pour les entreprises. D'un autre côté, rien de ce qui vient d'être énoncé ne saurait exister si les États n'apportaient pas aux entreprises la sécurité juridique, des politiques économiques servant leur développement et même un soutien à leur développement à l'international. Or ces trois ordres de soutien sont souvent passés sous silence, comme s'il s'agissait d'acquis intangibles. Il n'en est rien, et cela mérite d'être rappelé.

9 - Que seraient les entreprises si elles ne trouvaient pas auprès d'un appareil administratif et judiciaire d'État le moyen de faire garantir leurs propriétés (l'on songe notamment à la propriété intellectuelle), reconnaître leurs droits et sanctionner leur violation ? La poussée libertarienne accompagnant l'apparition de la *blockchain*, qui a connu son acmé en 2017, a pu faire penser, un bref mais intense instant, que l'on pourrait se passer d'autorités administratives et judiciaires pour créer et faire vivre un ensemble de droits ou un « nœud de contrats » fondés entièrement sur l'enchaînement des *smart contracts*. Les désillusions qui ont suivi n'ont pas manqué de rappeler l'importance d'un cadre légal et de l'intervention d'un juge et d'un régulateur, pour distinguer le bon grain (nouvelle technologie facilitant le financement et le contrôle, au profit de nouveaux modèles économiques) de l'ivraie (défaut de transparence et d'information, voire dans certains cas pure escroquerie). On s'est ainsi aperçu que la plupart des projets présentés devaient se structurer comme des sociétés immatriculées classiques, et à défaut seraient des sociétés créées de fait. Par ailleurs, la levée de fonds par les nouvelles *initial coin offerings* devait rentrer dans la grille d'analyse des offres au public de titres financiers, sous le contrôle des régulateurs tels que la *Securities Exchange Commission* ou l'Autorité des Marchés Financiers (AMF). Le cadre légal mis en place en France, en l'espace de quelques mois et particulièrement autour de la loi PACTE de mai 2019, montre bien comment les innovations technologiques et les modèles d'affaires les plus disruptifs sont nécessairement captés par le système juridique étatique.

29. En 2018, 72 % des salariés d'entreprises de plus de 250 salariés (cadres et non-cadres) déclaraient avoir confiance dans leur propre entreprise selon l'Indice National du Capital Confiance, <<https://www.institutmontaigne.org/publications/et-la-confiance-bordel-0>>.

10 - Il ne s'agit certes pas d'une découverte. Si Coase s'est attaché à montrer qu'en l'absence de coûts de transactions, la distribution initiale des droits n'aurait aucune importance – puisque les agents arriveraient à négocier de façon à obtenir une allocation efficiente des ressources<sup>30</sup> – c'est pour mieux justifier *in fine* la pertinence des organisations mais aussi, par extension, la nécessité d'un régulateur dans un monde où les hypothèses théoriques de la concurrence pure et parfaite ne se trouvent pas vérifiées. Parallèlement, l'intention – ou en tous les cas la rhétorique – d'Hayek consistera à démontrer que certaines sociétés se développent plus vite et mieux parce qu'elles ont choisi certaines règles sociales<sup>31</sup>, dessinant ainsi les traits d'une « sélection naturelle des systèmes normatifs par la mise en concurrence des droits et des cultures à l'échelle internationale »<sup>32</sup>. A l'image d'Adam Smith qui s'interrogeait sur la « nature et les causes de la richesse des nations », l'analyse économique du droit qu'il préfigure tentera donc de montrer que certaines règles « marchent mieux » que d'autres, et que les Nations qui ont adopté ces règles se développent plus vite<sup>33</sup>. Encore faudrait-il que l'on s'entende sur ce qu'est la richesse d'une nation et que l'on parvienne à trouver une *Wertfreiheit*<sup>34</sup>.

11 - Les fonctions régaliennes et l'état du droit – dont dépendent la protection de la propriété privée et une sécurité juridique effective – définissent l'attractivité économique d'un pays dans un monde où les acteurs économiques sont devenus plus mobiles. Aujourd'hui, l'idée de mise en concurrence des systèmes de normes comme méthode de sélection des meilleures d'entre elles<sup>35</sup> est avant tout définie par des rapports entre États que le rapport *Doing Business* ou l'*Index de la sécurité juridique* tentent tant bien que mal de cerner. Établi depuis 2004 par la Banque mondiale, le rapport *Doing Business* aide « les consommateurs de droit » en évaluant les droits nationaux à l'aune de l'efficacité économique et établit un classement des meilleurs pays en termes d'installation d'une entreprise<sup>36</sup>. Il comporte plusieurs critères visant la sécurité juridique, par exemple l'enregistrement d'une propriété, l'exécution des contrats, la protection des investisseurs. Mais il ne mentionne pas la possibilité de créer une personne juridique autonome et que celle-ci lance librement l'activité économique de son choix. Que cela soit supposé acquis, ou du moins nécessaire pour rentrer dans ce classement mondial, montre le succès planétaire de ce modèle libéral, qui ne reste possible qu'avec l'accord et la garantie des États considérés.

12 - Mais l'apport de l'État aux entreprises ne se limite pas à une garantie de sécurité juridique : à cet apport immatériel s'ajoutent des apports bien matériels, mais non comptabilisés,

30. R. H. Coase, « The nature of the firm », *Economica*, 1937.

31. On pourra ici s'appuyer encore sur une étude d'H. Muir-Watt qui analyse les thèses récemment développées par l'analyse économique en vue de déterminer les critères d'une allocation optimale des ressources étatiques au niveau mondial (il est communément admis d'ailleurs que l'analyse juridique des religions en droit américain relève de l'idée de mise en concurrence des croyances), v. not. H. Muir-Watt : *Aspects économiques du droit international privé (Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions)*, Académie de droit international de La Haye, Recueil des cours, vol. 307, 2004.

32. A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010, p. 65.

33. Sur la thèse de l'effcience de la *common law*, v. I. Ehrlich et R. Posner, « An economic analysis of legal rulemaking. » *Journal of Legal Studies*, 1974, p. 257-286 et R. Posner, « What do judges and justices maximize ? », *Supreme Court Economic Review*, 1994.

34. M. Weber, *Le Savant et le Politique* (1917 et 1919), préface de Raymond Aron et traduction par Julien Freund, Plon, 1959.

35. Pour une approche critique sur cette question v. A. Supiot, « Contribution à une analyse juridique de la crise économique de 2008 », *Revue internationale du Travail*, 2010.

36. <https://francais.doingbusiness.org/>.

ce que certains appellent des externalités ou encore des communs, dont les entreprises profitent sans les intégrer dans leur propre comptabilité. Certes, l'État n'est pas propriétaire des biens communs que sont l'air ou la nature ; mais en tant que garant de l'intérêt public, on peut se demander s'il n'a pas attendu un peu trop longtemps avant de légiférer sur le préjudice écologique, le principe de précaution ou le devoir de vigilance.

13 - Par ailleurs, les entreprises semblent se débarrasser de certaines externalités négatives, sans supporter le coût correspondant : la pollution directe, mais aussi l'épuisement des ressources liées à une surexploitation, voire l'épuisement de l'écosystème tout entier par des productions non soutenables dans le temps forment des équations aujourd'hui sans réponse. Tout ceci fait des entreprises « de formidables machines à produire des externalités »<sup>37</sup>, sans que cela affecte leur profit et sa distribution. C'est pourquoi de nombreuses propositions visent à prendre en compte comptablement ces externalités<sup>38</sup>.

14 - L'État est également un fournisseur naturel d'externalités positives, telles que la formation de jeunes diplômés aptes à rejoindre l'entreprise, ou encore d'un réseau de transports idoine. L'analyse n'est pas nouvelle : dès les années 1980, les théories de la croissance endogène ont permis, en réponse au modèle de Solow, de comprendre et comptabiliser les effets cumulatifs de la croissance. Celle-ci établit les bases de sa poursuite dans une sorte de cercle vertueux, à travers les investissements en capital humain ou dans les infrastructures<sup>39</sup> qui offrent aux agents économiques des externalités positives et sont sources de rendements croissants. Certes l'entreprise les finance via l'impôt, ce qui rend si sensible la question de la gestion fiscale des grands groupes au niveau international.

## 2. La nouvelle place de l'entreprise dans la définition et la réalisation des choix collectifs

15 - En déployant une stratégie globale, conçue à une échelle supranationale, les entreprises ont répondu – ou anticipé parfois – les attentes de la société civile et les entreprises ont peu à peu investi des domaines qui, classiquement, constituaient l'apanage de l'État (A). Cette nouvelle approche s'est traduite par le déploiement de stratégies autonomes, y compris dans l'élaboration de normes dont le statut reste encore à déterminer (B). L'État n'est pas pour autant effacé et invente de nouveaux modes d'intervention et d'orientation prenant pour base une logique de responsabilité (C).

### A. - Le dépassement de l'injonction friedmannienne

16 - « *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits* »<sup>40</sup>. Dans un article au titre éloquent, Milton Friedman affirmait ainsi, il y a juste cinquante ans, qu'« il y a une et seulement une seule responsabilité du monde des affaires : utiliser ses ressources et les engager dans des activités destinées à accroître

son profit »<sup>41</sup>. Cette affirmation ne faisait que reprendre la vision néoclassique aux termes de laquelle l'entreprise ne constitue nullement une organisation mais doit être réduite au producteur, propriétaire des moyens de production qui poursuit logiquement un objectif de maximisation du profit<sup>42</sup>. Même dans un contexte de rationalité limitée et de développement des technostructures<sup>43</sup>, propre à donner un pouvoir croissant aux *managers*, les actionnaires devaient être considérés « les seuls propriétaires de l'entreprise » et « si ce n'est à eux que revient de prendre les décisions sur son avenir, c'est leur intérêt et lui seul que doit examiner le *management* lorsqu'il prend une décision »<sup>44</sup>.

17 - Cette approche apparaît aujourd'hui datée : la formation progressive d'une opinion publique exerçant « un magistère de surveillance »<sup>45</sup> et les stratégies déployées par un ensemble d'individus et groupes à l'échelle mondiale ont donné naissance à un mouvement de responsabilisation des entreprises qui leur donne paradoxalement un nouveau statut. « Le point de vue final de la rationalisation de la vie » décrit par Max Weber<sup>46</sup>, ainsi que les moyens préconisés et mis en application par le capitalisme, n'ont jamais été aussi remis en question. Les concepts d'« entreprise citoyenne »<sup>47</sup> et plus récemment d'« entreprise politique »<sup>48</sup> ont ainsi tenté de mettre en lumière la nécessité pour les entreprises de toujours plus prendre en compte l'environnement physique politique et social dans lequel elles s'insèrent. Ce phénomène semble transgresser l'interdiction fulminée par Friedman en 1970, pour qui l'entreprise, ne disposant pas de la légitimité démocratique, ne saurait définir par elle-même les choix politiques, sociaux ou environnementaux ; mais Friedman reconnaissait qu'une entreprise exerçant une responsabilité sociale servant son propre développement par « *window dressing* » n'encourt que le reproche de l'hypocrisie<sup>49</sup>. Or force est de constater que les entreprises revendiquant le plus fort leur citoyenneté le font souvent comme un argument de différenciation au service de leur succès commercial.

18 - Cette évolution est d'abord l'œuvre d'une société civile devenue le premier promoteur d'une « éthique de la mondialisation » en agrégeant les inquiétudes portées sur les relations de travail, les droits de l'homme, la corruption ou la protection des consommateurs dans un nouveau contexte d'intensification des échanges internationaux<sup>50</sup>. Les démarches contentieuses de groupements particulièrement actifs et de plus en plus juridiquement structurés se sont multipliées dans un contexte marqué par des scandales environnementaux, sociaux ou sanitaires largement relayés dont les récents procès climatiques constituent certainement le laboratoire<sup>51</sup>.

19 - Cette préoccupation est désormais également intégrée par les marchés financiers : l'activisme social et environnemental a pris de plus en plus de place au sein de l'activisme actionnarial. Les objectifs de développement durable (ODD) et les questions non strictement financières dans leur stratégie d'investissement

37. J.-P. Robé, *Le temps du monde de l'entreprise – Globalisation et mutation du système juridique*, Dalloz 2015, p. 393.

38. J.-P. Robé, *The Shareholders' value Mess (and how to clean it up)*, 2019 – De Gruyter – Published Online : 2019-10-11 DOI : <https://doi.org/10.1515/ael-2019-0039>.

39. Depuis les travaux d'Aschauer et malgré la persistance des débats, les études macroéconomiques ont révélé la forte influence des infrastructures sur la croissance et la productivité globale des facteurs développés depuis la Seconde Guerre mondiale ; v. D. Aschauer, « Is public Expenditure Productive ? », *Journal of Monetary Economics*, 1989, p. 177-200.

40. M. Friedman, « The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits », *The New York Times*, 1970.

41. *Ibid.*

42. F.A. Hayek in *The corporation in a democratic society : in whose interest ought it to be and will be run*, 1960.

43. J.K. Galbraith, *Le nouvel État industriel*, Ed Gallimard, 1967.

44. B. Girard, « Responsabilité sociale des entreprises : retour sur un article de Milton Friedman », *Les cahiers de la CRSDD*, mai 2013.

45. B. Badie, *La diplomatie et l'intrus. L'entrée des sociétés dans l'arène internationale*, Fayard, 2008.

46. M. Weber, *L'Éthique du Protestantisme et l'esprit du capitalisme*, 1904.

47. H. Bowen, « *Social Responsibilities of the Businessman* », 1953.

48. Pour un ouvrage récent v. P. Demurger, *L'entreprise du XXIème sera politique ou ne sera pas, L'aube*, 2019.

49. *op. cit.*

50. OCDE, *Responsabilité des entreprises, Initiatives privées et objectifs publics*, p. 35.

51. Sur ces enjeux v. dans cette revue J. Rochfeld, « Procès climatiques : une voie pour le commun », *La Revue des juristes de Sciences Po*, janv. 2020.

sont pris en compte de manière croissante par les fonds de pension et certains fonds activistes. La généralisation des « filtrages éthiques » sur la base de critères ESG proposés aux clients de fonds d'investissements et prenant la forme d'une liste rouge des entreprises controversées pour les dissuader d'investir un volume d'actifs croissants en est une illustration marquante. De la même manière, le fonds norvégien – né du placement des profits de l'exploitation du gaz de mer du Nord – a décidé d'exclure en 2019 de son portefeuille 134 entreprises du secteur de l'exploration et de la production du pétrole et du gaz pour une valeur totale de 7 milliards d'euros d'actifs<sup>52</sup>. Cette évolution, que l'on retrouve de façon encore plus nette dans le secteur de la défense où certains fonds et entreprises remettent en cause le financement d'entreprises produisant des systèmes de défense et d'armement<sup>53</sup>, caractérise un monde en mouvement où, aux exigences de rentabilité économique se sont juxtaposées des considérations non financières en croissance évaluées de façon de plus en plus précise<sup>54</sup>. L'actualité nous montre enfin que certains groupes de personnes attendent de plus en plus des entreprises qu'elles prennent position sur des sujets de société clivants (à l'exemple du mariage homosexuel ou du mouvement *Black Lives Matter*).

20 - Cette prise en considération de ces enjeux s'est matérialisée en pratique par de nouvelles démarches de régulations émanant des acteurs privés. L'OCDE fut ainsi la première organisation internationale à proposer, dès 1976, un ensemble de Principes directeurs à l'attention des multinationales en matière d'emploi, de relations professionnelles ou d'environnement. Plus tard, les *United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights*, établis par le Pr John Ruggie à la demande du secrétaire général de l'Organisation, ont renforcé les liens entre les entreprises et les droits de l'homme, essentiellement entendu jusqu'alors au sein d'une relation entre individus et États, et ont apporté les fondements théoriques de ce qui deviendra le devoir de vigilance, qui reste encore aujourd'hui une particularité légale française, mais qui nourrit des embryons de jurisprudence et des projets de chartes ou traités internationaux.

21 - De leur initiative propre ou en systématisant à l'échelle de leur activité des obligations régionales – à l'image du *Foreign Corrupt Practices Act* – au moyen de « chartes éthiques », de « codes de conduites » ou « guides de bonnes pratiques, autant d'éléments tenus pour équivalents et qui caractérisent un phénomène d'« auto-régulation » dans lequel il appartient à l'entreprise elle-même de définir ses priorités dans des domaines qui, classiquement, restaient l'apanage de l'État.

22 - Cette évolution de ce qui est désormais attendu des entreprises – et de l'attitude souvent proactive de celles-ci – traduit un changement de paradigme : comme l'énonce un éminent auteur, « *Private regulation therefore often « operate[s] as a substitute for public regulation »*<sup>55</sup>. Or l'État s'est construit en France comme le garant de l'intérêt général qui est regardé comme « la pierre angulaire de l'action publique dont il détermine la fina-

lité et fonde la légitimité »<sup>56</sup>. Il se voit aujourd'hui concurrencé dans des domaines qui lui étaient classiquement réservés sans qu'il soit possible pour autant de tracer d'une main ferme les contours d'un nouveau modèle d'interactions<sup>57</sup>. En effet, c'est parfois à l'initiative de l'État que certains pouvoirs de régulation sont donnés aux entreprises en suivant une logique incitative : suivant les pas de l'« *enlightened shareholder interest* » anglais, la loi Pacte est ainsi venue ajouter à l'article 1833 du Code civil un second alinéa aux termes duquel « la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ». Ces nouvelles prescriptions obligent les entreprises à dépasser une vision limitée par les « œillères de leur spécialisation » même si celle-ci reste au cœur de leur définition et que les dispositions évoquées ne confèrent pas à l'entreprise une vocation universelle. Ces nouvelles jonctions restent en effet placées dans un ordre second de priorité : leur caractère raisonnable exprime une intensité limitée par les moyens à mettre en œuvre et l'exigence de gravité des atteintes traduit la nécessité d'en tracer le périmètre<sup>58</sup>. De même, les sociétés peuvent désormais inscrire dans leurs statuts leur « raison d'être » (C. civ., art. 1835), « constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité »<sup>59</sup>, ou plus encore se fixer une mission dépassant la simple recherche de profit. Précisons cependant que cette recherche de profit et la poursuite de l'intérêt commun des associés demeurent le but de toute création de société (C. civ., art. 1832 et 1833, al. 1).

23 - Si l'on n'en est donc pas encore à la révolution de l'ordre des priorités sociétales, il reste que cet ensemble dessine un nouvel état d'un droit en mouvement.

## B. - Un droit en mouvement

24 - « L'unité de la régulation juridique étatique s'appuie sur la construction unitaire de l'appareil d'État »<sup>60</sup>. Or, dans le contexte décrit – celui de la mondialisation – l'émergence, à côté ou à la place des sources instituées, d'une « normativité graduée »<sup>61</sup> qui s'exprime par le recours au droit souple pour orienter les comportements<sup>62</sup> sans créer par eux-mêmes des droits ou des obligations sanctionnables – en principe du moins – a pu être perçue comme l'une des manifestations les plus visibles d'un État contraint<sup>63</sup>. D'éminents auteurs, tels qu'Horatia Muir Watt<sup>64</sup> et Joel Bakan<sup>65</sup>, ont ainsi analysé comment la régulation privée repousse la réglementation étatique et se substitue à elle, spécialement pour ce qui concerne les entreprises multinationales qui sont amenées, par leur nature même, à transcender les ordres juridiques nationaux.

25 - Cette approche induit en pratique la production de nombreux instruments dont le statut juridique n'est pas claire-

52. <https://www.novethic.fr/actualite/finance-durable/isr-rse/apres-l-exclusion-du-petrole-le-fonds-norvegien-veut-maintenant-investir-dans-les-energies-renouvelables-non-cotees-147117.html>.

53. Pour un exemple récent voir : E. Riondè, « Axa se désinvestit d'une entreprise d'armement israélienne, cible d'une campagne de boycott », *Observatoire des multinationales*, 14 mai 2019 : « <https://multinationales.org/Axa-se-desinvestit-d-une-entreprise-d-armement-israelienne-cible-d-une-campagne> ».

54. Des entreprises comme *Sustanalytics* ou *ISS ESG* évaluent ainsi depuis 1992 la durabilité des sociétés cotées en fonction de leurs performances en matière de gouvernance environnementale, sociale et d'entreprise.

55. J. Bakan, « The invisible hand of law : Private regulation and the rule of law », *op. cit.*

56. Conseil d'État, *Réflexions sur l'intérêt général – Rapport public*, 1999.

57. J. Chevallier, *L'État post moderne*, LGDJ, 2003.

58. S. Schiller, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *JCP E*, 2017, p. 1193.

59. I. Urbain-Parléani, « La raison d'être des sociétés dans le projet de loi PACTE du 19 juin 2018 », *Rev. Sociétés*, 2018, p. 623.

60. J. Chevalier, *L'État post moderne, op. cit.*, 131.

61. P. Weil, « Le droit international en quête de son identité », *Cours général de droit international public*, Académie de droit international de la Haye, 1996, p. 370.

62. Pour une première étude en langue française sur le *nudge* v. A.-L. Sibony, G. Helleringer et A. Alemanno, « ?L'analyse comportementale du droit – Manifeste pour un nouveau champ de recherche en Europe », *RID éco*, p. 315-338.

63. J.-M. Sauvé, « Les ressources de la culture politiques françaises », *Revue Esprit*, février 2013.

64. H. Muir-Watt, « Private International Law beyond the schism », *Transnational Legal Theory*, 2011, p. 347.

65. J. Bakan, « The invisible hand of law : Private regulation and the rule of law », *op. cit.*

ment déterminé<sup>66</sup> : « charte éthique », « code de conduite », « code de l'entreprise » ou « guide de bonnes pratiques » sont autant de documents souvent tenus pour équivalents et qui caractérisent ce phénomène d'autorégulation. Objets juridiquement connotés<sup>67</sup>, évocateurs de la règle juridique par leur forme, leur fonction ou leur finalité<sup>68</sup>, ces documents restent aujourd'hui à la marge des sources du droit, ne se voyant reconnaître aucune « portée juridique propre » et « aucune place propre au sein de l'ordre juridique »<sup>69</sup>. Il faut dire que la RSE porte en elle-même une surcharge de significations qui en fait une notion protéiforme dont la nature juridique pose question<sup>70</sup>.

26 - Hétérogènes dans leur élaboration, par leur contenu et leurs modalités d'application, ces sources remettent en cause l'unité de la régulation juridique étatique, présentée classiquement comme un édifice formé de plusieurs niveaux superposés et subordonnés les uns aux autres : une norme se situant à un niveau donné n'est valable que dans la mesure où elle est conforme aux normes de niveau supérieur<sup>71</sup>. La régulation se développe désormais *de facto* « dans un nouvel espace non euclidien, conçu comme un champ ouvert et hétérogène, organisé selon des connexions multiples »<sup>72</sup>. L'image de la pyramide des normes, construite par chaque État de façon linéaire, hiérarchique et statique se trouve aujourd'hui mise en balance avec un système juridique pluriel, interactif et évolutif qui caractérise la mondialisation et qui ne peut être saisie au sein de la pyramide de Kelsen mais qui doit davantage être vue comme un « mobile de Calder », selon une métaphore chère au directeur scientifique de ce numéro. La vision rationaliste et l'exigence d'efficacité qui ont animé de telles initiatives mettent les modes d'action de l'État en concurrence avec ceux des acteurs privés, au point de perdre de vue la spécificité de sa manière d'organiser la coexistence humaine et de remettre en cause la dominance du gouvernement par les lois et un droit moderne conçu comme un « ordre de contrainte » qui tend parallèlement à s'estomper<sup>73</sup>. Par leur source et leur effet normatif limité, ils constituent un signe de la transformation de l'État qui, volontairement ou non, renonce à une partie de son *imperium*. Au-delà, la substitution potentielle de ces mécanismes à la loi pose la question de la définition même de l'intérêt général par des acteurs privés.

27 - La portée de cette évolution ne saurait pour autant être exagérée comme en témoigne l'édiction d'obligations croissantes mises à la charge des entreprises par l'État, dans des domaines classiquement associés à la RSE, qui prennent appui sur des mécanismes inspirés du droit souple mais dont le suivi sera lui en toute hypothèse sanctionnée : les États conservent bien des moyens, aux plans nationaux et internationaux, pour encadrer, responsabiliser et orienter l'action des entreprises et en développent même, de leur propre initiative ou au fil de

contentieux introduits par une série d'acteurs toujours plus visibles.

### C. - Des responsabilités en question

28 - Aux termes d'une définition classique, la responsabilité suppose l'imputation d'un acte – ou même d'une abstention délibérée – à un sujet de droit déterminé qui doit en répondre devant un tiers<sup>74</sup>. A cet égard, il faut remarquer que la RSE s'est francisée pour mieux se fondre dans cette définition. Telle qu'elle fut conçue initialement, il s'agissait d'une responsabilité au sens anglais (*responsibility*), soit une participation des parties prenantes aux décisions sans le devoir corrélatif d'en rendre compte. Cette responsabilité n'a néanmoins cessé de se durcir en raison de l'importance des conséquences attachées aux engagements des entreprises dans des domaines qui intéressent le plus grand nombre et d'une interaction renouvelée entre *soft law* et *hard law*. Ainsi entendue, la responsabilité s'entend non seulement de l'obligation de réparer les conséquences dommageables de ses actes – et de ses engagements vis-à-vis du public – mais aussi d'une obligation visant à prévenir de telles conséquences et à garantir que l'on y répondra.

29 - Ces processus transformateurs s'accroissent au fur et à mesure que des engagements – à l'origine volontaires – sont inscrits dans le droit dur pour devenir des normes de portée générale dont le non-respect est sanctionné. On voit aussi que des engagements, même spontanés et volontaires, peuvent ensuite être invoqués contre les entreprises par les parties prenantes afin de mettre en cause leur responsabilité, juridique cette fois-ci, selon des logiques et des fondements qui caractérisent une fois de plus un droit en mouvement et sous l'impulsion d'une société civile caractérisée, nous l'avons vu, par l'émergence de groupes de plus en plus actifs et structurés. La loi est enfin venue encourager les entreprises à assumer la portée environnementale sociale ou humaine de leurs activités sans pour autant préciser clairement la portée de tels engagements et déclarations. Ces trois processus connexes marquent paradoxalement – et par touches impressionnistes – un progressif retour de l'État par la voie de la responsabilisation des entreprises.

30 - Dans certains domaines du droit, l'établissement de « codes des conduites », « chartes éthiques » ou « programme de conformité » est ainsi devenu une obligation légale : ainsi en va-t-il de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite « Sapin II » et de celle n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre<sup>75</sup>. Si la prohibition de la corruption et la protection de l'environnement dans la loi ne sont pas nouvelles, les obligations qu'intègre le devoir de vigilance français, directement inspiré des principes *Business and Human Rights*, sont proprement inédites par leur nature comme sur leur champ. Sur la forme, les deux textes imposent la même méthode qui nécessite de réaliser dans une première étape « une cartographie des risques prenant la forme d'une documentation régulièrement actualisée et destinée à identifier, analyser et hiérarchiser les risques », puis une évaluation de la situation de ses partenaires économiques, suivie d'un contrôle et d'une évaluation des mesures mises en œuvre. Parmi les éléments de ce plan figurent respectivement l'exigence de l'établissement d'« un code de conduite définissant et illustrant les différents types de comportements à proscrire comme

66. « Chartes éthiques et codes de conduites : états des lieux d'un nouvel enjeu social », synthèses, Centre d'études économiques et sociales Alpha, 2004 ; I. Desbarats, « Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées : regard sur une pratique en expansion », *JCP*, 2003 ; Codes de conduite étude exploratoire sur leur importance économique, Groupe de travail du comité des échanges de l'OCDE, juin 2000, doc. N° TD/TC/WP (99) 56 ; Avis directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique etc : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit, *RTD civ*, 1995, p. 510.

67. M. Larouer, *Les codes de conduites, sources du droit*, Dalloz, 2018.

68. P. Deumier, « Les codes de conduite des entreprises et l'effectivité des droits de l'homme », in *Droit économique et droits de l'homme*, 2009, p. 679.

69. A. Barège, *L'éthique et le rapport au travail*, LGDJ, 2008, p. 516.

70. F. Meyer, « La responsabilité sociale des entreprises, un concept juridique ? », *Dalloz*, 2005, p. 185 ; A. Supiot, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », in *Analyse juridique et valeurs en droit social*, Études offertes à Jean Pélissier, 2004, spéc. p. 543.

71. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 299.

72. M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, 1998.

73. G. Zagrebelsky, *Le droit en douceur*, Economica, 2000.

74. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations : Tome 2 Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, 2019, p. 626.

75. Pour une analyse détaillée des obligations contenues dans ces deux textes, on pourra se référer à l'étude dirigée par S. Schiller et P.L. Périn, « Compliance et transparence en 2018 : Nouvelles obligations de vigilance, d'anti-corruption et d'information extra-financière », *Actes pratiques & ingénierie sociétale*, 2018.

étant susceptibles de caractériser des faits de corruption ou de trafic d'influence »<sup>76</sup> ou l'exigence d'actions adaptées « d'identification des risques ou de prévention des atteintes graves » envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement »<sup>77</sup>.

31 - Cependant, hormis les cas où de tels documents sont désormais imposés par la loi, doit-on considérer ces documents – qu'ils prennent la forme de code de conduite, charte éthique, mais aussi de toute déclaration publique quelle qu'en soit la forme – comme de simples supports de communication ou comme des véritables supports de droit dont la violation pourrait fonder une action en justice ? L'objectif de régulation – ou plutôt d'autorégulation – poursuivi par de telles démarches les projettent dans la sphère juridique en élaborant des prescriptions propres à l'organisation, et venant par-là concurrencer l'État dans son rôle de production de la règle<sup>78</sup> en allant au-delà de ce que le droit édicte<sup>79</sup>. On remarque en ce sens que les détracteurs de la RSE sont les premiers à reconnaître à de tels engagements une « normativité » ou plutôt une « juridicité » entendue comme « la spécificité du juridique »<sup>80</sup> : un éminent auteur a ainsi pu voir dans ces démarches volontaires un risque de « transformer le chef d'entreprise, directement concerné comme justiciable potentiel, en législateur, policier et juge, au mépris de la plus élémentaire séparation des pouvoirs »<sup>81</sup> quand d'autres dénonçaient un mouvement de « privatisation de la production normative »<sup>82</sup>, ou un « self-service »<sup>83</sup> normatif permettant à chacun de « puiser sur un étalage de règles celles qui lui conviennent et d'ignorer les autres »<sup>84</sup>. Cette position reste pour autant minoritaire en doctrine où l'absence de contrainte est généralement conçue comme le corollaire de la nature volontaire de ces démarches<sup>85</sup> qui s'établissent alors dans l'« *infra-juridique* »<sup>86</sup> induisant « un droit en moins bien, en moins précis, en moins bien sanctionné »<sup>87</sup>. Ces démarches reposeraient donc sur « un double postulat de volontariat pour ce qui est de l'adhésion et une absence de contrainte pour leur mise en œuvre »<sup>88</sup>. A ce titre, on a pu considérer qu'elles ne pourraient constituer une source du droit, qui font l'objet d'une liste exhaustive et d'une hiérarchie déterminée<sup>89</sup>, et qui sont « seules aptes à générer, au prix de procédures d'élaboration précises, des règles générales obligatoires »<sup>90</sup>.

32 - Néanmoins, si aucune valeur juridique intrinsèque n'est aujourd'hui reconnue en droit français aux codes de conduite ou

aux chartes éthiques<sup>91</sup>, une portée pourrait néanmoins leur être reconnue si certaines déclarations revêtaient une qualification offerte par le système juridique. L'État retrouverait alors son rôle d'arbitre entre les entreprises auteures de telles déclarations et la société civile qui en est le bénéficiaire. Plusieurs fondements ont pu être en ce sens avancés par des groupes d'intérêt à l'appui de leurs demandes, au-delà de simples conséquences réputationnelles, ce qui laisse envisager une potentielle judiciarisation des engagements à portée sociale ou environnementale<sup>92</sup>.

33 - Le fondement des pratiques commerciales trompeuses a, par exemple, été utilisé avec succès aux États-Unis (ou encore au Canada par exemple), la Cour Suprême de Californie ayant en particulier sanctionné le non-respect d'un engagement pris dans un code de conduite sur le fondement de la publicité mensongère dans un arrêt *Kasky c. Nike Inc.* de 2002<sup>93</sup>. En France, le 25 juin 2018, Sherpa et ActionAid France – Peuples solidaires déposaient plainte avec constitution de partie civile devant le Tribunal de grande instance de Paris contre Samsung Electronics France et Samsung Electronics Co. Ltd., la maison mère coréenne, pour pratiques commerciales trompeuses, sur le fondement de l'article L. 121-1 du Code de la consommation, et afin que soit sanctionné « l'écart inacceptable entre les engagements éthiques de Samsung et les violations des droits fondamentaux des travailleurs se qui auraient été constatées dans ses usines de Chine, du Vietnam et de Corée du Sud »<sup>94</sup>. En cause, sont cités des rapports d'enquête de l'ONG China Labor Watch qui se serait infiltrée dans les usines Samsung et aurait dévoilé « des violations graves des droits fondamentaux » notamment caractérisées par « l'emploi d'enfants de moins de seize ans, horaires de travail abusifs, conditions de travail et d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine »<sup>95</sup>, autant de pratiques en contradiction avec la promesse affichée par Samsung de « devenir l'une des entreprises les plus éthiques au monde »<sup>96</sup>, soit « une publicité de nature à induire les consommateurs français en erreur sur les conditions sociales de fabrication des produits qu'elle commercialise », aux yeux des deux associations. La mise en examen de Samsung au printemps 2019 pour ces motifs constitue un tournant important : par le biais du droit de la consommation, l'État réinvestit la relation entre entreprises et consommateurs en mesurant la portée des engagements pris – ou présentés comme tels – par les entreprises vis-à-vis du public.

34 - Les engagements volontaires des entreprises sont de plus en plus présentés comme un nouveau mode de régulation parfois promu par les gouvernements eux-mêmes dans le cadre de la production de nouvelles normes<sup>97</sup>. L'engagement unila-

76. Art. 17 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite Sapin II.

77. Art. 1 de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre.

78. I. Desbarats, « Code de conduite et chartes éthiques des entreprises privées, Regard sur une pratique en expansion », *JCP*, 2003, I, 112, p. 337.

79. M.-J. Mustel, Un « code de conduite des affaires en quête de statut juridique », *RDT*, 2010, p. 311.

80. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, coll. Quadrige Manuels, 2004, p. 305 ; M. Atienza, « Juridicité », in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, A.-J. Arnaud (dir.), LGDJ, 1993, p. 322.

81. M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, 1998, p. 72.

82. K. Benykhlef, *Une possible histoire de la norme, Les normativités émergentes de la mondialisation*, Themis, 2008, p. 767.

83. A. Supiot, « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », *op. cit.*

84. *Ibid.*

85. B. Petit, « Reporting RSE : un nouveau coup d'épée dans l'eau... », *Environnement*, 2014, n° 7, étude 12.

86. *Ibid.*

87. *Ibid.*

88. F.-G. Trébulle, « Responsabilité sociale des entreprises (Entreprise et éthique environnementale) », *Rép. Soc. Dalloz*, mars 2003 (actualisation juillet 2018).

89. Pour une synthèse sur les positions en présence, v. M. Larouer, *Les codes de conduite, sources du droit*, LGDJ 2018.

90. F. Terré, *Introduction générale au droit, Précis Dalloz*, n° 242, p. 192.

91. P. Sanders, « Codes of conduct and sources of law », in *Le droit des relations économiques internationales*, Etudes offertes à Berthold Goldman, Litec, 1982 p. 281.

92. Pour une synthèse en droit américain, v. D. Strauss, C. Ajax, « Corporate Sustainability Disclosures in American Case Law : Purposeful Or Mere « Puffery » ? », *Yale Initiative on Sustainable Finance*, 2018.

93. *Kasky c. Nike*, 27 Cal. 4th 939, n° S087859, 2 mai 2002.

94. <https://www.asso-sherpa.org/samsung-sherpa-actionaid-france-deposit-plainte-constitution-de-partie-civile-contre-leader-mondial-smartphone>.

95. [http://ipen.org/sites/default/files/documents/FINAL\\_Stories%20of%20Women%20Workers%20in%20Vietnam%27s%20Electronics%20Industry%20FINAL%20Nov%202017.pdf](http://ipen.org/sites/default/files/documents/FINAL_Stories%20of%20Women%20Workers%20in%20Vietnam%27s%20Electronics%20Industry%20FINAL%20Nov%202017.pdf).

96. <https://www.samsung.com/fr/aboutsamsung/vision/philosophy/samsung-spirit/>.

97. Les débats entourant la récente proposition de loi destinée visant à plafonner les frais d'incidents bancaires pour les ménages les plus modestes ont été ici particulièrement marquants : la proposition émise par la France Insoumise d'inscrire dans la loi un tel plafond n'a pas appelé une opposition sur le fond mais sur la forme, le ministre de l'Économie Bruno Lemaire rappelant la préférence du gouvernement pour la « forme plus souple » que constituerait l'engagement volontaire plutôt que d'une loi en la matière, un autre exemple récent étant la présentation du Pacte productif de 2025 et la volonté

téral de volonté progresse ainsi parmi les sources du droit. Là où les réticences demeurent dans la doctrine civiliste française quant à la portée de cette nouvelle source, pour les raisons évoquées plus haut, l'interrogation a par exemple disparu dans la doctrine travailliste où domine la solution prétorienne aux termes de laquelle l'engagement unilatéral de l'employeur en matière sociale a force obligatoire<sup>98</sup> du moment qu'il n'est pas contraire à l'ordre public : l'engagement unilatéral est envisagé comme une des sources à part entière du droit du travail<sup>99</sup>.

35 - Plusieurs conditions de validité de l'engagement unilatéral ont été identifiées, à savoir l'existence d'un engagement explicitement formulé, qui marque une intention d'être lié juridiquement du fait même de cet engagement, et formulant une créance au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires. De plus, celui qui se prétend bénéficiaire de l'engagement unilatéral doit être en mesure de démontrer une croyance légitime dans cet engagement. Ici réside une difficulté pour les engagements volontaires des entreprises qui sont le plus souvent – et de manière volontaire – énoncés dans des termes généraux et dont la requalification en engagement unilatéral sera discutée en raison d'une fermeté ou d'une précision insuffisante. Ce degré de fermeté ou précision distinguera l'acte unilatéral de volonté, propre à créer des effets de droits, d'un contenu éthique simplement déclaratif. Les expressions comme « l'entreprise favorise », « souhaite contribuer à », « encourage », « vise à promouvoir »<sup>100</sup> sont en ce sens autant d'articulations générales et larges impropres à caractériser un engagement légalement contraignant. Sa force obligatoire toutefois reconnue, la violation d'un engagement unilatéral de volonté pourra être sanctionnée comme toute obligation par l'exécution forcée ou l'allocation de dommages-intérêts en fonction de sa nature<sup>101</sup>.

36 - On le voit, l'ensemble de ces processus normatifs répondent à une logique « des ensembles flous »<sup>102</sup> (*fuzzy logic*) qui, paradoxalement laisse une place plus importante aux États

dans la régulation *a posteriori* des comportements. Floues sont aussi les conséquences attachées à la « raison d'être »<sup>103</sup> que peuvent désormais inscrire les sociétés dans leurs statuts en vertu de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (loi Pacte). L'étude d'impact relative à cette même loi allait même jusqu'à faire remarquer que « les conséquences sur la responsabilité de la société et du dirigeant sont, comme pour la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux, difficiles à anticiper »<sup>104</sup> si bien que « les conséquences sur la responsabilité civile de la société et du dirigeant ne sont donc pas à exclure et dépendront notamment de l'appréciation qui sera faite par les juges du fond de l'existence de la faute et du lien de causalité entre celle-ci et le préjudice allégué »<sup>105</sup>.

## Conclusion

37 - La crise est le laboratoire du droit<sup>106</sup> : la science normale étant remise en question, ses forces innovantes s'y trouvent plus que jamais mises à l'épreuve. À l'heure où un virus, par ses effets en chaîne, questionne les limites de chaque système, ce laboratoire pourrait être l'occasion de dessiner les voies et les moyens d'un capitalisme européen capable de prendre en compte la problématique des biens communs et de restaurer le dialogue social. La loi PACTE de 2019 a tracé des voies, qui pourraient être poursuivies, pour inviter les entreprises à agir en tenant compte des considérations sociales et environnementales dans leur activité comme en modernisant la participation des salariés au capital et à la gouvernance de l'entreprise, en tenant compte de l'aspiration à une nouvelle quête de sens et en pensant une cohésion sociale renouvelée<sup>107</sup>. Surtout, l'épreuve de la crise et ses conséquences, dont nous connaissons aujourd'hui que les prémisses, doit nous rappeler à quel point l'interdépendance entre les États et les entreprises demeure, dans un monde devenu celui de la complexité<sup>108</sup> et où les dimensions économique et politique sont inextricablement liées.■

de « renforcer l'appropriation par les industriels de la nécessaire transition vers une économie bas carbone et plus circulaire », notamment au travers d'engagements volontaires.

98. E. Dockes, « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Droit social*, 1994, p. 227 et s. ; v. en particulier : Cass. soc., 26 nov. 2003, no 01-45.088 ; Cass. soc., 18 oct. 2006, no 04-44.602, Bull. civ. V, no 314).  
99. F. Gaudut et R. Vatinet, « Les contrats du travail », in *Traité des contrats*, LGDJ, 2001.  
100. « Chartes éthiques et codes de conduites : états des lieux d'un nouvel enjeu social, synthèses », Centre d'études économiques et sociales Alpha, 2004.  
101. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, Tome 1, Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2019, p. 860.  
102. M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, 1986.

103. P.-L. Périn, « Intérêt social élargi, un nouveau Pacte pour l'entreprise », *op. cit.*

104. Étude d'impact du 20 juin 2018 relatif au projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises.

105. *Ibid.*

106. H. Pascal et V. Rotaru, « La crise est le laboratoire du droit », *Revue européenne du droit*, juin 2020.

107. E. Barbara, Adaptations et distorsions : le travail dans l'entreprise à l'ère du coronavirus, *Le Grand continent*, 27 mai 2020 : <<https://legrandcontinent.eu/fr/2020/05/27/entreprise-coronavirus/>>.

108. E. Morin, *Introduction à la pensée complexe*, Seuil, 2005, p. 158.

## 18 Contrôle des investissements étrangers

### La volonté de l'État français d'assurer une meilleure protection de sa souveraineté



Alain SAUTY DE CHALON,  
Avocat associé du cabinet Baker McKenzie



Guillaume NATAF,  
Avocat associé du cabinet Baker McKenzie

1 - Depuis plusieurs années, en réaction à la mondialisation des échanges et aux enjeux de souveraineté nationale qu'elle soulève, le contrôle des investissements étrangers (IDE) s'est renforcé en France, tout comme en Europe et dans la plupart des pays développés.

2 - La crise sanitaire et économique que nous vivons n'a fait qu'accélérer cette évolution en soulignant la dépendance de la France vis-à-vis d'autres États, notamment en ce qui concerne le secteur de la santé publique. Cette crise a par ailleurs mis en exergue la nécessité pour l'État de protéger les entreprises stratégiques pour la préservation des intérêts nationaux.

3 - Face à un tel contexte, tant les évolutions successives de la réglementation (1) que les pratiques du ministère de l'Économie et de la Direction Générale du Trésor (2) ont eu pour objectif d'assurer une meilleure protection des intérêts nationaux. Cette évolution s'inscrit dans une tendance mondiale à l'extension des contrôles étatiques, malgré une volonté affichée de l'État de maintenir l'attractivité économique de la France (3).

#### 1. Un renforcement progressif de la réglementation

4 - Les relations financières entre la France et l'étranger sont par principe libres. Dès lors, un investisseur étranger peut investir ou prendre le contrôle d'une entité ou d'une activité située en France sans avoir à solliciter l'autorisation des autorités françaises sauf à ce que l'investissement soit réalisé dans les secteurs jugés « sensibles » par celles-ci.

5 - Ainsi, dès 1966, la France s'est dotée d'une réglementation lui permettant de contrôler les investissements étrangers sur son sol. Cette réglementation s'applique dès lors (i) qu'un investisseur étranger acquiert le contrôle<sup>1</sup> d'une entité de droit français ou de tout ou partie d'une branche d'activité d'une entité de droit français, ou bien (ii) lorsqu'un investisseur non ressortissant de l'Union Européenne franchit, directement ou indirectement, seul ou de concert, le seuil de 25% de détention des droits de vote d'une entité de droit français, à condition dans chacun de ces cas, que l'entité ou l'activité française en question exploite une activité dite « sensible ».

6 - Cette réglementation a été sujette à un renforcement régulier par des réformes successives, marquée par une accélération à partir de 2014 avec l'adoption du décret dit « Montebourg ».

La dernière réforme majeure a été adoptée le 31 décembre 2019 et a significativement modifié les modalités du contrôle des investissements étrangers en France<sup>2</sup>. Ces nouvelles dispositions s'appliquent aux demandes d'autorisation préalable présentées au ministère de l'Économie et des Finances à compter du 1<sup>er</sup> avril 2020. L'objectif de la réforme affiché par le gouvernement était double : d'une part, répondre aux attentes des investisseurs étrangers en renforçant la lisibilité et l'efficacité d'une réglementation modifiée par touches successives au cours des dernières années, et d'autre part, démontrer que la France garde la maîtrise de ses secteurs stratégiques<sup>3</sup>.

7 - Ainsi, les affermissements récents de cette réglementation ont porté tant sur l'abaissement des seuils de contrôle (A), que sur l'extension de la définition d'investisseur étranger (B), l'extension des secteurs soumis à contrôle (C) et le renforcement de la sévérité des sanctions (D).

#### A. - Abaissement des seuils de contrôle des investissements étrangers

8 - Sous l'empire de la réglementation en vigueur avant le 1<sup>er</sup> avril 2020, le contrôle des investissements réalisés en France par des investisseurs non-européens s'appliquait en cas de dépassement d'un seuil de détention de 33.33% du capital ou des droits de vote d'une société française (opérant une activité sensible). La réforme du 31 décembre 2019 est venue élargir le contrôle des investisseurs en provenance des pays non-membres de l'Union Européenne en réduisant ce seuil de contrôle à 25%.

9 - Par un décret et un arrêté en date du 22 juillet 2020<sup>4</sup>, ce seuil du contrôle a été abaissé temporairement à 10% pour les investissements provenant de pays non membres de l'Union Européenne dans les sociétés françaises dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé. Ces nouvelles dispositions prévoient une procédure allégée, avec une dispense pour l'investisseur de demander l'autorisation du

2. Décret n° 2019-1590 et Arrêté du 31 décembre 2019 relatifs aux investissements étrangers en France.

3. Pour une étude approfondie, v. en ce sens, J.-C. Devouge, « Privatisations et préservation des intérêts essentiels de la nation : vers un renforcement du fait du Prince en matière de sélection des acquéreurs », *JCP Adm.*, 2016, p. 2182 ; S. Bernard, « La réforme des mécanismes de protection des entreprises stratégiques », *AJDA*, 2019, p. 1285.

4. Décret n° 2020-892 du 22 juillet 2020 relatif à l'abaissement temporaire du seuil de contrôle des investissements étrangers dans les sociétés françaises dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé ; arrêté du 22 juillet 2020.

1. Au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce.

ministre chargé de l'économie prévue par l'article R.151-5 du Code monétaire et financier, si (i) le projet d'investissement a fait l'objet d'une notification préalable au ministre sans que ce dernier ne s'y oppose dans les dix jours et (ii) l'opération est réalisée dans un délai de six mois suivant la notification<sup>5</sup>.

10 - La logique de cette mesure est simple : une prise de participation dans une société cotée ayant un actionariat dispersé, même si elle est très minoritaire, peut déstabiliser la société, voire permettre à l'investisseur d'acquérir une influence déterminante sur celle-ci. Toutefois, afin de ne pas porter une atteinte excessive à la capacité des entreprises de se financer sur les marchés, ce contrôle renforcé ne concernerait que les investisseurs non européens et aurait vocation à prendre fin le 31 décembre 2020.

### B. - Extension de la définition d'investisseur étranger

11 - La réforme du 31 décembre 2019 a également élargi la définition d'investisseur étranger. La notion d'« investisseur étranger » ne se contente pas de prendre en compte l'investisseur direct acquérant le contrôle de la cible française ; elle englobe l'ensemble de la chaîne de contrôle, appréhendant aussi l'investisseur « contrôlant » l'investisseur ultime.

12 - Ce contrôle s'appréciait jusqu'en 2019 au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce, référence classique pour établir le contrôle en droit des sociétés. Celui-ci se réfère à (i) la détention directe ou indirecte d'une fraction du capital conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales (ii), la détention de la majorité des droits de vote en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires (iii), la faculté de déterminer les décisions dans les assemblées générales de cette société par les droits de vote dont elle dispose, ou (iv) au pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance.

13 - La réforme du 31 décembre 2019 apporte une extension majeure à cette appréhension du contrôle. Elle ajoute que lorsqu'aucun contrôle n'a pu être établi sur le fondement de cet article, il conviendra également de vérifier si un contrôle peut être établi sur le fondement de l'article L. 430-1, III du Code de commerce, relatif à la réglementation applicable au contrôle des concentrations. Aux termes de cet article, un contrôle peut découler de « *droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment : des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ; des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise* ».

14 - L'objectif de la réforme est clair : adopter une approche pragmatique, plus large, permettant aux autorités françaises d'étendre leur supervision à des situations de contrôle économique ou opérationnel, et non plus uniquement aux situations de contrôle par le biais de la détention de capital ou de droits de vote.

### C. - Extension des secteurs soumis à contrôle, miroir des enjeux politiques, stratégiques et technologiques

15 - Les entreprises soumises à ce contrôle sont définies par référence à leur activité, indépendamment de leur taille ou du

montant de l'investissement. Les activités qui y sont soumises ont connu un mouvement d'extension continu au gré des évolutions politiques, stratégiques et technologiques.

16 - On se souvient notamment du décret médiatique « Montebourg » de 2014 adopté dans l'urgence afin de permettre aux autorités françaises d'avoir un droit de regard sur le rachat de la branche énergie d'Alstom par General Electric, au motif que des entreprises jugées utiles aux intérêts nationaux ne peuvent être vendues sans une autorisation du Ministre de l'Économie. Ce décret avait ainsi étendu la liste des secteurs sensibles pour y inclure l'énergie, concerné par cette opération, mais également les secteurs de l'eau, de la santé, des transports et des télécoms.

17 - Dans le même sens, et devant l'émoi de l'opinion publique suscité par la prise de participation de l'industriel tchèque Daniel Křetínský, dans le quotidien *Le Monde* en 2018, la réforme du 31 décembre 2019 a étendu la liste des secteurs sensibles à l'édition, l'impression et la distribution des publications de presse d'information politique et générale. On pourra noter à ce titre que le nouveau régime impose à l'investisseur étranger de préciser, dans sa demande d'autorisation, les liens éventuels avec des États ou organismes publics étrangers. Ces éléments seront désormais pris en compte dans l'analyse de la demande réalisée par Bercy.

18 - L'évolution de réglementation montre également l'attention portée par les autorités aux évolutions technologiques. Ainsi, le décret du 29 novembre 2018 a ajouté certaines activités technologiques à la liste des secteurs sensibles : les opérations spatiales, les systèmes électroniques et informatiques spécifiques nécessaires pour l'exercice des missions de sécurité publique, les activités d'hébergement de données, et activités de recherche et de développement dans les technologies dites « critiques » que sont la cybersécurité, l'intelligence artificielle, la robotique, la fabrication additive (impressions 3D), les semi-conducteurs, les biens et technologies à double usage.

19 - L'arrêté du 31 décembre 2019 est venu ajouter à cette liste de technologies « critiques » les technologies quantiques et le stockage d'énergie. Enfin, un arrêté pris dans le cadre de la crise sanitaire le 27 avril 2020 a également allongé la liste de ces secteurs sensibles en y greffant les biotechnologies. L'objectif annoncé par le gouvernement était notamment d'étendre son contrôle aux laboratoires conduisant des recherches sur les vaccins destinés à protéger du Covid-19.

### D. - Renforcement des sanctions

20 - Lorsqu'un investissement est réalisé sans autorisation préalable ou que les conditions de l'autorisation ne sont pas respectées, le Ministre en charge de l'Économie dispose d'une large gamme de sanctions applicables.

21 - Lorsqu'une opération a été effectuée sans autorisation, le ministre de l'Économie bénéficie de la possibilité de demander le rétablissement de la situation antérieure, aux frais de l'investisseur, ce qui constitue une menace majeure dans le cadre d'une opération d'acquisition. Il dispose également du pouvoir de modifier l'opération et d'ordonner des mesures d'injonction assorties d'astreintes qui ne peuvent dépasser 50 000 euros par jour.

22 - Il peut également prononcer des mesures conservatoires telles que la possibilité de suspendre les droits de vote litigieux, d'interdire ou de limiter la distribution des dividendes attachés aux titres litigieux, ou encore de suspendre, restreindre ou interdire temporairement la libre disposition de tout ou partie des actifs liés aux activités en question.

23 - Enfin, le Ministre dispose d'un pouvoir de sanctions pécuniaires renforcées dont le montant s'élève au maximum à la plus

5. Art. 2, décret n° 2020-892 du 22 juillet 2020

élevée des sommes suivantes : le double du montant de l'investissement irrégulier, 10 % du chiffre d'affaires annuel hors taxes de l'entreprise cible, ou cinq millions d'euros pour les personnes morales et un million d'euros pour les personnes physiques.

24 - L'élargissement des manquements pouvant être sanctionnés, couplé au durcissement des sanctions, contribue donc au renforcement significatif du dispositif de contrôle des investissements étrangers en France.

## 2. Une évolution des pratiques de l'administration

25 - Parallèlement au renforcement progressif de la réglementation de l'autorisation des investissements étrangers au cours des dernières années, l'administration – essentiellement le Bureau des investissements étrangers<sup>6</sup> au sein de la Direction générale du Trésor – a également fait évoluer sa pratique.

### A. - Implication en amont des processus de cession

26 - Le Bureau des investissements étrangers a d'abord accepté, dans certains dossiers très sensibles, d'être impliqué dans la phase de sélection des candidats acquéreurs menant à la signature de la transaction (et non pas postérieurement à la signature). Cette intervention en amont du processus de cession permettait de donner aux acheteurs intéressés une idée de la décision que le ministère de l'Économie et des Finances pourrait être amené à prendre, notamment dans le cas d'un possible refus d'autorisation. Si sa décision était en revanche positive, cette implication en amont permettait d'envisager la nature et l'étendue des engagements qu'il serait amené à demander. Une telle implication *a priori* de certains processus permettait aussi au vendeur d'assurer une sélection finale des candidats à l'acquisition, en prenant en compte la contrainte liée aux investissements étrangers.

27 - Cette pratique, qui était marginale et ne concernait que certains dossiers très sensibles, a été institutionnalisée par les dernières réformes qui permettent à un vendeur qui envisage une cession, ou un acheteur qui envisage d'acquérir une société, d'adresser à l'administration une demande d'avis préalable.

28 - Ainsi, la réglementation facilite désormais le recours à la procédure de demande préalable d'examen d'une activité : l'entité, objet de l'investissement, pourra, en tout début de processus de cession, constituer un dossier relativement « léger » pour être fixée par le ministère de l'Économie et des Finances, en moins de deux mois, sur le fait que son activité est considérée ou non comme sensible.

### B. - Suivi renforcé des engagements pris par les investisseurs dans les lettres d'engagements et renforcement des sanctions liées

29 - En aval des cessions intervenues avec l'accord du ministère de l'Économie et des Finances, l'administration a également mis en place un suivi renforcé des engagements pris par les investisseurs dans les lettres d'engagements signées à l'occasion de la réalisation d'un investissement soumis à autorisation.

30 - Ce suivi se traduit par exemple par des relances de l'administration si le rapport annuel qui est souvent prévu dans les lettres d'engagement n'est pas remis dans les délais convenus et

par une revue des engagements pris dans des lettres d'engagement signées par l'investisseur dans le passé, à l'occasion de l'examen d'une nouvelle demande d'autorisation.

31 - Comme nous l'avons vu ci-dessus, ce renforcement des contrôles de l'administration s'est accompagné de l'accroissement des pouvoirs de sanction conférés aux autorités, notamment en cas de non-respect des engagements pris par les investisseurs.

### C. - Volonté politique d'assumer des refus d'autorisation

32 - Au-delà du renforcement du suivi à la fois en amont et en aval des cessions soumises à autorisation, le ministère de l'Économie apparaît plus présent dans la communication autour des dossiers dans lesquels il a refusé une autorisation d'investissement étranger. Historiquement, non seulement les cas de refus d'autorisation étaient extrêmement rares, mais aucune communication n'était en outre faite sur ceux-ci.

33 - Récemment, plusieurs refus du ministère de l'Économie ou du ministère des Armées ont fait l'objet d'articles de presse, voire de déclarations officielles. Le premier refus a été relatif à la cession par Ardian de Photonis, leader français de la vision nocturne, à l'américain Teledyne<sup>7</sup>. Cependant, après une réponse initiale négative, les autorités françaises ont finalement donné fin juillet leur feu vert à cette cession en imposant à l'acheteur une liste conséquente de conditions et d'engagements (présence de BPI France au capital de la société assortie de droits de véto, création d'un comité de sécurité interne composé de membres du ministère des Armées ou de Bercy qui pourra exprimer son véto et autres engagements relatifs à la préservation de l'emploi)<sup>8</sup>. Selon un avis communiqué à la SEC fin septembre, Teledyne aurait depuis retiré son offre de rachat, du moins aux conditions ainsi exigées<sup>9</sup>.

Un autre refus a été exprimé par l'État à l'occasion de la vente du site de fabrication de rails de British Steel situé à Hayange au groupe chinois Jingye<sup>10</sup>. Très récemment, Florence Parly, Ministre des Armées a affirmé à propos de la CNIM, société spécialisée dans la mécanique de précision, qui faisait l'objet d'approches d'acheteurs chinois que sa « *branche innovation et systèmes est très importante pour le ministère des armées* » et que, si elle devait être cédée, « *les activités de défense devraient nécessairement rester sous contrôle français* »<sup>11</sup>.

34 - Ces exemples illustrent une volonté affichée du gouvernement de communiquer sur ses interventions en matière de protection des entreprises jugées stratégiques.

6. [https://annuaire.service-public.fr/gouvernement/administration-centrale-ou-ministere\\_1176911](https://annuaire.service-public.fr/gouvernement/administration-centrale-ou-ministere_1176911).

7. *Les Échos*, 4 mars 2020, « *Défense : Bercy veut que la pépite Photonis reste française* ». Disponible ici : <https://www.lesechos.fr/industrie-services/air-defense/defense-bercy-veut-que-la-pepite-photonis-reste-francaise-et-insiste-aupres-de-thales-1181819>.

8. *Les Échos*, 7 avril 2020 « *Course Contre la montre en Europe pour filtrer les acquéreurs étrangers* »

9. *Les Échos*, 28 Septembre 2020 « *Défense : l'américain Teledyne renonce à acquérir Photonis 'au prix'* ».

10. *Les Échos*, 5 mars 2020, « *Steel attise les convoitises* ». Disponible ici : <https://www.lesechos.fr/industrie-services/automobile/lusine-de-rails-dhayange-de-british-steel-attise-les-convoitises-1182027>.

11. Assemblée Nationale, Commission de la Défense Nationale et des Forces Armées, Audition de Madame Florence Parly, Ministre des Armées, Lundi 11 mai 2020, Séance de 16 heures, Compte-rendu n° 50. Disponible ici : [http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/comptes-rendus/cion\\_def/115cion\\_def1920050\\_compte-rendu?](http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/comptes-rendus/cion_def/115cion_def1920050_compte-rendu?)

### D. - Des contraintes imposées aux investisseurs de plus en plus fortes

35 - Dans ce contexte, il faut également noter un accroissement des contraintes imposées aux investisseurs<sup>12</sup> dans les dossiers pour lesquels l'administration subordonne son autorisation à la signature par l'investisseur d'une lettre d'engagement.

36 - Dans les dossiers les plus sensibles, les engagements demandés peuvent être complétés par des interdictions d'accès de l'investisseur à des sites, à des informations sensibles mais aussi à des données relatives à une branche d'activité. Grâce à la mise en place de ces mécanismes, les activités jugées sensibles par l'État peuvent être totalement opaques pour l'investisseur. Bien entendu, de telles mesures soulèvent des difficultés pour l'investisseur puisqu'il peut ne pas avoir de vision précise, y compris comptable et financière, lui permettant d'assurer une gestion des activités ainsi protégées.

37 - Ces évolutions du contrôle des investissements étrangers en France s'inscrivent dans un contexte mondial de renforcement du contrôle des investissements étrangers.

### 3. Une volonté de maintenir l'attractivité économique de la France dans un contexte de mondialisation du protectionnisme –

38 - Comme la France, de très nombreux pays ont récemment renforcé leur contrôle des investissements étrangers, à tel point que l'on peut parler d'une véritable mondialisation du protectionnisme<sup>13</sup>.

39 - Au niveau de l'Union Européenne, les mécanismes de contrôle des investissements étrangers relèvent de la compétence des États membres. Ainsi, seul un mécanisme de coopération entre États membres avait été adopté<sup>14</sup> pour mettre en place un mécanisme d'échange d'informations et de coopération entre la Commission européenne et les États membres. Cette coopération était une tentative d'harmoniser les mécanismes de contrôle des investissements directs étrangers dans l'Union en établissant un cadre pour le contrôle des investissements en provenance de pays tiers dans des secteurs européens sensibles et/ou liés à des projets et des programmes présentant un intérêt pour l'Union sur le fondement de la sécurité ou de l'ordre public.

40 - Au-delà de ces dispositions, la crise sanitaire actuelle a provoqué une prise de conscience de la nécessité d'assurer un contrôle des investissements en provenance de l'étranger. Le 25 mars 2020, la Commission européenne a publié des orientations destinées aux États membres visant à assurer une meilleure protection des technologies et actifs européens stratégiques. Sont notamment visés les infrastructures, les équipements et approvisionnements essentiels en matière de santé, ainsi que les technologies et la recherche médicales. A cette occasion, la présidente de la Commission Européenne, Ursula

von Der Leyen, déclarait : « *Nous devons protéger notre sécurité et notre souveraineté économique* »<sup>15</sup>.

41 - En pratique, à ce jour, quatorze pays de l'Union Européenne disposent d'un filtrage des investissements étrangers différent<sup>16</sup>.

42 - En Allemagne, par exemple, notamment suite à l'émoi national suscité par le rachat du fleuron de la robotique Kuka par le groupe chinois Midéa en 2016, le gouvernement allemand a abaissé en 2018 le seuil de protection de 25% à 10% dans plusieurs domaines jugés sensibles pour la sécurité du pays tels que les hautes technologies et les biotechnologies<sup>17</sup>. Cette tendance au filtrage des investissements étrangers a été manifeste en mars 2020 lorsque le gouvernement allemand a témoigné son opposition à un projet de rachat du laboratoire allemand CureVac, travaillant sur un vaccin contre la Covid-19, par le gouvernement américain. Le Ministre de l'Économie allemand, Peter Altmaier avait alors déclaré que l'Allemagne « *n'est pas à vendre* »<sup>18</sup>.

43 - L'Italie a également renforcé son contrôle, le 7 avril 2020, grâce au « *Golden Power* » étendant la liste des secteurs sensibles soumis à contrôle et en abaissant son seuil de contrôle des acquisitions à 10% du capital et des droits de vote. Des annonces gouvernementales ont évoqué une nouvelle baisse de ce seuil à 5%. « *L'Italie ne deviendra pas le supermarché des autres pays comme en 2008* »<sup>19</sup> insiste Luigi di Maio, Ministre des Affaires étrangères.

44 - L'Espagne a connu une évolution similaire puisqu'elle impose, depuis le 18 mars 2020, à tout non-européen d'obtenir une autorisation préalable pour acquérir plus de 10% du capital d'une entreprise espagnole ou des droits pour participer à sa gestion ou son contrôle. Ce contrôle a été étendu aux acquisitions de plus d'un million d'euros par des investisseurs européens, mais contrôlés à plus de 25% par une entité non-européenne<sup>20</sup>. Comme pour les pays membres précités, cette réglementation couvre les secteurs stratégiques aussi variés que la défense, l'énergie, la santé ou les biotechnologies.

45 - Les États-Unis se sont, quant à eux, dotés depuis longtemps d'un arsenal de contrôle extrêmement puissant et n'hésitent pas à utiliser leur pouvoir de blocage des investissements étrangers au nom de la protection de la sécurité nationale, notamment dans les secteurs de la défense, des technologies de pointe, de la santé ou de la finance. Sur fond de guerre commerciale sino-américaine, la plupart des acquisitions majeures récemment bloquées concernent des investisseurs chinois. On pourra citer notamment le blocage des tentatives d'acquisition de Lattice

12. A. Sauty de Chalon, « Les conditions assortissant les autorisations d'investissements étrangers en France », *Revue des Juristes de Sciences-Po*, n° 5, Février 2012, p. 54.

13. R. Dalmas, A. Nicolai, B. Egan et J. Wang, « Vers la mondialisation du protectionnisme ? » *La Semaine Juridique – Entreprise et Affaires*, n° 4, Janvier 2020, p. 1024.

14. Règlement (UE) 2019/452 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union du 19 mars 2019.

15. Commission européenne, Communiqué de presse – « Coronavirus : La Commission publie des orientations concernant la protection des technologies et des actifs européens critiques dans le contexte de la crise actuelle », 25 mars 2020. Disponible ici : [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP\\_20\\_528](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_20_528).

16. L'Allemagne, l'Autriche, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, la France, la Hongrie, l'Italie, la Lettonie, Lituanie, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal et la Roumanie.

17. *Les Échos*, 19 décembre 2018, « L'état allemand se resserre sur les investissements étrangers ». Disponible ici : <https://www.lesechos.fr/monde/europe/letau-allemand-se-resserre-sur-les-investissements-etrangers-240319>.

18. *L'Express*, 15 mars 2020 « Coronavirus : l'Allemagne accuse Trump d'avoir voulu s'approprier un projet de vaccin ». Disponible ici : [https://www.lexpress.fr/actualite/societe/sante/coronavirus-l-allemande-accuse-trump-d-avoir-voulu-s-approprier-un-projet-de-vaccin\\_2120967.html](https://www.lexpress.fr/actualite/societe/sante/coronavirus-l-allemande-accuse-trump-d-avoir-voulu-s-approprier-un-projet-de-vaccin_2120967.html).

19. *Les Échos*, 29 avril 2020, « Investissements étrangers : en Italie, la finance et les assurances sous surveillance ». Disponible ici : <https://www.lesechos.fr/monde/europe/investissements-etrangers-en-italie-la-finance-et-les-assurances-sous-surveillance-1199176>.

20. *Les Échos*, 29 avril 2020, « Investissements étrangers : pas touche à Telefonica ». Disponible ici : <https://www.lesechos.fr/monde/europe/investissements-etrangers-pas-touche-a-telefonica-1199263>.

Semiconductor ou de MoneyGram en 2017, et de Qualcomm par Broadcom en 2018.

46 - Plus récemment, le CFIUS<sup>21</sup> n'a pas hésité à franchir une nouvelle étape dans ce contrôle en remettant en cause des acquisitions de sociétés américaines par des sociétés chinoises pour en forcer la cession. On pourra citer la cession forcée par le chinois Beijing Kunlun Tech de l'application mobile de rencontre Grindr qu'il avait acquise en 2018 ou encore celle de la plateforme de partage d'information médicales Patients Like Me, qui avait été acquise par le chinois iCarbonX en 2017, toutes deux au nom de la protection des données personnelles des citoyens américains et du risque d'utilisation qui pourrait en être faite par un acteur étranger contre les intérêts américains. Quant au feuilleton « TikTok », Donald Trump a exigé que l'application contrôlée par le chinois ByteDance passe sous contrôle américain au nom de la protection de la sécurité nationale sur fond de soupçons d'espionnage pour le compte de Pékin<sup>22</sup>.

47 - Ce renforcement mondial de la réglementation de contrôle des investissements étrangers s'accompagne d'un renouveau de l'intervention étatique dans l'économie<sup>23</sup>. Ainsi, en France, face à la fragilisation d'entreprises jugées stratégiques, l'État n'a pas hésité à mettre en place des prêts garantis, par exemple au profit d'Air France KLM et de Renault. Par ailleurs, d'autres solutions sont à l'étude, parmi lesquelles la création d'un fonds d'investissement public-privé destiné à prendre des participations dans les entreprises sensibles.

48 - Dans ce contexte d'interventionnisme croissant des États, la France a pour l'instant conservé sa première place européenne

pour l'implantation et l'expansion de sites de production et de centres de R&D d'entreprises à capitaux étrangers<sup>24</sup>.

49 - Le gouvernement est toutefois conscient qu'il est nécessaire, suite aux récents changements réglementaires intervenus et à l'opposition exprimée par l'État sur certaines opérations récentes, de rassurer les investisseurs étrangers. Bercy a ainsi récemment rappelé qu'il « ne s'agit pas de décourager les investissements étrangers dans les entreprises françaises, même sensibles, alors que celles-ci vont avoir besoin de capitaux. La France est une économie ouverte aux investissements étrangers »<sup>25</sup>.

50 - De fait, les investisseurs étrangers sont de plus en plus sophistiqués et la majorité d'entre eux ne seront pas découragés par le renforcement du filtrage français des investissements étrangers, d'autant plus que ce filtrage est de plus en plus généralisé au niveau mondial. Néanmoins, ces investisseurs s'attendent à ce que les conditions de ce filtrage soient clairement exposées, soient appliquées de façon uniforme et que les résultats en soient prévisibles. En outre, le durcissement des contrôles implique que la question du contrôle des investissements étrangers dans les transactions sensibles doive être traitée encore plus en amont qu'elle ne l'était dans le passé. ■

21. Committee on Foreign Investment in the United States.

22. *Challenges*, 21 septembre 2020.

23. V. en ce sens, l'article d'A. Gosset-Grainville dans notre numéro.

24. Baromètre de l'attractivité industrielle de la France, publié par Ernst & Young, Janvier 2020. Disponible ici : [https://www.ey.com/fr\\_fr/advisory/barometre-de-l-attractivite-industrielle-de-la-france](https://www.ey.com/fr_fr/advisory/barometre-de-l-attractivite-industrielle-de-la-france) ; Baromètre de l'Attractivité de la France, publié par Ernst & Young, Mai 2020. Disponible ici : [https://www.ey.com/fr\\_fr/news/2020/05/barometre-ey-de-l-attractivite-de-la-france-2020](https://www.ey.com/fr_fr/news/2020/05/barometre-ey-de-l-attractivite-de-la-france-2020).

25. *Les Échos*, 29 avril 2020, « La France va renforcer ses investissements étrangers ». Disponible ici : <https://www.lesechos.fr/economie-france/budget-fiscalite/coronavirus-la-france-va-renforcer-le-contrôle-des-investissements-etrangers-1199081>.

## 19 Covid-19 : What to do about sovereign debt?



Hubert de VAUPLANE,

avocat associé du cabinet Kramer Levin Naftalis & Frankel LLP à Paris,  
docteur en droit

1 - The economic rescue plans put in place in response to the health crisis in various countries are leading to an unprecedented explosion of public debt almost everywhere in the world. While monetary orthodoxy – imposed in particular on Greece – sets precise ratios for the level of debt in relation to GDP so that there are certain percentages above which a debt is considered « unsustainable », *i.e.* non-repayable by its debtor, the very simple question remains : « What to do with this mountain of debt? »

2 - There are calls for the cancellation of the public debt held by the European Central Bank (« ECB »)<sup>1</sup>, or more specifically by the national central banks of the European System of Central Banks (« ESCB System »)<sup>2</sup>. Others mention the possibility of issuing perpetual debt<sup>3</sup> or even converting part of the existing stock of public debt into perpetual debt<sup>4</sup>, including the stock held by the national central banks, in order to technically avoid a cancellation which would lead to negative equity held by central banks and, in turn, the cancelling of the stock of national public debt that they hold<sup>5</sup>.

3 - *But what is sovereign debt*<sup>6</sup>?

4 - First of all, let's recall an obvious fact : a monetary debt is a reciprocal contract under which the lender provides a certain amount of money in return for remuneration, and the borrower agrees to reimburse the capital and interest according to the

terms determined in the contract. In other words, a debt commits its debtor to repay and commits the lender to respect the terms of the contract. Sovereign debt is that which is issued by a State ; it generally takes the form of either negotiable debt, in the form of bond issues (in local or foreign currency) issued on international financial markets, or financing contracts (with international financial institutions or private creditors). Although both bond contracts and loan contracts are debt contracts, the use of one over the other leads to discrepancies in the legal regime of each of these contracts, in particular in the conditions for modifying the terms of the original contract.

5 - When the State encounters financial difficulties in honoring its debt, several legal techniques exist to alleviate the burden of the debt. These techniques can be classified into three categories : those where the debtor refuses to honor his commitment ; those where the creditor consents to a waiver of the debt through an oblativ act, and finally, the various situations where the debt is negotiated, from suspension or moratorium to debt forgiveness or renegotiation of the terms of the debt.

6 - Let us take a legal look at two main ideas for dealing with the burden of these public debts. The first one is simple : it is a matter of « cancelling » all or part of the debt. But what does the term « cancellation » mean, and which public debt are we talking about (1) ? The second is just as simple, but legally opposed, despite the fact that the economic effects are similar to those of a « cancellation » : it is the idea of transforming sovereign debt into perpetual debt (2).

### 1. Cancellation of public debts

7 - The cancellation of public debt is a recurring theme in both political and economic discourse. The legal perspective is rarer. However, and especially in the context of the functioning of the European Union, the legal aspect of the cancellation of sovereign debt must be looked at in light of the Union Treaties and of certain principles laid down in them, in particular that of the prohibition of deficit financing by the ECB. Before examining this issue, it is necessary to make a short detour through the Bible as well as the ECB's accounting.

8 - **Jubilee debt cancellations in the Bible.** Debt crises can lead to violence, riots, and even revolutions. Western antiquity experienced such periods of turmoil linked to the burden of debt. This was the case in Babylon<sup>7</sup>, Greece<sup>8</sup>, Israel<sup>9</sup> and Rome. Throu-

1. A. Grandjean, « Nourrir le débat sur une annulation partielle (370 milliards) de la dette publique », April 15, 2019, *Chronique de l'Anthropocène* : <https://alaingrandjean.fr/2019/04/15/nourrir-debat-annulation-partielle-370-mdse-de-dette-publique/>.

2. L. Scialom, B. Bridonneau, « Des annulations de dettes publiques par la BCE : lançons le débat », *Terra Nova*, April 2020 : <http://tnova.fr/notes/des-annulations-de-dette-publique-par-la-bce-lancons-le-debat> ; cf. aussi, G. Giraud, « Face à une crise économique inédite : le nécessaire engagement massif de l'État », *Revue Projet*, April 2020 : <https://www.revue-projet.com/articles/2020-04-giraud-face-a-une-crise-economique-inedite-le-necessaire-engagement-massif-de-l-etat/10522>.

3. G. Soros, « L'UE devrait émettre des obligations perpétuelles », *Project Syndicate*, April 20, 2020 : <https://www.project-syndicate.org/commentary/finance-european-union-recovery-with-perpetual-bonds-by-george-soros-2020-04/french-or-Alain-Minc>, « Pour une dette publique à perpétuité ! », *Les Echos*, April 16, 2020 : <https://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/alain-minc-pour-une-dette-publique-a-perpetuite-1195545>.

4. Cf. J.L. Mélenchon, « Pourquoi et comment annuler les dettes des Etats européens ? », *L'Ére du Peuple*, April 19, 2020 : <https://melenchon.fr/2020/04/19/pourquoi-et-comment-annuler-la-dette-des-etats-europeens/>.

5. V. en ce sens, « Covid19 : Faut-il annuler les dettes abyssales à venir des Etats ? », *Le Grand Continent*, April 2020 : <https://legrandcontinent.eu/fr/2020/04/09/covid-19-faut-il-annuler-les-dettes-abyssales-a-venir-des-etats/>.

6. Sovereign debt is government debt. If we add to it the debts of the social security system, local authorities (regions, departments, municipalities, etc.) and the various central government bodies, we obtain public debt.

7. Cf. The edict of the Babylonian king, Ammisaduqua (17th century B.C.), according to which the king remitted the arrears due to him. « *The collector may not sue the tributaries of the crown for payment, » then, « whoever*

ghout history, it has led to the « erasure », or cancellation, of private debts. Traces of these movements can be found in the Bible<sup>10</sup>. The practice was that of the Jubilee<sup>11</sup> and the principle that of the jubilee remission<sup>12</sup>. However, the remission was based less on a religious logic and more in line with the purpose of redressing the social and economic situation of the country through the application of distributive justice measures<sup>13</sup>.

9 - To what extent would the cancellation of part of the sovereign debt also make it possible to respond to this economic logic? In fact, it all depends on what type of debt one is talking about. Whereas the Bible refers to private debt that is cancelled by order of a sovereign, here one would be referring to the cancellation of a part of the public debt by decision of the creditor. Yet this would not include all public debt, only that which is held by a specific category of investors, in this case the ECB.

10 - **Who holds the sovereign debt?** On the one hand, the sovereign debt of euro-area countries, like that of many other so-called « advanced » countries, is held on by private investors, banks or institutional investors such as insurers and pension funds. On the other hand, an increasingly large part of this debt is held by the ECB or, more precisely by the national central banks of the ESCB. Thus, in the case of France, although no official figures exist, it is estimated that just under 20% of French sovereign debt is held by the *Banque de France*<sup>14</sup>. In the context of sovereign debt purchases, the purchase program implemented by the ECB made each national central bank buy domestic sovereign debt without pooling any risks. It was in this context that the *Banque de France* acquired French government securities.

11 - The debt cancellations in question do not refer to claims held by private investors, but only to sovereign securities held by the ESCB. With regards to the former, cancellations would constitute an infringement of their property rights, which are protected by the Constitution and the European Convention on Human Rights. Only securities held by ESCB central banks would be affected. The « damage » of this cancellation would be borne solely by the central banks' shareholder, which is the State, even if, of course, a central bank is legally an entity independent of the same State. When presented as such, the cancellation of part of the public debt amounts to the deletion from the balance sheet of an institution held by the State of the claims that the former holds on the State. A zero-sum game? Not quite.

12 - **What is the legal basis for debt cancellation?** Legally, a debt write-off is either a debt waiver or a debt remission, *i.e.* a decision by the creditor to waive all or part of its claim. In this respect, it differs from a cancellation, which is pronounced by the judge. In a debt write-off, it is the creditor who initiates the measure, even if the debtor must consent to it in the case of a debt remission. This is a legal technique leading to the « extinc-

tion of an obligation »<sup>15</sup>. In the legal sense, it differs from debt forgiveness, which is a unilateral renunciation of a right and which is legally referred to as an abdication. In the moral sense, debt cancellation is sometimes equated with remission. In juridical Latin, we speak of *remissio* and *remissa* which mean « remission of sentence » and « pardon ». The use of the word remission is rather reminiscent of the religious meaning « *forgive us our debts as we forgive our debtors* » (Mt. 6: 9-15). The idea of forgiveness is inherent in debt forgiveness. Moreover, the Latin term *remittere* means to concede, to give up.

13 - In the case under discussion, it would be up to the ESCB, *i.e.* the ECB and the national central banks, to decide either to waive claims or to waive the debt owed to the States. Regardless, the effect would be the same in both cases, with the cancellation of the principal and interest that was still owed.

14 - **The effects of a debt write-off on a central bank's balance sheet.** Central banks are not commercial banks. They do not seek to make a profit (even if they do and, often, in times of crisis) and therefore are not subject to the same financial constraints as private institutions. In practice, this means that most central banks (at least those with a « strong » currency) could face losses up to the point of having negative capital all while continuing to operate. This has even led the International Monetary Fund (« **IMF** ») to consider that a central bank does not need capital to function<sup>16</sup>! As the Bank for International Settlements (« **BIS** ») notes, « *Ideally, central banks should be provided with the financial resources and mechanisms they need to perform their function in society, including in times of crisis. These resources and mechanisms would therefore likely need to be sufficient to maintain positive capital in the face of losses resulting from actions taken in the public interest. In short, it is important that the central bank remains financially independent* »<sup>17</sup>. But, as the IMF points out, in the absence of capital, the price of a central bank's independence is precisely its ability to function on its own<sup>18</sup>. In other words, a central bank's financial strength must be commensurate with the resources required to perform its independent functions.

15 - The balance sheet of any central bank consists of assets and liabilities<sup>19</sup>. On the assets side, there are mainly securities held by residents, loans to credit institutions, and gold and other assets. Thus, assets acquired by the ECB in the context of its monetary policy operations are included in the category « Securities of euro area residents in euros ». Similarly, the refinancing operations of credit institutions are aggregated within the category « Loans to euro area credit institutions in euros ». On the liabilities side, the main items are banknotes and coins in circulation, as well as so-called « revaluation » accounts (changes in value due to price changes) and liabilities to euro area credit institutions (banks' current accounts with the ECB).

16 - Since the 2008/2009 crisis, major central banks in advanced countries have significantly increased the size of their balance sheets, including through asset purchase programs. As such, the size of the ECB's balance sheet has increased considerably over the last ten years<sup>20</sup> (in 2018, around 40% of GDP in

*has lent barley or silver to an Akkadian or Amorite at interest (...) by reason of the fact that the king has proclaimed redistribution, his bill of exchange is cancelled. He cannot claim the barley or the money.* » Finally, the king waived the collection of certain taxes that year.

8. Cf. Solon's law in Athens, which freed the earth by tearing up the boundaries and enacted *seisachtheia*, a sort of abolition of debts, prohibiting coercion by body, slavery for debts, thus freeing those who had been subjected to it and recalling those who had been exiled.  
9. Nehemia 5: 11 ; Amos 8: 4-6.  
10. 2 Book of Kings 4: 1 ; Leviticus 19: 15 ; Deuteronomy 25: 13-16.  
11. Leviticus 25: 8-34.  
12. Deuteronomy 15: 1-5  
13. Th. P. Osborne and J. Stricher, *L'année jubilaire et la remise des dettes, Repères bibliques*. Paris, Bayard / Centurion, 1999.  
14. A. Grandjean, « Nourrir le débat sur une annulation partielle (370 milliards) de la dette publique », April 15, 2019, *Chronique de l'Anthropocène* : <https://alaingrandjean.fr/2019/04/15/nourrir-debat-annulation-partielle-370-mdse-de-dette-publique/>.

15. Cf. N. Picod's very complete thesis, even though it predates the reform of the French civil code, *La remise de dette en droit privé*, Dalloz, nouvelle bibliothèque des thèses, n° 128, 2013 which inspired the following paragraphs.  
16. IMF, « Do central banks need capital ? » WP/97/83, July 1997.  
17. BIS, *Les finances des banques centrales*, n° 71, April 2013.  
18. IMF, « Do central banks need capital ? » WP/97/83, July 1997.  
19. For a detailed explanation of a central bank's balance sheet, cf. Bank of England, « Understanding the central bank balance sheet », 2015 : <https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/ccbs/resources/understanding-the-central-bank-balance-sheet.pdf>  
20. Balance sheet size, however, increased from EUR 1.154 billion in January 2017 to EUR 4.575 billion in January 2019.

the euro area, 25% in the United States, almost 90% in Japan and more than 100% in Switzerland) It is explained by the use of asset purchases in the euro area along with the implementation of the unconventional monetary policy known as Quantitative Easing (« QE »). QE mechanically increases the volume of a central bank's balance sheet : on the assets side, securities purchased and, on the liabilities side, currency issued to acquire them. This is why it is referred to as « quantitative » easing. The objective of QE is to drive the yield curve down on the medium- and long-term yield in an environment where the central bank's key rates are close to 0% and inflation is low or negative ; by substituting securities for money (« portfolio rebalancing effect »), the aim is to reduce real rates in order to stimulate activity and boost inflation expectations<sup>21</sup>.

17 - Under QE, sovereign debt securities purchased by a central bank are intended to be temporarily « stockpiled » on the central bank's balance sheet for subsequent resale on the market when monetary policy needs to be tightened. Therefore, over the long term, the amount of government debt held by the public is not reduced by the QE. The government's debt remains the same, even if it pays coupon interest to the central bank that holds part of this debt and that same central bank pays – after taxes – its dividends to its sole shareholder, the government.

18 - In practice, the ECB's cancellation of sovereign debt securities of the euro-area Member States would end up writing-off or forgiving debt, which would be equivalent to making the ECB's own funds negative given the level of the ECB's own funds which cannot absorb these losses. As a reminder, in 2019, the ECB had a balance sheet total of €4.575 billion against €7.6 billion in capital. In a commercial bank – as in any other commercial company – this situation would be impossible : it amounts to having negative own funds.

19 - However, as the BIS points out, « *it is far from clear to everyone that a central bank's book capital can be negative without cause for alarm* »<sup>22</sup>. This leads to the question of whether or not a central bank can fail due to its negative capital position? The very serious Swiss National Bank nevertheless posed this question in a paper that was very well received at the time<sup>23</sup> and to which the ECB gave a clear and unambiguous answer : « *Central banks are protected from insolvency because of their ability to create money and can therefore operate with negative equity. Central banks cannot run out of money because they are the ones who create the money. And you can't run out of something you can create yourself* »<sup>24</sup>. Moreover, there is no bankruptcy procedure for a central bank, i.e. there is no judicial or other institution that will judge whether a central bank's debts exceed its liabilities and force it to reorganize or be liquidated. The central bank can print money to settle its debts. In other words, the issue of central bank failure is theoretical. But in the context of the Lebanese crisis, this theory seemed to become reality through the criticisms voiced by some of this circuitous organization resembling a Ponzi scheme, which would be the only case where a central bank could actually be in « bankruptcy »<sup>25</sup>.

20 - *What does the TFEU foresee?* If, therefore, it does not seem impossible for a central bank to be in a negative equity position, to what extent is this debt forgiveness operation legally possible? One should consult the Treaty on the Functioning of the European Union (« TFEU »). It is well known that the EU Treaties prohibit any financial assistance from the ESCB to a Member State for the financing of the government deficit. However, these same Treaties do not, in general, exclude the possibility for the ESCB to repurchase from the creditors of such a State securities previously issued by the latter. In other words, the holding of government debt acquired on the secondary market by the ESCB does not contravene the prohibition on the financing of government deficits.

21 - This was the very purpose of the EECB's Medium-Term budgetary Objectives program (« MTO »)<sup>26</sup>. In 2012, the ECB announced – in a simple press release – that it had adopted certain decisions on a program allowing the ESCB to acquire sovereign bonds of euro-area Member States on secondary markets, provided that certain conditions were met. The program was aimed at addressing the disruptions in the monetary policy transmission mechanism generated by the specific situation of sovereign bonds issued by some Member States and at preserving the unity of monetary policy.

22 - This program – which was never actually implemented due to the legal uncertainties surrounding it – was the subject of an appeal by 37,000 German citizens before the German Constitutional Court, which ruled on 14 February 2014 that it was incompatible with the primary law of the European Union. According to the German judges, the arrangement goes beyond the ECB's mandate by leading the ECB to conduct its own economic policy, which is primarily the responsibility of the Member States. The MTO also infringes the prohibition on monetary financing of public debt laid down in Article 123 of the Treaty on the Functioning of the European Union<sup>27</sup>. The German Constitutional Court considered that the program could be acceptable if debt reduction was clearly excluded and securities purchases were not unlimited. Faced with the difficulty, the Court referred the matter to the Court of Justice of the European Union (« ECJ ») Union for a preliminary ruling on the operative part. On 16 June 2015<sup>28</sup>, the ECJ ruled that the MTO program, having regard to its objectives and the means planned to achieve them, falls within the scope of monetary policy and, therefore, within the powers of the ESCB. However, it limited the program by requiring that the ECB put in place sufficient safeguards to reconcile it with the ban on monetary financing.

23 - To avoid formal criticism of the MTO program, the ECB formally adopted the Asset Purchase Program (« APP ») for the acquisition of sovereign bonds in secondary markets on 4 March 2015. However, this program was also challenged before the German Constitutional Court, which then again referred a preliminary question to the ECJ for a preliminary ruling. The ECJ confirmed the legitimacy of the APP for the same reasons as for the MTO program, but also because the distribution of securities

21. Cf. AFEP, *Le bilan d'une banque centrale à l'heure du Quantitative Easing*, Flash Eco, 2015.

22. BIS, *Les finances des banques centrales*, n° 71, April 2013.

23. W.H Buitier, « Can Central Banks Go Broke? (May 1, 2014) ». *CEPR Policy Insight* N°. 24, May 2008. Available at SSRN : <https://ssrn.com/abstract=2489665>

24. ECB, « Profit distribution and loss coverage rules for central banks », occasional paper, n° 169, April 2016.

25. R. Reis, « Different types of central bank insolvency and the central role of seignorage », *Columbia University*, 2015 : <https://pdfs.semanticscholar.org/cadd/32158d4adec248d7c065204709c12c5dc051.pdf>

26. Outright monetary transaction, a program that was never implemented in the end.

27. Article 123 TFEU : « *Overdraft facilities or any other type of credit facility with the European Central Bank or with the central banks of the Member States (hereinafter referred to as 'national central banks') in favor of Union institutions, bodies, offices or agencies, central governments, regional, local or other public authorities, other bodies governed by public law, or public undertakings of Member States shall be prohibited, as shall the purchase directly from them by the European Central Bank or national central banks of debt instruments.* »

28. Press release of the European Court of Justice, 16 June 2015, ", <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-06/cp150070fr.pdf>

purchases respected the capital allocation<sup>29</sup>. However, the Karlsruhe Court did not hear it in this light and considered, in a decision of 5 May 2020, that the ECJ had exceeded its powers of interpretation<sup>30</sup>.

24 - Whatever may be the outcome of this debate, we can see that the legal rules laid down in the European Treaties are n° longer adapted to the current economic context. And rather than allowing the ECJ to twist the law by proposing legally questionable arguments to satisfy the monetary needs of the moment, the rule of law should be clearly modified and the restrictions laid down in Article 123 TFEU should be relaxed.

## 2. The return of perpetual debts

25 - The idea of transforming all or part of the existing sovereign debt into « perpetual debt » had been raised at the time of the Greek debt crisis by the Greek Finance Minister Yanis Varoufakis<sup>31</sup>. It was considered at that time as incongruous at best and unreasonable at worst. This idea is now coming back in force as one of the solutions to be studied in order to reduce the burden of public debt.

26 - *It remains to be seen what is meant by « perpetual debt ».* First of all, we talk indifferently about a loan or a perpetual annuity. The difference is essentially of a historical nature insofar as annuities appeared first, whereas the technique of the bond contract arrived later (around the middle of the 19th century), although today the bond contract has supplanted annuities. Beyond words and history, there is also a difference of a legal nature that distinguishes between the two terms. Whereas the annuity was generally a real right qualified as a lease to annuity for land rents or a personal right on a loan claim for constituted annuities, to which a mortgage guarantee was attached, the bond loan is a negotiable collective claim. Above all, the technique for transferring rights, and therefore ownership, is radically different. Until the 19th century, when annuities on the State became assimilated to securities, annuities generally followed a heavier and more complex regime than bonds, which are characterized by simplified negotiability due to their commercial rather than civil character<sup>32</sup>.

27 - *What does the term perpetual annuity cover?* According to a consensual definition<sup>33</sup>, a debt is perpetual or open-ended (which, legally, is not exactly the same thing<sup>34</sup>, if the contract of issue does not specify a maturity date). Consequently, it does not involve any repayment flows. The presence of optional early redemption clauses, at the option of the issuer and/or the holder, does not, in principle, alter the « perpetual » nature of the loan.

According to the CNO<sup>35</sup>, this category includes, for example, perpetual annuities, life annuities, interest payments conditional upon the survival of the holder, or perpetual Subordinated Notes issued by companies, the latter often containing an optional redemption clause at the discretion of the issuer.

28 - An « accrued pension » under the *Ancien Régime* means a debt *in personam* in arrears, corresponding to a lump sum in cash, not due but still repayable<sup>36</sup>. It is this definition that the Napoleonic Code has taken up in Article 1909 of the Civil Code : « *interest in return for a capital that the lender is prohibited from demanding* ». The annuity can then be perpetual or for life (Article 1910 of the Civil Code). When it is perpetual, the annuity is then redeemable (Article 1911 of the Civil Code) because of the prohibition of perpetual commitments<sup>37</sup> (i.e. personal rights), codified since 2016 in Article 1210 of the Civil Code. The capital of a perpetual annuity becomes payable in the event of « *bankruptcy or insolvency of the debtor* » (Article 1913 of the Civil Code). Whereas under the *Ancien Régime* the annuity was deemed to be immovable in most customs, the Civil Code classifies it as movable by determination of the law ; similarly, whereas under the old law it was considered to be an application of the contract of sale, it now constitutes a form of loan. What characterizes a perpetual annuity is the option left to the debtor to repurchase it. Without the option to repurchase, a perpetual annuity is not lawful.

29 - Beyond the Civil Code, annuities refer to different kinds of regular income not from work, but rather from the return on capital to which the creditor is entitled. They exist in all sectors of the economy : primarily in the agricultural and property sectors, then, and increasingly often, in the financial sector, followed by the social and insurance sectors<sup>38</sup>.

30 - The development of pensions under the *Ancien Régime* was one of the ways of getting around the prohibition of usury<sup>39</sup>. Lending by simultaneously fixing the interest rate and the duration of the contract was considered usurious<sup>40</sup>. However, in the type of loan that is now known as the perpetual bond, the interest was not stipulated in the contract, the latter being fixed by the legal denarius. In other words, the interest paid to the lenders was not a condition of the loan contract because the rate was fixed externally to the parties to the contract. Although included in the annuity contract, the interest was the counterpart to the impossibility of requiring the lender to repay the capital loaned. In other words, the contractual provisions of annuities imposed on the lender a loss of control of the capital, the debtor being the sole master of the timing of any repayment, which the creditor could not refuse. It is in this sense that the annuity is said to be « perpetual », since the contract does not set a date for the repayment of the capital, but it is always surrenderable (or repayable)

29. Judgment of the Court of Justice, Case C-493/17, December 18, 2018 : <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-12/cp180192fr.pdf>

30. T. Rospars, « Karlsruhe versus UE : analyse juridique d'un arrêt géopolitique », *Le Grand Continent* : <https://legrandcontinent.eu/fr/2020/05/05/analyse-juridique-dun-arret-geopolitique/>

31. T. Barbar, « Greece finance minister reveals plan to end debt stand-off », *Financial Times*, February 2, 2015 : <https://www.ft.com/content/7af4252c-ab03-11e4-91d2-00144feab7de>

32. However, revolutionary law considered that state annuities were negotiable in simplified forms (Law of 28 Florale, Year VII). As a result, state annuities were negotiable on the stock exchange through stockbrokers, as were all effects on the state. State annuities could be in registered or bearer form.

33. Comité de Normalisation Obligatoire (Bond Standards Committee), Volume A : *Les Obligations et autres titres de créance en euro (2010)*.

34. The notion of perpetuity implies that the commitment is eternal, whereas the notion of indefinite duration implies that the parties can always terminate the contract at any time. To speak of a contract of indefinite duration is not to speak of a contract without a term, but rather to speak of a contract with an extintive indefinite term. Whereas to speak of a perpetual contract (notwithstanding the prohibition of perpetual commitments) leads to committing oneself without fixing a term to the contract.

35. Comité de Normalisation Obligatoire (*Bond Standards Committee*).

36. For a complete study, cf. Ch. Lefebvre, « Observations sur les rentes perpétuelles dans l'Ancien droit », *Nouvelle Revue Historique de droit français et étranger*, vol. 38 (1914), pp. 184-229.

37. F. Rizzo, « Regard sur la prohibition des engagements perpétuels », *Dr. et patr.* 2000, p.66.

38. Cf. A.M Dubler, « Rentes constituées », *Dictionnaire historique de la Suisse* (2011) : <https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/013706/2011-12-23/#HLESrentesdanslessecteurfinancier>

39. Popes Martin V, in 1423, and Calixtus III, in 1455, had settled the debate on the relationship between annuities and interest-bearing loans, in other words usury, by determining the three conditions for the legality of annuities : the loss of control of the capital by the purchaser of the annuity, the creation of the annuity at the interest rate set by the sovereign, and the debtor's inalienable right to repurchase the capital at the appropriate time, by means of two bulls, the *Regimini*. cf. G. Sivéry, « La notion économique de l'usure selon Saint Thomas d'Aquin », *Revue du Nord*, 2004/3-4, p. 687 and following.

40. In his *Treatise on Usury*, Pothier takes up the statement of the reasons and motives in support of this religious prohibition (cf. 55 to 68).

by the borrower, who is required to pay interest or arrears until the capital is repaid. However, because it is redeemable, it is not a perpetual commitment in the legal sense of the word. The only way for the annuitant to recover the fund he has lent is to transfer the ownership of the annuity to a third party, who reimburses the capital and collects future interest (« arrears » or « quarters », paid quarterly)<sup>41</sup>.

31 - The perpetual annuity was a very common form of credit under the Ancien Régime, including for State debt, with the creation in 1522 of annuities on City Hall which counted for most of its institutionalized public debt institutionalized in the 16th and 17th centuries, alongside life annuities and tontines (with a switch under Louis XV and Louis XVI to the ruinous system of life annuities to the detriment of perpetual annuities)<sup>42</sup>.

32 - *The end of perpetual annuities*. The perpetual annuity, the famous 3% or 5% annuities, was the State's preferred debt tool throughout the 19th century and the favorite investment of investors throughout the same period. As inflation was low, or even non-existent<sup>43</sup>, the return was financially attractive to investors. But with the global conflicts of the 20th century and the emergence of inflation<sup>44</sup>, these annuities became financial disasters for investors. It is as of this period that the State modified its source of financing to privilege the bond loan to the detriment of the annuity<sup>45</sup>.

33 - In 1949, the French State indebted itself in perpetual annuities for the last time (bought back in the 1980s). On 7 April 1987, the Minister of the Economy, Finance and Privatization, Edouard Balladur, announced that the State would proceed with the repayment of its « old debt » : seven annuities or government bonds issued before 1950, with an outstanding amount at FRF 680 million, which at the represented 0.13% of the total outstanding government bonds. This was the end of government annuities in the Debt Ledger.

34 - *Towards perpetual debts?* The question of the return of perpetual debts by states is not new, but the Covid-19 crisis and the mountain of debts it has created has given this debate a new lease of life. Semantically, however, people have preferred to speak of perpetual securities or perpetual debts for several years now instead of perpetual annuities, the latter term being not only outdated but also carrying a negative connotation given the effects of inflation on the holders of these securities. Whether one refers to it as annuity or perpetual debt, the idea is the same : the capital is not repaid to the creditors unless the debtor decides to do so.

35 - The « wave » of 100-year « Methuselah »<sup>46</sup> debt issues in 2010 is illustrative of this movement towards « ever more debt

but ever more distant repayment ». In practice, there is little difference between debt with a maturity of 100 years and perpetual debt with a repurchase clause, which – as history shows, except in the case of the United Kingdom – is generally activated after a few decades. The economic and monetary context of the years 2010 explains this totally incongruous situation. Given the fall in interest rates, followed by negative rates (inconsequential!) investors did not hesitate to subscribe to these « Methuselah » bonds in order to gain a few yield points. Issuers, for their part, saw this as an « opportunity » to lock in debt at historically low interest levels. In Europe, Belgium (2015), Ireland (2016) and Austria (2017) have already issued such bonds. Outside Europe, Mexico (2015), Israel (2020), and even Argentina (2017) have taken this same risk. On the corporate side, to mention only the French, GDF Suez (2011), EDF (2014) and SNCF Réseau (2015) have also launched 100-year loans.

36 - This is the same idea that reappeared at the time of the rescue of Greece, as mentioned above<sup>47</sup>.

37 - Economists have proposed several scenarios to alleviate the debt burden of certain euro area countries. According to a first idea, perpetual debt would make it possible to put an end to debt exposure by transforming negotiable sovereign debt into a perpetual annuity<sup>48</sup>. In a way, this would involve financing the annual amortization of public debt by issuing perpetual debt<sup>49</sup>, which would lead to a reduction in the public debt market in a few years due to the absence of new issues, except of course for an increase in the budget deficit. In this scheme, the annuity issued would produce interest.

38 - However, the scenario most frequently mentioned is that of the transformation of the share of government debt held by the ECB « into a zero-coupon perpetual bond »<sup>50</sup>.

39 - We see that the notion of perpetual sovereign debt can have (at least) two different interpretations : with interest payments or without interest payments. But in both cases, there is n° obligation to repay the principal. As for the option of repayment at the option of the issuer, which characterizes the concept of annuity, it is not mentioned in the proposed scenarios.

40 - So much for the theory. But let's go back to the very basis of perpetual debt.

41 - A perpetual debt is a financial oxymoron, since we are talking about a debt but also about eternity (at least in theory, because if states have a longer lifespan than humans, they are not eternal either). Would a perpetual debt then be an endless debt, that is to say a debt that remains due without limit of time, *ad vitam aeternam*, even though the law prohibits perpetual commitments<sup>51</sup> on the grounds of the preservation of contractual freedom? This is precisely not the case. A perpetual debt is not a debt since the debtor has no obligation to reimburse the principal paid by the investors. Nor is it perpetual to the extent that the debtor is not indefinitely committed. A perpetual debt

47. P. Spiegel, « Leaked : Greece's new debt restructuring plan », *Financial Times*, June 5, 2015 : <https://www.ft.com/content/df144c00-c690-3fde-87c1-dfe3025f31dc>

48. M. Berrebi et J.H Lorenzi, *Un Monde de violence, l'Economie mondiale 2016-2030*, Eyrolles, 2015.

49. Today, in addition to new needs, the State is repaying its old debts with new debt.

50. France Stratégie, « Comment assurer la résorption des dettes publiques en zone euro ? », October 2017, n° 62. Proposal also put forward by the *LFI group to the National Assembly* in a motion for a resolution (n° 2824) : [http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b2824\\_proposition-resolution](http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b2824_proposition-resolution)

51. Cf. the excellent thesis of V. Frasson, *Les clauses de fin de contrat*, Lyon III, 2014.

41. Cf. K. Béguin, « La circulation des rentes constituées dans la France du XVII<sup>e</sup> siècle : Une approche de l'incertitude économique », *Annales ; Histoire, Sciences Sociales* 2005/6, pages 1229 to 1244 : <https://www.cairn.info/revue-annales-2005-6-page-1229.htm>

42. K. Béguin & P. Ch. Pradier, « Emprunts souverains et vulnérabilité financière de la monarchie d'ancien régime : tout s'est-il joué sous Louis XIV ? » (2011) : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00623931/document>

43. From the 14th century to 1914, inflation averaged less than 0.5% : D. Le Bris, « Quand la France s'endetta à perpétuité », *Le Monde*, February 21, 2014 : [https://www.lemonde.fr/economie/article/2014/02/21/quand-la-france-s-endetta-a-perpetuite\\_4371048\\_3234.html](https://www.lemonde.fr/economie/article/2014/02/21/quand-la-france-s-endetta-a-perpetuite_4371048_3234.html)

44. Between 1914 and the creation of the euro, average inflation in francs was 9% per year.

45. Prior to 1914, perpetual loans and very long-term annuity securities were the norm. Those who held the public debt kept it. So it was a matter of trust over the very long term. But beyond the form of the debt, it is the typology of lenders that changed during the 20th century : whereas the State borrowed mainly from French small investors until the interwar period, and even at the beginning of the « Trente Glorieuses », from the 80s – 90s, France favoured financing via the financial markets, from institutional investors.

46. Yet, according to the Bible, Methuselah lived 969 years, not 100 years!

is a debt in name only and perpetual<sup>52</sup> only in the credulity of the investors, because of the existence of a repayment clause in the debtor's hand, which alone allows this type of commitment to be considered lawful<sup>53</sup>. Neither debt nor perpetual, the concept of a perpetual debt in an economy where the State is already over-indebted is a financial artifice that amounts to considering that the most important thing for the State is not so much its level of indebtedness in relation to its present and future national wealth, but its capacity to honor only the « debt service », *i.e.* to pay interest. However, this debt service must be sustainable<sup>54</sup>.

42 - In fact, in an economy where public debt is more likely, over the long term, to increase than to decrease, the parry at the limit (both in relative and absolute terms) of debt is known : the repayment of issued debt is less related to budgetary savings than to the issue of new debt to repay maturing debt. Regardless of the nominal amount of debt, the only thing that matters is the ability

52. The concept of perpetuity for lawyers is a tricky one to approach. According to one approach, which is subjective, perpetuity is a function of the probable duration of the debtor's existence : the commitment takes on a perpetual character when the contracting party is held for life. However, in another, objective, approach, perpetuity is manifested by an active will not to confer an end to the contract ; it refers to an unlimited commitment in itself and not in relation to the life of the debtor.

53. It is the very existence of this buy-back clause in the hands of the debtor that makes it possible to consider that perpetual annuities do not fall under the prohibition of perpetual commitments.

54. A public debt is economically sustainable when the interest rate paid to the State's creditors is lower than the growth rate of the national economy, and the balance of expenditure and revenue, excluding interest payments, remains positive. This has not been the case in France since the late 1970s.

to pay interest as the nominal amount of debt increases. And the repayment of principal is « forgotten ». The idea of converting the existing stock of debt into perpetual debt, or of new sovereign debt issues being perpetual debt, is consistent with the logic described above, but pushed to its extreme since the issuance contract provides for no principal repayment at the outset.

43 - A non-refundable debt is not a debt. The very principle of a debt is based on the obligation to reimburse the creditor. Unless he renounces his commitment as a debtor, which is always possible but dangerous, especially for a State that borrows on the financial markets. But in a perpetual debt, there is no « repudiation » of the debt by the State ; on the contrary, the creditors agree not to be repaid! The creditor here is the ECB. The latter would convert the sovereign debt securities it holds into perpetual debt, if necessary with a zero coupon. These securities would still be recorded on the ECB's balance sheet (as opposed to a debt waiver), thus avoiding a negative impact on shareholders' equity. But what is this legal instrument that gives rise neither to a repayment of capital nor to the payment of interest? What is this security representing a right other than a claim? A legal chimera.

44 - What these debates on perpetual debts or annuities highlight is the very denial of the principle of debt, it is the very idea of debt – in the sense of « being in debt » as in « having debts » – that is rejected here. « Being in debt », « having a debt » places the debtor in a situation of moral duty and legal obligation. This is precisely what modern man refuses. And so does the State. ■

## À propos de...

### ***La Revue des Juristes de Sciences Po***

Fondée en 2009, la Revue des Juristes de Sciences Po est une revue semestrielle étudiante affiliée à l'Association des Juristes de Sciences Po (AJSP). Publiée par l'éditeur LexisNexis, elle propose depuis sa création des dossiers thématiques consacrés à de grandes problématiques juridiques.

Entièrement et indépendamment conçue par des étudiants de l'École de Droit de Sciences Po, la Revue compte aujourd'hui dix-neuf numéros. Un vingtième est en préparation.

La Revue est rédigée par des professeurs, praticiens et étudiants de Sciences Po mais aussi d'autres institutions. Les membres de la Revue sélectionnent les contributeurs et organisent la publication. Chaque numéro est placé sous la direction scientifique d'une personnalité reconnue du monde juridique.

En constant développement, la Revue des Juristes de Sciences Po entend devenir une référence parmi les publications étudiantes francophones. Par l'augmentation progressive de sa visibilité, elle aspire à terme à influencer la pensée des acteurs du droit et faire réfléchir sur l'impact du droit dans notre société contemporaine.



*Tous les numéros de la Revue des Juristes de Sciences Po sont disponibles sur les bases de données LexisNexis.*



**LexisNexis®**



## L'équipe **contentieux** et **arbitrage**

Le contentieux est un des domaines d'activité fondateurs de l'identité de Reed Smith depuis sa création en 1877. Reed Smith - aujourd'hui l'un des premiers cabinets d'avocats d'affaires dans le monde - place au cœur de son développement l'ensemble de ses savoir-faire liés au règlement des litiges.

### **A propos de Reed Smith**

Plus de 1 800 avocats répartis dans 30 bureaux à travers l'Europe, le Moyen-Orient, l'Asie et les Etats-Unis.

### **Qui sommes-nous ?**

Les associés qui animent notre équipe Contentieux et Arbitrage à Paris ont tous, avant de rejoindre Reed Smith, exercé au sein d'équipes réputées pour leur expertise. Notre équipe Contentieux et Arbitrage, composée à Paris d'une quinzaine d'avocats, conseille de grands groupes et des PME internationales et françaises. Elle se distingue par sa maîtrise des fondamentaux et des évolutions de leurs secteurs, essentiellement l'industrie, les transports, la banque/finance, la santé et les sciences de la vie, l'immobilier, la construction l'énergie, les technologies de l'information et les médias.

### **Nos missions**

Notre équipe intervient sur des dossiers de toute nature - précontentieux, contentieux, arbitrage, médiation et conciliation - et affiche une pluralité de compétences :

- Risques industriels, sanitaires et de santé publique / Assurance ;
- Contentieux bancaires et financiers ;
- Construction ;
- Droit international ;
- Règlementation : conformité (compliance) ;
- Arbitrage international ;
- Responsabilité professionnelle ;
- Droit social ;
- Contentieux commerciaux / Responsabilité du fait des produits ;
- Contentieux de haut de bilan / Fusions & acquisitions / Contentieux boursiers ;
- Procédures collectives ;
- Droit pénal des affaires.