

CAHIERS DE RECHERCHE DE LA FACO

Numéro 6 – Septembre 2021

**Directeur de la publication**

Bernard VIVIER
Président de la FACO

Directeur de la revue

Hubert de LA BRUSLERIE
Doyen de la FACO

CONTRIBUTEURS

Jean-Paul BOLUFER - Préfet honoraire, ancien élève de l'École nationale d'administration et auditeur de l'institut des hautes études de défense nationale, ayant partagé sa vie professionnelle entre administration de l'Etat, direction de cabinets ministériels et collectivités territoriales, chargé de cours à la FACO.

Marie-Christine CAUCHY-PSAUME– Docteur en Droit, ancien Doyen et Professeur référent à la FACO, Chevalier de l'Ordre du Mérite

Alexandre LEVILLAIN – Professeur Référent en 4e et 5e année de Droit, ancien notaire, avocat au barreau de Paris. Docteur en droit international privé, il enseigne également dans une Business-School. Il est titulaire du Diplôme Supérieur du Notariat et d'un Master 2 en Finance, option Gestion de Patrimoine.

Hubert de LA BRUSLERIE – Chargé de cours à la FACO, Doyen de la FACO, Agrégé des Facultés en Sciences de Gestion, Expert près la Cour d'Appel de Paris. Ses travaux ont été publiés dans plusieurs revues internationales. Il est par ailleurs l'auteur d'ouvrages, dont « *Analyse financière* » et « *Trésorerie d'entreprise* » publiés chez Dunod.

Sirio ZOLEA - Postdoctoral researcher (University of Macerata), Dr Zolea est 'visiting scholar' à la FACO pour l'année 2020-2021.

Julian VOSSEN – Etudiant en 2^e année de Droit et science politique à la FACO

Relecture, publication, diffusion, promotion – Sandrine SCHER – Directrice communication.

SOMMAIRE

EDITORIAL	5
Bernard VIVIER	
Hubert de LA BRUSLERIE	7
<i>Introduction</i>	
Jean-Paul BOLUFER	11
<i>La crise du pouvoir politique</i>	
Marie-Christine CAUCHY-PSAUME	39
<i>La justice prédictive</i>	
Alexandre LEVILLAIN	53
<i>L'impact de la crise sanitaire Covid-19 sur les baux commerciaux</i>	
Hubert de LA BRUSLERIE	71
<i>L'intérêt paradoxal de rester actionnaire minoritaire d'une entreprise après son acquisition</i>	
Sirio ZOLEA	89
<i>Le droit et les politiques concernant l'exploration et l'exploitation de l'espace extra-atmosphériques face aux enjeux de l'égalité entre les Etats et entre les peuples / Space law and inequalities at the dawn of the third millennium</i>	
Julian VOSSSEN	109
<i>Regards sur le monde actuel, Paul Valéry (1938) : Commentaire</i>	

EDITORIAL

C'est avec un grand plaisir et un vif intérêt que nous voyons paraître ce numéro 6 des Cahiers de Recherche de la FACO après l'épreuve de la crise sanitaire que les enseignants, les étudiants et le personnel administratif de notre établissement ont traversé en 2020 et 2021. Certes les risques demeurent et la crise sanitaire n'est pas terminée, mais celle-ci heurte moins nos activités et le fonctionnement de notre établissement.

Ce sixième numéro signifie que l'activité de production scientifique et de rayonnement intellectuelle des enseignants de la FACO poursuit sa route. Malgré les difficultés nos enseignants ont à cœur de reprendre en cet automne 2021 l'échange intellectuel après un long premier semestre de confinement qui a conduit à privilégier largement les relations à distance via le téléenseignement et la télétransmission.

Cette livraison des Cahiers de Recherche de la Faco, créés par notre ancien Doyen, Madame Marie-Christine Cauchy-Psaume, marque la volonté du nouveau Doyen, Monsieur le Professeur Hubert de La Bruslerie, de reprendre et d'élargir le travail entamé en 2017 par son prédécesseur.

Toutes les suggestions de publication sont désormais admises sans appel à contributions spécifiques se raccrochant obligatoirement à un thème général donné. Chacun, quelle que soit sa discipline, juriste, politiste, enseignant de langue, économiste, gestionnaire, statisticien ou autre, peut souhaiter

développer une réflexion de nature scientifique sur un sujet de débat ou d'interrogation scientifique où une réflexion rigoureuse et informée a sa place. Cela permet en particulier de s'ouvrir à des thèmes et à des questions d'actualité.

L'idée simple est que chacun puisse participer aux débats d'idées et au développement des connaissances par une réflexion éclairée et scientifique. Les Cahiers de la FacO sont heureux d'être le support de la contribution intellectuelle de ses enseignants à la vie de la cité.

Réjouissons-nous de la qualité de cette livraison et souhaitons qu'elle soit suivie rapidement par d'autres.

Bernard Vivier
Président de la FACO

INTRODUCTION

Pr.Hubert de LA BRUSLERIE

Ce sixième numéro des Cahiers de recherche de la FACO paraît enfin après le grand vide introduit pour tous par le confinement. Le précédent numéro des Cahiers était sorti en novembre 2020, grâce à la détermination du précédent doyen, Madame Cauchy-Psaume juste avant le passage en distanciel à la fin de l'automne dernier.

Succédant au Doyen Cauchy-Psaume, j'ai pris à cœur de poursuivre cette très heureuse initiative qui permet d'offrir une tribune intellectuelle de qualité au corps enseignant de la FACO. Ces Cahiers ont été marqués dès le début par une diversité des contributions qui reflète celle du corps enseignant : académiques, fonctionnaires, professionnels de haut niveau, juristes, hommes du chiffre, managers, qui eux-mêmes se situent dans des domaines disciplinaires très différents tel le Droit, mais aussi la Science Politique, les Relations internationales, l'Economie, la Gestion, les Langues et civilisations étrangères...se retrouvent à partager ces pages.

Cet aspect diversité est encore renforcé avec la présente livraison. Toutes les contributions ont été bienvenues et il n'est plus nécessaire qu'elles se rattachent à un thème donné. Toute production intellectuelle privilégiant un débat ou une

problématique sous un angle scientifique et rigoureux, présentant une argumentation fondée, offrant une vue synthétique large, est éligible dans les Cahiers de Recherche de la FACO. Ces contributions sont le fait de nos enseignants car il est demandé qu'un co-auteur au moins enseigne dans nos murs.

Cette livraison est le fruit de ce processus avec six articles très différents où le lecteur trouvera – du moins je me plais à l'espérer – un point d'accroche avec ses propres préoccupations et une occasion de réflexion.

Le premier article est celui écrit par Jean Paul Bolufer. Il traite de la « *Crise du pouvoir politique* ». La réflexion développée frappe par sa hauteur de vue et la mise en perspective historique. C'est celle d'un professionnel de la haute administration fort de son expérience. L'analyse est sans concession. Le paradoxe d'un Etat fort qui devient faible est souligné. Le mouvement de balancier avec la construction Européenne est analysé sans concession et avec grande perspicacité. Ce beau texte ne peut que nous faire réfléchir. Il faut remercier l'auteur de nous avoir ici fait profiter de ces quelques pages qui proviennent d'un ouvrage plus large.

Le deuxième article est de la plume de Marie-Christine Cauchy-Psaume. C'est une analyse fulgurante d'une tendance dont on ne voit que les prémices mais qui peut façonner demain le droit. J'oserai même dire la « production » juridique et judiciaire. Il s'agit de « *La Justice prédictive* ». L'adjectif « prédictif » est un anglicisme qui renvoie en fait au croisement de la gestion de données de masse – le fameux Big data - et le droit, plus particulièrement la décision de juger. Alors qu'il s'agit d'un sujet qui n'en est qu'à ses balbutiements, l'auteur nous montre combien cette évolution peut contraindre l'avenir et pré-former les décisions, au sens de structurer la manière dont peut fonctionner le droit dans un avenir dont on peut craindre qu'il devienne un « meilleur des mondes ». Ce coup d'éclairage sur un sujet apparemment technique est bienvenu car ce qui est en jeu est le mode de construction de la décision juridique.

La contribution intitulée « *L'impact de la crise sanitaire Covid-19 sur les baux commerciaux* » renvoie à la plus immédiate actualité issue de la crise sanitaire. Maître Alexandre Levillain est un fin connaisseur à la fois du droit et du marché de l'immobilier. Qui d'autre pouvait mettre en évidence la très grande flexibilité du contrat de bail pour s'adapter dans ses clauses et dispositions aux changements d'environnement ? La crise sanitaire liée au Covid-19 le montre de manière saisissante. Les difficultés d'exécution des baux commerciaux signés avant la crise ont entraîné un sursaut d'innovation de la part des parties, des professionnels du droit et aussi des juges. Nous sommes heureux d'accueillir cette contribution qui est une des premières sur ce sujet.

L'article intitulé « *L'intérêt paradoxal de rester actionnaire minoritaire d'une entreprise après son acquisition* » traite d'un sujet qui est bien limité et bien technique et qui se manifeste lors des opérations de Fusions et Acquisitions entre entreprises. Il prend appui sur un paradoxe apparent : puisque les acquisitions d'entreprise visent à en prendre le contrôle pour y exercer le pouvoir, quel est l'intérêt du nouvel actionnaire majoritaire d'avoir avec lui au capital des actionnaires minoritaires qui viennent de l'ancien tour de table ? Et surtout quel est l'intérêt pour l'ancien actionnaire de rester au capital alors qu'il n'a plus le pouvoir économique ?

L'article intitulé "*Space Law and Inequalities at the dawn of the 3rd Millennium*" est comme son titre le suggère, rédigé en langue anglaise. Son auteur, Le Docteur Zolea est professeur invité à la Faco dans le cadre d'un partenariat avec l'Université italienne de Macerata. Nous sommes heureux de lui ouvrir nos colonnes car ce chercheur talentueux nous initie à la complexité du droit de l'espace. Ce sujet est on ne peut plus actuel et lourd d'avenir. Sa contribution présente une réelle valeur ajoutée sur les problème complexes de l'espace qui au-delà du droit et des conflits juridiques stricto sensu est un terrain (si on peut dire !!) pour des conflits stratégiques entre puissances.

Enfin, il nous a semblé à la fois utile et mérité d'accueillir dans cette livraison des Cahiers, un travail d'un des étudiants de la FACO. Monsieur Julian Vossen, actuellement en cours d'étude en filière Droit et Science Politique, a produit lors d'un de ses examens un travail remarquable et remarqué par son professeur. En accord avec lui nous l'avons repris tel quel pour honorer la qualité d'analyse et de maturité d'un de nos étudiants. En plus, quant au fond, le propos de Monsieur Vossen est remarquable : il s'agissait de faire le commentaire d'un texte de Valéry tiré de *Regards sur le monde actuel*, publié en 1931. L'analyse développée par Monsieur Vossen dépasse le contexte historique de l'avant-guerre et prend une résonnance avec notre propre époque.

* * *

Ces articles et contributions sont une illustration de la volonté des Cahiers de Recherche de la FACO d'être un kaléidoscope offrant des visions diverses, fragmentées et complémentaires des problèmes et questions qui traversent la vie de la Cité. C'est à la fois la limite et la richesse de cet exercice. En espérant que le lecteur y trouve son intérêt et stimulations pour ses propres réflexions.

La crise du pouvoir politique

Jean-Paul BOLUFER¹

Si la doctrine s'accorde sur les trois critères essentiels de l'existence d'un Etat que sont un territoire, une population et un pouvoir politique consenti, la perception d'une crise profonde de l'Etat en France par rapport à ces trois critères est moins souvent développée. L'extrait suivant propose une analyse de l'une de ces crises, sans doute la plus structurelle, celle du pouvoir politique.

Cette crise est la cause essentielle de l'absence de solutions apportées aux deux autres crises de l'Etat, celles du territoire et celles de la nation décrites précédemment. Comment s'étonner en effet que l'Etat soit défaillant face aux crises que connaissent le territoire et la nation si le pouvoir lui-même n'est plus en mesure d'exercer pleinement son rôle dirigeant ? S'il ne l'est plus, ou en tout cas s'il l'est de moins en moins, les raisons en sont multiples. Elles tiennent à la fois à l'exacerbation de ce qu'il est convenu d'appeler l'Etat de droit, aux dérives des

¹ Préfet honoraire, ancien élève de l'Ecole nationale d'administration et auditeur de l'institut des hautes études de défense nationale, ayant partagé sa vie professionnelle entre administration de l'Etat, direction de cabinets ministériels et collectivités territoriales, chargé de cours à la FACO.

institutions européennes et à l'emprise du couple bureaucratie-technocratie.

I- L'exacerbation de l'Etat de droit

Ce concept est devenu au fil des ans aussi confus que celui des valeurs républicaines. Pour bien le comprendre, quelques rappels élémentaires s'imposent quant au fonctionnement de nos institutions. La constitution de la Vème république, dont la longévité est en train d'atteindre celle de la IIIème république, a fait la preuve depuis 1958 de sa solidité et de son adaptabilité. Elle reprend pour l'essentiel la philosophie du discours de Bayeux du 16 juin 1946 : le chef de l'Etat n'est ni le chef du gouvernement ni le délégué du parlement. Au-dessus des ministres et des partis, c'est de lui que procède le pouvoir exécutif, lequel doit être directement lié au peuple par un mandat de confiance fondé d'une part sur la procédure du referendum, le droit de dissolution et, le cas échéant, le recours à l'article 16 mais surtout, d'autre part, sur l'élection du président au suffrage universel direct. Certes, celle-ci n'existait pas au début de la Vème république, puisque le chef de l'Etat était alors élu au suffrage universel indirect par un collège d'environ 80000 grands électeurs composé des parlementaires et d'élus locaux. Si la réforme de 1962, intervenue par voie référendaire, substitue à ce mode d'élection le suffrage universel direct, c'est parce que De Gaulle estime alors pour une part qu'il a besoin d'une légitimité encore plus indépendante des partis mais, davantage encore, que ses successeurs, faute de bénéficier de son destin personnel, en auront encore plus besoin... Toujours est-il que cette réforme, malheureusement dénaturée par le raccourcissement du mandat présidentiel à cinq ans, qui fait fi de l'argument de la durée pour favoriser, à très court terme, la possibilité de briguer deux

mandats successifs², démontre bien que « le corps du roi » n'est pas de même nature que celui des autres élus. C'est ce qu'écrivait Ernst Kantorowicz, dans son essai aujourd'hui oublié³ : le roi (ou le président) possède à la fois un corps physique, mortel, et un corps politique, en quelque sorte immortel, puisqu'il incarne le Royaume (ou l'Etat). Et à l'exception – importante il est vrai - de la succession héréditaire (« Le roi est mort, vive le roi ! »), ce principe s'applique parfaitement aux exigences d'un Etat inscrit dans la longue période, protecteur de la Nation et garant de son bien commun face à tous les intérêts privés, tels que les Capétiens l'ont édifié et la Vème République consacré. C'est pourquoi, bien que l'idée revienne régulièrement dans les débats, supprimer l'élection au suffrage universel du président pour la remplacer par une élection parlementaire ou celle d'un collège d'élus, serait une nouvelle erreur – après celle du quinquennat - qui mettrait fin au caractère sacré du pouvoir suprême et soumettrait ce dernier à toutes les manœuvres des réseaux ordinaires. Pour les mêmes motifs, découpler élection présidentielle et élections législatives priverait le pouvoir de la cohérence politique qu'il requiert et multiplierait les épisodes de cohabitation. Dans tous les cas, souveraineté nationale et pouvoir politique sont intrinsèquement et intimement liés, ce qui génère d'ailleurs une autre conséquence pour ce qui est de la loi et du fameux « Etat de droit ».

En république, si le titulaire du pouvoir absolu n'est plus le roi, c'est le peuple qui dispose de ce même pouvoir. Cette souveraineté a une traduction externe –l'indépendance nationale - et interne – la loi -. Le contrôle constitutionnel de celle-ci ne supprime pas sa suprématie puisque le peuple peut, s'il le

² Ce qui constitue une double erreur : car, non seulement, le mandat est raccourci mais la perspective d'une possible réélection n'incite guère aux projets courageux !

³ Les deux corps du roi, essai sur la théologie politique au Moyen-Age (université de Princeton, 1957), traduit chez Gallimard en 1989

souhaite, modifier la loi et la constitution, pas plus que des instances extérieures, sans légitimité nationale propre, ne peuvent limiter cette souveraineté. C'est bien entendu toute la problématique de l'Etat de droit. Que signifie cette expression ? Tout d'abord, elle comporte des définitions multiples et variables qui relèvent plus de conceptions diverses et subjectives de philosophies juridiques que d'un formalisme juridique précis. Pour certains, l'Etat de droit se limite au respect de la loi par l'exécutif et à son contrôle constitutionnel, pour d'autres à la séparation des pouvoirs et à l'indépendance des magistrats, pour d'autres encore au respect des déclarations de droits de l'homme, celle de 1789 ou celle de 1948, ou des principes généraux du droit édictés dans les préambules des constitutions. Mais, globalement, et de plus en plus, cette notion, à géométrie très variable, constitue une sorte de « prêt à porter » de la bien-pensance, où le « droit des minorités » combiné au « politiquement correct » aboutit à une idéologie progressiste d'apparence démocratique, qui voudrait imposer ses principes à la loi des peuples. C'est en effet en son nom que Hongrie et Pologne sont mises au ban de l'Union européenne ou qu'est taxée d'illibéralisme toute mesure nationale cherchant à renforcer la sécurité des citoyens –on l'a vu en France en 2020 avec la loi dite de « sécurité globale » et avec celle sur le « séparatisme » contrainte pour cela de changer d'intitulé !⁴ Autrement dit, des valeurs, qui sont étrangères à toute transcendance ou au fonds commun que pourrait constituer, par exemple, le Décalogue, tendent désormais à censurer la souveraineté des Etats, c'est-à-dire des peuples, ce qui constitue la première limitation radicale à l'exercice du pouvoir politique.

Il en est une seconde, plus insidieuse, celle qui vise, pour reprendre l'expression d'un ancien secrétaire général du conseil

⁴ Elle prend désormais le titre beaucoup plus « convenable » de loi « confortant le respect des principes de la République ».

constitutionnel, au « désarmement juridique de l'Etat régalien »⁵. Celui-ci, explique-t-il, « a été produit par une vision de la société, héritière à la fois de l'individualisme libéral et du manichéisme inhérent à la vulgate marxiste », au nom de laquelle, « toute une partie de la classe politique, médiatique et juridique s'est dressée avec constance, depuis des décennies contre l'attribution à la police de moyens modernes d'investigation », tels que la vidéosurveillance ou le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes. S'y ajoutent la prévalence des droits de la défense et de ceux des délinquants – surtout s'ils ont un statut de dominés - par rapport aux victimes, la sévérité pour les auteurs d'acte d'auto-défense et la mansuétude pour les coupables d'outrages ou de violences contre les dépositaires de l'autorité publique, la dévaluation de la notion d'ordre public, l'agitation du spectre de l'Etat policier et l'autocensure qui en résulte chez les responsables de la sécurité. Cette « attrition de l'action régaliennne au plan juridique, se manifeste, pour l'essentiel, par la montée en puissance d'un pouvoir juridictionnel polycéphale, sensible à une pression médiatico-militante dirigée toujours dans le même sens », d'où la réduction du périmètre de la police administrative à finalité préventive, la censure des mesures de sûreté pénale à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes et de tout ce qui peut apparaître comme trop coercitif. Les moyens en sont connus : étroit contrôle par les juges de la « proportionnalité » des limitations apportées aux « libertés » au nom de l'ordre public, obligation faite au législateur de compléter les garanties en matière de garde à vue en les conformant à la jurisprudence de la CEDH, préférence donnée à certains principes constitutionnels (droit de grève ou respect de la vie privée et familiale) sur d'autres (continuité des services publics ou lutte contre l'immigration illégale, subordination de tous les autres droits (aller et venir, propriété, travail, etc...) à celui de

⁵ Jean-Eric Schoetl, « Réarmer juridiquement l'Etat régalien », Revue « L'ENA hors les murs », n°500, octobre 2020

manifestent, imposer la mise en liberté de prévenus au motif qu'ils feraient l'objet de conditions « indignes » de détention provisoire, dépenaliser au nom du principe de fraternité l'aide à la circulation d'étrangers en situation irrégulière, ...

C'est pourquoi le réarmement juridique de l'Etat régalien est sans doute devenu aujourd'hui une des priorités majeures du redressement du pouvoir politique.

II- L'utopie européenne ou l'Europe-fantôme⁶

Longtemps, a prévalu l'idée de l'inéluctable disparition des Etats-nations au profit d'un super Etat mondial dès lors que la mondialisation devenait elle-même la nouvelle donne planétaire. Cette idée pensait servir l'idéal d'une fraternité humaine globale tout en rendant possible un pouvoir politique qui soit vraiment à l'échelle des problèmes posés, aussi bien dans les domaines de l'économie et des politiques sociales que de l'environnement.

La réalité, c'est-à-dire à la fois les désaccords constatés entre les peuples dans la plupart des dossiers précédents et la résistance persistante des Etats-nations, a progressivement fait disparaître cet horizon. Tout au plus, souhaite-t-on aujourd'hui, au niveau mondial une « gouvernance » - et non plus un gouvernement - renforcé et une « régulation » - et non plus des politiques - plus efficace. Le G20, le Fonds Monétaire International, l'Organisation Mondiale du Commerce ou la Banque mondiale en constituent des outils inter-gouvernementaux sans prétendre préfigurer un Etat universel. Il n'y a pas en effet d'Etat possible sans société unie dans une communauté de destin. Et celle-ci ne

⁶ On me pardonnera d'emprunter ce titre à Régis Debray dont l'essai, « L'Europe fantôme », collection Tracts, Gallimard, 2019, est excellente.

peut exister que dans la mesure où les éléments communs l'emportent sur les facteurs de divergence. Et ce n'est pas nier du tout l'amitié nécessaire entre les peuples et le souci de l'universel que d'affirmer que ces éléments communs, s'ils prédominent dans les nations particulières, sont des plus faibles au niveau mondial. On ne peut en effet à la fois défendre l'intérêt du libre-échange et nier que celui-ci se nourrit essentiellement de la compétition entre nations. Sans doute, une communauté de vues peut-elle exister dans des domaines spécialisés ou techniques que le progrès technologique rend d'ailleurs de plus en plus importants (Organisation météorologique mondiale, Aviation civile internationale, Union postale universelle, Organisation mondiale de la santé, Organisation pour l'agriculture et l'alimentation, entre autres), ou lorsqu'une menace immédiate surgit (lutte contre le terrorisme) mais elle est quasiment absente au niveau qui engage la souveraineté politique. Il suffit de constater, après l'échec de la S.D.N., les limites de l'O.N.U., reconnues par tous, en dépit du rôle dominant qu'y jouent cinq Etats – les membres permanents du conseil de sécurité -. Un super-Etat présenterait d'ailleurs le plus grand péril au regard même des valeurs de communauté, de solidarité et de fraternité qu'il prétend promouvoir, comme l'écrit Claude-Albert Colliard :

"Et, par le plus étrange des paradoxes, le rêve doctrinal qui, au mépris peut-être des réalités sociales et politiques, voit dans la disparition des Etats la condition d'une organisation internationale parfaite, aboutit à remplacer une pluralité de collectivités étatiques par une autre collectivité qualifiée de super-étatique mais qui, à la bien analyser, ne serait qu'un Etat gigantesque et universel, plus colossal encore que n'ont jamais osé le rêver pour leur empire les conquérants les plus audacieux (...). Et qu'on prenne garde que si existait un jour un Etat

universel, cela signifierait qu'il n'y a plus de droit international et plus de société internationale".⁷

Mais, l'idéologie ayant la vie dure, le renoncement à un super-Etat a conduit un certain nombre d'auteurs à reporter leurs espoirs mondialistes au niveau régional, en arguant qu'une communauté de destin restait possible dans un espace plus restreint, à commencer par l'espace européen, en confondant au passage construction politique et civilisation humaine. Qu'en est-il de cette conception ?

Si un Etat repose sur les trois éléments, constitutifs que sont territoire, population et pouvoir politique accepté, alors le compte n'y est pas.

Les débats sur les limites géographiques de l'Europe sont anciens, nombreux et complexes. On peut toutefois estimer que le territoire de l'Union européenne, telle qu'elle existe actuellement, ne correspond pas – et c'est un premier point - à la géographie la plus communément admise de notre continent qui s'étend, selon la formule gaullienne, de l'Atlantique à l'Oural, c'est-à-dire englobe une partie de la Russie et le secteur le plus occidental de la Turquie. En outre, sur les 27 pays membres de l'UE, seuls 19 ont exprimé leur désir d'une intégration plus forte en adhérant à la zone euro et sa monnaie unique. En revanche, Islande, Liechtenstein, Norvège et Suisse font partie de l'espace Schengen alors qu'ils ne sont pas membres de l'UE comme n'en sont pas davantage membres la Russie, l'Andorre, l'Arménie, l'Azerbaïdjan, la Biélorussie, la Géorgie, la Moldavie, Monaco, Saint-Marin, le Saint-Siège, l'Ukraine et, désormais, le Royaume-Uni... De leur côté, l'Albanie, la Macédoine du nord, le Monténégro, la Serbie et la Turquie sont candidates prioritaires à l'adhésion, suivies à distance par la Bosnie-Herzégovine et le Kosovo. Certes, cette question du territoire pourrait ne pas être

⁷ Institutions internationales, *ibid.*

capitale - les Etats eux-mêmes étant le produit d'une histoire souvent longue aux frontières fluctuantes - si la situation de puissances telles que la Russie, qui ne veut pas adhérer à l'UE, la Turquie, qui n'y est pas vraiment souhaitée et, maintenant, le Royaume-Uni qui vient d'en sortir, ne révélaient pas des oppositions fortes et la difficulté de définir un espace européen incontesté. La protection extérieure de ce dernier, assurée actuellement dans le cadre de Schengen, n'est-elle pas d'ailleurs l'objet de désaccords de plus en plus vifs illustrant bien la difficulté de constituer à partir d'une trentaine d'Etats un territoire unique considéré comme un bien commun européen ? D'ailleurs, de façon plus globale, la question reste posée, sans réponse à ce jour, de la possibilité de faire d'un grand nombre d'Etats si différents par leur importance, et dans une logique d'extension continue de leur nombre, le support d'un Etat unique.

L'existence d'une population européenne est un autre sujet controversé. L'absence de langue commune⁸, la coexistence de cultures latines, germaniques et slaves, les contrastes notoires entre Europe du nord et Europe du sud, les conflits régionaux et ethniques hier en Irlande, au Pays basque et dans l'ex-Yougoslavie, en Belgique, à Chypre ou en Catalogne, voire en Ecosse illustrent son hétérogénéité. L'incapacité de réguler en commun le flux migratoire et à assurer de façon coordonnée sa répartition territoriale en est un autre exemple, renforcé par les doctrines divergentes des principaux gouvernements sur l'immigration, dont le Royaume-Uni a tiré les conséquences en quittant l'Union. Plus encore, les désaccords majeurs survenus sur la mention des racines chrétiennes de l'Europe dans le projet avorté de constitution européenne de 2004⁹, déjà constatés dans la rédaction de la charte des droits fondamentaux de décembre

⁸ Il y a 24 langues reconnues officiellement dans l'UE. Et si est souvent cité le cas de la Suisse plurilingue, on conviendra que l'exemple de cette petite confédération, dominée par ses cantons, ne peut être généralisé.

⁹ Ramenée dans le texte soumis à ratification aux « héritages culturels, religieux et humanistes de l'Europe »

2000 où la réalité de ces racines sont réduites au constat d'un « patrimoine spirituel et moral », « dans le respect de la diversité des cultures et des traditions des peuples d'Europe ainsi que de l'identité nationale des Etats membres » ne font que confirmer la reconnaissance de sources nationales différentes. Celles-ci seraient-elles d'ailleurs reconnues communes – et le rejet de l'héritage chrétien présent depuis les Carolingiens est à cet égard un déni historique manifeste - qu'elles n'inspireraient pas pour autant un dessein unique aujourd'hui : l'histoire n'a jamais été à elle seule le support d'un projet actuel. Proclamer les racines chrétiennes de l'Europe n'aurait été que justice mais n'aurait en aucun cas garanti la mise en œuvre de « politiques chrétiennes », évidence qu'il convient tout de même de rappeler !

Enfin, se pose la question primordiale du pouvoir politique. Force est de constater que toutes les tentatives pour créer en Europe un pouvoir politique accepté ont échoué et que seuls l'euro et la Banque Centrale Européenne en constituent l'embryon contesté¹⁰. Le traité de Lisbonne, entré en vigueur fin 2009, pour pallier le rejet du traité constitutionnel, bien que signé par les 27 gouvernements de l'UE, n'a jamais été soumis aux peuples européens de crainte qu'ils le refusent, même si, selon les sondages, entre 70 et 75% des citoyens des différents pays souhaitaient être consultés par referendum. Ce traité fait en outre disparaître le titre de « ministre des affaires étrangères de l'Union », faute de l'existence d'une diplomatie commune, et le remplace par celui, plus réaliste, de « Haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité ». Enfin, aucun article ne mentionne les symboles « souverains » de l'UE, que ce soit la devise, le drapeau, ou l'hymne européens. Certes, chaque européen dispose d'un droit de saisine du parlement, de la commission et du médiateur européens et, à condition de réunir 1 million de signatures, une pétition peut

¹⁰ Les crises successives ont eu raison des critères dits de Maastricht et la BCE elle-même s'est convertie à une politique monétaire hétérodoxe.

proposer à la Commission de soumettre un texte au Parlement ou au Conseil européens. Mais la citoyenneté européenne continue à ne pas exister indépendamment de celle des Etats¹¹ et les élections européennes sont toujours organisées à partir de listes nationales¹², dont les élus sont d'ailleurs très mal identifiés par les électeurs¹³. C'est dire à quel point l'idée d'un pouvoir fédéral demeure, aux yeux mêmes des rédacteurs, pourtant acquis à la cause fédéraliste, inacceptable pour les nations européennes ! Celles-ci, non seulement se répartissent entre Républiques et monarchies parlementaires - ce qui est à vrai dire accessoire - mais relèvent surtout de traditions politiques différentes et sont dirigées par des partis de structure et de sensibilité fort diverses régis par des modes de scrutin des plus variables. A elle seule, la Constitution française, qui confère à l'exécutif des compétences prééminentes, n'est pas soluble dans les textes équivalents de ses partenaires. Et les anciens pays communistes, tout à la joie d'avoir retrouvé une souveraineté confisquée pendant 45 ans, Pologne et Hongrie en tête, expriment tellement leurs particularismes que seule la crainte d'autres « Brexit » empêche leurs partenaires de les sanctionner plus sévèrement.

Et que dire des éléments qui pourraient faire illusion quant à l'existence d'une communauté de destin européenne ? L'idée, sans cesse ressassée, que la construction européenne aurait établi ou affermi la paix en Europe entre les anciens belligérants n'a aucun sens. La paix en Europe est simplement la conséquence de la victoire des alliés en 1945 et, paradoxalement, de la menace soviétique qui explique le soutien apporté par les

¹¹ Rappelons qu'est citoyen européen toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre de l'UE et qu'il n'existe pas de nationalité européenne ;

¹² Ne perdre que la possibilité, sans grande conséquence effective, pour un « étranger communautaire » de voter aux élections locales et européennes de son pays de résidence.

¹³ Une grande partie d'entre eux est composée d'élus battus aux élections nationales et « repêchés » sur les listes européennes, ce qui n'augmente guère leur prestige.

Etats-Unis au traité de Rome en 1957. La réconciliation franco-allemande, voulue par De Gaulle et Adenauer, signataires en 1963 d'un traité de l'Elysée conclu entre deux nations souveraines, est à cet égard bien plus importante ! Depuis, l'Europe n'a pu éviter les terribles conflits sur son territoire entre pays de l'ex-Yougoslavie. Les vellétés de défense européenne, qui aurait pu être le ciment d'une union plus solidaire, ont échoué tour à tour sur le refus par la France de la Communauté Européenne de Défense en 1954, puis sur l'existence d'une force nucléaire de dissuasion indépendante dans notre pays, enfin sur le « cavalier seul » de nos armées dans les opérations extérieures, en passant par les divergences manifestes au Moyen-Orient dont l'invasion de l'Irak sous houlette américaine a montré la profondeur. On peut même considérer que le terrorisme, qui n'est pas propre à l'Europe et qui n'atteint pas identiquement chacun de ses Etats, n'est pas, ou pas encore, cet adversaire commun qui pourrait nous contraindre à davantage nous fédérer.

En définitive, que ce soit à usage externe – diplomatie et défense - ou à usage interne – valeurs et droits communs - on ne peut plus parler d'identité européenne, en tout cas d'une identité en mesure de donner naissance à une nouvelle entité politique. Et, pourtant, malgré cette réalité difficile à nier, l'Union européenne, au nom de l'idéologie, et seulement en son nom, insidieusement et comme pour prendre une revanche sur ses propres échecs, sape, jour après jour, la souveraineté des nations qui la composent et qui constituent le seul socle robuste de l'action politique, jouant en quelque sorte la proie pour l'ombre.

Pour le comprendre, il est nécessaire de prendre la mesure institutionnelle de l'Union Européenne (UE) sortie du traité de Lisbonne. Une chose est certaine : partisans ou détracteurs de ce dernier, chacun reconnaît l'illisibilité juridique d'un texte qu'il faut malgré tout s'efforcer d'expliquer, en particulier pour le lecteur peu averti en la matière, en prenant consciemment le risque et le reproche de la simplification....

Quatre institutions coexistent : la Commission¹⁴, le Conseil de l'Union européenne (réunissant l'ensemble des ministres compétents selon les sujets traités), le Parlement (avec ses 751 eurodéputés) et, désormais, le Conseil européen (composé des chefs d'Etat et de gouvernement ainsi que du président de la commission), auxquelles s'ajoutent la Cour des comptes et la Banque centrale européenne, gardienne de l'euro. Le premier problème est que la répartition classique des attributions entre les trois pouvoirs, exécutif, législatif et judiciaire est spécialement complexe : la Commission détient, puisqu'elle est notamment chargée de la gestion budgétaire, le pouvoir exécutif mais le Conseil européen – chargé des grandes orientations et des priorités – en assure aussi certaines fonctions qu'il délègue généralement à la Commission... tandis que le Haut représentant est chargé quant à lui de l'exécution de la politique étrangère et de sécurité commune (PESC). Le pouvoir législatif, lui, appartient également, pour le droit d'initiative, à la Commission, qui propose les textes et définit leur portée juridique – règlement ou directive – mais avec des exceptions dans les domaines de la coopération judiciaire pénale et policière ainsi que de la PESC, où les Etats membres disposent aussi de certaines prérogatives. Mais, une fois les textes proposés, les décisions législatives sont partagées entre le Parlement et le Conseil de l'union européenne, ce dernier statuant seul, en principe à l'unanimité, pour la PESC et n'ayant, dans d'autres politiques, qu'un rôle consultatif... Le pouvoir judiciaire est l'apanage de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), composée d'un juge par Etat membre, la Commission veillant à ses côtés à l'application du « droit de l'Union » par les Etats membres.

¹⁴ Dont le président est proposé au vote majoritaire du parlement par le conseil européen qui statue à la majorité qualifiée. C'est aussi le conseil européen qui désigne dans les mêmes conditions le Haut représentant pour la PESC.

L'analyse des données précédentes fait bien ressortir le rôle prééminent de la Commission dont il faut rappeler qu'elle est composée de commissaires proposés par chacun des Etats membres et ne disposant d'aucune légitimité démocratique, même si le Parlement doit approuver leur désignation et peut – théoriquement - voter une motion de censure à son encontre (à la majorité qualifiée des 2/3 des suffrages exprimés).

A observer ensuite le domaine des compétences de l'UE, on sait qu'elles se répartissent entre compétences exclusives et compétences partagées¹⁵ avec les Etats. Les premières concernent l'union douanière, les règles de concurrence du marché intérieur¹⁶, la politique monétaire¹⁷, la conservation des ressources biologiques de la mer, la politique commerciale commune et la conclusion de certains accords internationaux ; les secondes englobent le marché commun, la politique sociale, la cohésion économique, sociale et territoriale, l'agriculture et la pêche, l'environnement, la protection des consommateurs, les transports, les réseaux transeuropéens, l'énergie, l'espace de liberté, de sécurité et de justice, les enjeux communs de sécurité en matière de santé publique, la recherche, le développement technologique, l'espace, la coopération au développement et l'aide humanitaire. Mais il faut y ajouter les actions possibles de l'Union pour compléter celles des Etats dans les domaines de la santé, de l'industrie, de la culture, du tourisme, de l'éducation, de la formation professionnelle, de la jeunesse, du sport, de la protection civile et de la coopération administrative, sans compter la coordination des politiques économiques, de l'emploi et des politiques sociales des Etats – qui s'étend donc à leurs grandes orientations -. Enfin, l'Union dispose d'une compétence

¹⁵ Pour ce qui est des compétences partagées, les Etats membres ne peuvent légiférer que si l'Union ne l'a pas encore fait ou a décidé de ne plus le faire...

¹⁶ Qui sont notamment à l'origine de l'interdiction de la fusion Alstom-Siemens.

¹⁷ Pour les pays dont la monnaie est l'euro.

de politique étrangère et de sécurité commune, y compris la définition progressive d'une politique de défense commune qui, tout en se voulant compatible avec les politiques de défense des Etats et de l'OTAN et obéissant à la règle de l'unanimité, se donne des objectifs de coopération et de protection mutuelle et de solidarité en cas d'agression.

Ainsi, pour reprendre les termes d'Armel Pécheul, professeur agrégé de droit public, « si l'on regarde les domaines ministériels attribués au gouvernement français, hormis le secrétariat d'Etat aux anciens combattants, aucun portefeuille ministériel n'est véritablement autonome par rapport aux compétences de l'Union. Les compétences résiduelles sont moins importantes que celles qui appartiennent aux Etats fédérés américains ou aux Länder allemands »¹⁸. Et, en effet, pour tous ceux qui ont pu se plonger dans sa lecture, le traité de Lisbonne est simplement une copie du projet de Constitution, tel qu'il avait été pourtant rejeté et dont le « père », Valéry Giscard d'Estaing a dit lui-même, non sans dépit, que les propositions institutionnelles « se retrouvent intégralement dans le traité de Lisbonne, mais dans un ordre différent » !¹⁹

Première conclusion : l'Union européenne se pose clairement, même si elle n'exerce aujourd'hui qu'une partie de ses compétences, comme une construction fédérale dirigée par des commissaires sans aucun lien direct avec les dépositaires des souverainetés nationales et dotés – ce qui est une des clés du système - d'un monopole d'initiative législative. C'est ce que Christophe Beaudoin a justement appelé « la dérive fédéraliste de l'Europe »²⁰. Fondée sur le principe de primauté du droit

¹⁸ Le traité de Lisbonne (13 décembre 2007). La Constitution malgré nous ? Cujas, 2007

¹⁹ « La boîte à outils du traité de Lisbonne », Le Monde, 26 octobre 2007

²⁰ La Nef, n°314, mai 2019

européen sur les droits nationaux, elle s'accélère à partir des années 1980 où :

« la mondialisation des échanges, de la finance et de l'information a besoin d'Etats mais d'Etat faibles. Avec le tournant de la rigueur en 1983 s'engage le début de la marche à la monnaie unique et de la désindustrialisation massive, que parachève le traité de Maastricht de 1992. Entretemps, Jacques Delors lance la réalisation du marché intérieur, l'Acte unique en 1987 pose la concurrence dite « libre et non faussée » (en réalité brutale et déloyale) surveillée par la commission, l'exercice de ces compétences à la majorité qualifiée et sous le contrôle de la cour de justice, la libéralisation des capitaux à l'égard de tous les pays extérieurs y compris les paradis fiscaux. La préférence communautaire est abandonnée. Les Etats européens rompent avec leurs responsabilités macro-économiques (euro, pacte de stabilité), abandonnent le contrôle aux frontières intérieures (Schengen), la maîtrise de la politique d'immigration, les droits de douanes et les législations protectrices. De sorte qu'il n'y a plus guère de différence entre l' « intérieur » et l' « extérieur » des Etats. »²¹

Plus de différence non plus dans l'habitude prise de se soumettre aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme – appuyés sur la convention européenne du même nom - pourtant non contraignants (à la différence de ceux de la Cour de justice de l'Union qui, au motif de faire respecter le « droit communautaire »²², peut infliger des amendes aux Etats pour toute atteinte à sa conception de l'égalité hommes-femmes et à la non-discrimination dans tous les domaines).

L'ambition sans bornes de l'Europe est-elle au moins couronnée par des résultats significatifs ? Il ne s'agit pas bien sûr

²¹ Christophe Beaudoin, *ibid.*

²² Au nom de la charte des droits fondamentaux adoptée par le sommet de Nice en 2000.

de charger les institutions communautaires de tous les maux que nous subissons et d'en exempter les gouvernements nationaux. Sans aucun doute, mais à observer les grands enjeux contemporains et les défis auxquels notre continent doit faire face, quelle a été la contribution réelle de l'Union qu'une simple coopération interétatique n'aurait pu réaliser ? en matière de contrôle des flux financiers ou de l'immigration, de politiques étrangères compatibles entre elles, d'efforts militaires conjoints, de lutte contre le chômage, la réponse est pour le moins incertaine. Et les politiques les plus intégrées, soit la politique monétaire et la politique agricole commune (PAC), ont buté sur les intérêts divergents des Etats : la PAC est devenue aujourd'hui une sorte d'addition de plans stratégiques nationaux, naviguant à l'estime entre les pressions écologistes, la doctrine libre-échangiste de l'OMC et le poids relatif de l'agriculture²³, tandis que l'euro a dû, devant les conséquences de la crise de 2007-2008, puis de la crise sanitaire de 2020-2021, renoncer aux règles d'or budgétaire de son pacte de stabilité et de croissance et des critères contraignants qu'il prétendait imposer à tous. On imagine d'ailleurs fort bien, à partir de ces exemples, ce qu'il adviendrait si une logique fédérale était appliquée aux autres politiques de l'Union : les transferts inévitables de revenus des pays les plus riches vers les plus pauvres créerait des réactions analogues à celles de la Ligue du nord italienne à l'égard de ses voisines du sud ou des plans punitifs à l'encontre des plus fragiles, comme la Grèce en a été la première victime. Autrement dit, à vouloir forcer l'intégration européenne, ce sont les Brexit qui, très vite, se multiplieraient.

²³ Les difficultés grandissantes des agriculteurs, qui se traduisent notamment par un nombre élevé de suicides, montrent que la PAC, bénéfique à ses débuts, n'est plus aujourd'hui une solution.

C'est une toute autre voie qu'il faut choisir qu'on peut, si l'on veut, qualifier de confédérale et qui suppose un réexamen en profondeur du fonctionnement de l'Union européenne.

III- L'administration contre l'Etat

La plupart des critiques adressées à l'Etat le sont en raison de son interventionnisme abusif et universel qui en ferait non plus le serviteur de la Nation mais son oppresseur. Cet interventionnisme doit en effet être dénoncé car il peut provoquer la sclérose de toute vie sociale en dépossédant les corps intermédiaires de leurs responsabilités et en transformant la Nation en une simple administration étatique, sans pour autant que cette emprise soit compensée par une gestion plus efficace ou plus économique, loin s'en faut. Mais l'interventionnisme, paralysant pour la Nation, l'est également pour le pouvoir politique de l'Etat, trop souvent confondu avec l'administration. Une anecdote récente l'illustre : à l'occasion du 75^{ème} anniversaire de leur école, les anciens élèves de l'ENA ont consacré un numéro spécial de leur revue à « Quel Etat pour demain ? »²⁴. Excellente initiative si ce n'est que ce dossier s'ouvre sur un article d'Amélie de Montchalin, ministre de la transformation et de la fonction publique, qui y parle de tout sauf... de l'Etat, ce qui n'est peut-être pas illogique puisque l'ENA est une école d'administration et non l'école de l'Etat, mais révèle l'ampleur du malentendu. Ce dernier est celui d'un procès généralement instruit à l'encontre de l'Etat mais qui vise en réalité l'administration. La crise sanitaire de 2020-2021 en est un excellent cas de figure puisque chacun a découvert à cette occasion la prolifération d'agences et de services publics exerçant leurs missions dans le domaine sanitaire et rendant à peu près illisible la répartition de leurs compétences. Naturellement, lorsqu'on distingue

²⁴ L'ENA hors les murs, numéro 500, octobre 2020

administration et Etat, l'objection vient facilement à l'esprit : n'est-ce pas l'Etat qui est responsable de cette prolifération, n'est-ce pas lui qui doit ordonner et diriger l'administration ? La réponse est négative : car l'Etat n'est pas le gouvernement comme nous l'avons montré précédemment : c'est au chef de l'Etat, justement nommé, d'incarner, face à des gouvernements toujours en quête de recettes à court terme, les intérêts à long terme de la nation ou ses enjeux prioritaires : lorsque la décision est prise, face à la pandémie du Covid, de compenser les pertes de revenus « quoi qu'il en coûte », alors que la priorité des gouvernements était de réduire les déficits budgétaires, c'est bien au nom de l'avenir de la Nation et de la préservation de ses équilibres économiques et sociaux, quitte à mettre désormais au second rang ce qui, hier encore, apparaissait primordial. On voit bien dès lors l'importance et des institutions et des hommes qui en ont la charge. Mais lorsque les attributions ou les qualités requises manquent au chef, alors celui-ci, démissionnant de ses responsabilités, s'en remet à la gestion d'un gouvernement qui lui-même, faute de grandes orientations et de vision politique, tend à les abandonner à son administration. C'est celle-ci qui, par défaut, et du fait de sa stabilité, devient la maîtresse du long terme et finit par gouverner l'Etat. C'est bien ainsi qu'il faut analyser le fonctionnement de l'administration, caractérisée par deux travers contradictoires mais additionnels, la technocratie et la bureaucratie.

Cette situation n'est finalement qu'une des conséquences d'un courant centralisateur ancré dans l'histoire de France depuis au moins Louis XIV et fort bien décrit par Tocqueville dans « L'Ancien régime et la Révolution ». L'Etat n'a cessé d'étendre son champ d'activité et la nature de ses tâches, passant du domaine politique au domaine économique, social et culturel. Ce mouvement, né de la volonté monarchique d'unifier le royaume et d'asseoir la souveraineté de l'Etat face aux féodalités, a pris

corps à partir des « bureaux » versaillais où, progressivement, les privilèges de la naissance ont fait place à la compétence des gestionnaires. Mais, alors, même si la province a pâti de cette centralisation, la complexité et la diversité des corps constitués de l'ancienne France ont continué à prévaloir jusqu'à la Révolution. En supprimant, au nom d'un rousseauïsme et de la volonté générale, les corps intermédiaires, le jacobinisme puis l'Empire, ont fait alors sauter les derniers verrous à l'emprise des bureaux et de leurs gestionnaires et marqué le triomphe d'un dirigisme vertical et centralisateur. Alors directeur de l'Ecole nationale d'administration, François Gazier l'explique en ces termes :

*« Aux institutions complexes d'Ancien régime, on a vu ainsi succéder un appareil administratif unique, les diversités régionales ont disparu... Les corps et pouvoirs intermédiaires ont été supprimés conformément à l'idéologie révolutionnaire et ainsi l'Etat avec son administration s'est trouvé face aux particuliers, aux simples citoyens, sans intermédiaires, sans tous ces relais qui existaient auparavant ».*²⁵

Par la suite, consolidée par la remise en ordre napoléonienne, cette tendance ne s'est jamais démentie : les réformes, nombreuses, n'ont eu désormais pour objet que l'adaptation du cadre consulaire de l'An VIII à l'évolution des problèmes administratifs, notamment au niveau local.

« Cette révolution silencieuse n'est que le terme d'une évolution » qui tend à faire de « l'hexagone un échiquier sur lequel le pouvoir manœuvre ses pièces à sa guise. Et par la force des choses, ce pouvoir tend à être de plus en plus centralisé... car

²⁵ Les institutions administratives françaises (Les cours du droit, 1966-67).

seule la centralisation des moyens permet ce constant travail d'uniformisation que postule l'égalité ».²⁶

Le pouvoir administratif s'exerce toutefois au travers de deux réalités contradictoires mais dont l'ensemble constitue le contraire d'un cercle vertueux : la bureaucratie et la technocratie.

La bureaucratie est bien une réalité. Pour la comprendre, il faut rappeler l'échange entre Engels et Marx : au premier qui affirmait que « *l'administration est l'esprit de l'Etat* », le second répliquait que « *la bureaucratie n'est pas l'esprit de l'Etat, mais son manque d'esprit* ». Et en effet, la masse des effectifs de la fonction publique produit comme une immense force d'inertie transformant dans l'exécution des tâches qui lui sont confiées la nature de leur impulsion d'origine. Le sociologue Michel Crozier l'a fort bien analysée en montrant à quel point le cadre juridique était second par rapport à la stratégie des acteurs.²⁷ La bureaucratie est la revanche de la base sur le sommet, des « sans-grades » sur les technocrates, des « provinces » sur le pouvoir central. Son autonomie rend pratiquement impossible son contrôle. Plus les directives la contraignent, plus sa résistance s'accroît. Et l'injonction faite aux ministres de diriger leur administration se heurte au mur de la paperasserie quotidienne et de la dictature des guichets, dont l'indifférence voire l'arbitraire donnent souvent l'impression au public d'être considéré comme un importun ! En outre, la volonté hiérarchique de multiplier les circulaires et les procédures écrites, en dépit de petits progrès de la dématérialisation afin d'éviter tout risque d'irrégularité ou d'inégalité de traitement, enferment encore plus la bureaucratie dans ses réflexes immunitaires d'auto-défense confortés par des statuts et des règles éminemment protecteurs. Face à ce protectorat fortement organisé, qui considère toute réforme

²⁶ Jean Hourticq, conseiller d'Etat, Administration et vie locales, cours polycopié, Institut d'études politiques de Paris, 1965-1966.

²⁷ Michel Crozier, Le phénomène bureaucratique, Le Seuil, 1963.

comme un ennemi potentiel et pratique, pour la combattre et la mettre en échec, une défense passive redoutablement efficace, l'activisme réformiste de la technocratie se situe aux antipodes de l'organisation administrative.

Les sujets à traiter devenant de plus en plus complexes et techniques, l'analyse et la résolution des problèmes ont été progressivement confiées à une nouvelle aristocratie, celle des technocrates, créant ainsi une classe dirigeante très puissante mais sans légitimité démocratique, à l'origine de ce que je qualifiais dès 1968 de « néo-dirigisme technocratique »²⁸.

Quels en sont les effets ? d'une part, une vision souvent réductrice des grands dossiers, d'autre part, un dessaisissement du pouvoir politique. Une vision réductrice dans la mesure où la seule technique devient la mesure des choses au détriment d'autres finalités humaines ou sociales²⁹ et génère, inconsciemment mais réellement, une forme d'idéologie dont l'aveu est parfois déroutant. Ainsi, dans un ouvrage publié en 1961, deux technocrates de haut vol, Louis Armand et Michel Drancourt, dont l'influence était alors considérable, n'hésitaient pas à définir la nation comme « *une forme et une densité de relations collectives d'un type donné, notamment celles qui résultent de la répartition des charges et dépenses collectives selon les mêmes lois et règlements fiscaux et sociaux* » et attribuaient à la seule science et à la seule technique des vertus qui « *amèneront fatalement un rapprochement des hommes et de grandes possibilités d'homogénéité du monde* », précisant que, selon eux, la culture de ce monde en gestation serait le

²⁸ Le néo-dirigisme technocratique, tiré à part de Permanences, numéros 46 et 47.

²⁹ A titre d'exemple, dans son essai sur « les techniciens et le pouvoir » (PUF, 1963), Jacques Billy observe que « les représentants du capitalisme de petites unités (...), les agriculteurs indépendants, les travailleurs non qualifiés sont autant d'adversaires du pouvoir technocratique qui est l'apanage des techniciens et des très grandes unités économiques et renforce la puissance de celles-ci grâce à la rationalité des choix qu'il leur impose ».

produit d'un nouveau couple, celui de l'organisation et de la technique. Ce procès fait à la technocratie n'est donc pas excessif. Il prend sa source dans la pensée du socialiste Saint-Simon qui prévoyait déjà en 1830 l'accession au pouvoir des « *abeilles industrielles* » -les techniciens- dont le seul slogan serait « *tout par l'industrie et tout pour l'industrie* »³⁰ et, plus récemment, chez l'ex-marxiste James Burnham qui annonçait en 1941 « la révolution des managers ». Cette vision réductrice est à l'origine de bien des erreurs d'appréciation et du fossé qui tend à s'établir entre le peuple et les élites. Elle explique l'échec de nombre de réformes dans lesquelles le prisme techniciste a voulu s'imposer face à toutes les autres données, obligeant *in fine* l'Etat à reculer et à s'apercevoir trop tard de sa myopie. Ce dessaisissement du pouvoir politique est en effet la seconde conséquence, consubstantielle à la définition même qu'on peut donner de la technocratie :

*« La technocratie, c'est l'exercice dans le domaine de l'économie, de l'industrie et du commerce, à l'échelon de l'Etat ou de la grande entreprise, du pouvoir d'organisation et de décision le plus général par un petit groupe d'hommes de formation technique (...) »*³¹.

Autrement dit, il ne s'agit plus du concours normal que les techniciens doivent apporter aux gouvernements mais bien de la substitution d'un pouvoir à un autre. Cette crise de l'autorité fait que ceux qui sont dotés des responsabilités du pouvoir - et sont jugés comme tels par les électeurs - ne les exercent pas, tandis que les technocrates, qui survivent sans difficultés aux alternances politiques, exercent le pouvoir sans assumer aucune de ses responsabilités. Il est évident également que la classe

³⁰ Le catéchisme des industriels, 1824

³¹ Jacques Billy, *ibid*

technocratique développe un esprit de corps³² qui lui assure une solide autonomie et des amitiés dans tous les camps, d'autant plus qu'elle se retrouve dans des clubs de réflexion qui deviennent souvent des références incontournables : entre 1958 et 1970, le club Jean Moulin, qui regroupait le « gratin » de la fonction publique, publia des livres largement diffusés, tels que « Le socialisme et l'Europe » où, péremptoirement, il était écrit que « *le socialisme entend promouvoir progressivement l'unification du monde ; l'Etat n'est pour lui qu'une instance temporaire et intrinsèquement dépourvue de vertus propres* ». Et, aujourd'hui, des cénacles comme les « dîners du Siècle » ouvrent largement leurs portes aux technocrates, leur permettant de traiter d'égal à égal avec les politiques et les médias. C'est pourquoi, sans caricaturer, il est incontestable que, sous l'apparence de votes parlementaires ou de décrets gouvernementaux, la plupart des décisions politiques, surtout lorsqu'elles s'appliquent à l'économie ou aux finances résultent de « *programmes élaborés par le groupe des directeurs* »³³. Le budget de l'Etat en est sans doute l'illustration la plus caractéristique. Et il est vrai que l'abandon aux partis et aux groupes de pression des grandes orientations politiques, qui est le corollaire de la crise de l'Etat que nous décrivons, donne à la technocratie le sentiment qu'elle seule, finalement, est en mesure de défendre l'intérêt général, mais un intérêt général fondé sur l'unique rationalité d'un matérialisme donnant le primat à l'économie, à l'organisation et aux données quantitatives et qui la conduit à préconiser des réformes au *forcing* trop vite entérinées par le pouvoir politique. De cette atrophie sociale, accouchent inévitablement des réactions violentes, jacqueries

³² Il faudrait toutefois distinguer deux strates, pour les fonctionnaires issus de l'ENA, celle des « Grands corps » (conseil d'Etat, inspection des finances, cour des comptes), reconnus et distingués, et celles des technocrates de base, constituée essentiellement par le corps des administrateurs civils et assimilés, - et des distinctions équivalentes pour ceux sortis de Polytechnique, avec sa hiérarchie d'écoles d'application (Mines, Ponts, etc...).

³³ Jacques Billy, *ibid.*

paysannes³⁴, bonnets rouges ou gilets jaunes³⁵, manifestations anti CPE³⁶ en 2006 ou hostiles au plan Juppé en 1995³⁷. Autre exemple encore plus symptomatique : la création des agences régionales de santé a reposé sur une priorité, celle de promouvoir la notion de productivité dans la gestion hospitalière. Or, si celle-ci est importante pour la bonne gestion des deniers publics, elle comporte aussi des limites : l'évaluation des coûts et des rendements dans les services publics est très malaisée et les principes de la comptabilité privée ne peuvent leur être appliqués sans discernement, sauf à provoquer des erreurs graves, tant du point de vue de l'équilibre des comptes que de celui de l'utilité sociale. Illustration emblématique : en raison de cette politique, l'insuffisance des moyens hospitaliers, notamment des lits de réanimation, constatée en pleine pandémie, a eu pour conséquence immédiate la « stratégie » dite de confinement, elle-même génératrice d'une crise économique grave et d'un déséquilibre jamais atteint des comptes publics ! On pourrait dire la même chose avec la réduction du nombre de policiers sous le quinquennat Sarkozy ou la fusion de l'ANPE et de l'ASSEDIC³⁸ sous l'empire d'une « révision générale des politiques publiques »³⁹, confiée à des commandos de « cost-killers » mêlant technocrates des grands corps de l'Etat et du cabinet privé Mac Kinsey.

Si la centralisation administrative a fondé la puissance de la technocratie, elle a eu des conséquences tout à fait négatives pour les collectivités territoriales mais aussi pour les

³⁴ Visant la technocratie de la commission européenne.

³⁵ Faut-il rappeler que ces réactions sont liées directement au maintien d'une taxe sur les carburants...

³⁶ Contrats Première Embauche

³⁷ Dans les deux cas, réformes technocratiques conduites sans concertation et obligeant le pouvoir politique à reculer.

³⁸ Aboutissant à la création de Pôle Emploi dont l'apport à la politique de l'emploi reste à démontrer.

³⁹ RGPP, lancée dès 2007 et visant à obtenir des améliorations de productivité de l'ensemble des services publics

représentants locaux de l'Etat. Depuis 1964, des réformes successives, privilégiant des préoccupations techniques à un projet d'ensemble cohérent et n'osant pas s'attaquer à des intérêts trop résistants, n'ont pas permis de faire profondément évoluer la situation. Pourtant, juridiquement, tout est clair, à l'image de l'article 72 de la Constitution qui énonce avec précision le principe de subsidiarité : « Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon ». Le rédacteur de cet article, sans doute par prescience, a toutefois préféré parler de « vocation » puisque – et c'est précisément toute la question - rien, ou presque n'a été fait en ce sens, une des spécialités nationales étant de s'estimer quitte après avoir proclamé un principe...

La loi Defferre de 1982 a certes permis de supprimer la tutelle a priori sur les assemblées locales et donné à celles-ci le pouvoir d'élire leur propre exécutif⁴⁰. Mais la création des régions et la couverture de l'ensemble du territoire par des intercommunalités ou l'apparition des métropoles laisse subsister désormais cinq échelons territoriaux principaux, sans qu'aucun gouvernement n'ait cherché à réduire cet indigeste « millefeuilles ». La raison en est simple : faute de ne concevoir le découpage territorial que de façon jacobine, c'est-à-dire identique sur tout le territoire et non pas à géométrie variable, en l'articulant sur la notion de projets⁴¹, les diverses majorités politiques se sont heurtées au corporatisme de chaque échelon, porté immédiatement à se comparer au voisin le plus proche pour réclamer son maintien pur et simple. D'où l'enchevêtrement des compétences, l'obscurité des financements croisés et l'impossibilité pour le citoyen et...le contribuable de s'y retrouver. Des initiatives, encore très limitées, mais néanmoins

⁴⁰ Cette prérogative n'existait alors que pour les communes

⁴¹ Même si cela est pieusement rappelé de façon récurrente, notamment pour les intercommunalités

dignes d'intérêt, montrent pourtant qu'une autre voie est possible : ainsi, la nouvelle Métropole lyonnaise remplace d'une part l'ancienne communauté urbaine de Lyon mais aussi le département du Rhône⁴², preuve que d'autres possibilités existent bien sur le terrain. Le déficit de décentralisation est accru par la faiblesse de la déconcentration.

Alors que 95% des deux millions d'agents de l'Etat travaillent au sein de son administration territoriale, la déconcentration est loin d'être achevée : les transferts de pouvoirs des ministères vers les départements et les régions restent limités et l'autorité du préfet sur les services extérieurs de l'Etat ne concerne pas l'éducation nationale, ni les services financiers et fiscaux, encore moins ceux de la justice et de la défense, mais, surtout, elle est régulièrement court-circuitée par les relations directes qui persistent entre ministères centraux et services territoriaux de l'Etat. Il est pourtant évident - constat largement partagé par tous les acteurs de terrain - que la bonne administration locale passe nécessairement par le couple préfet-maire, à condition que l'article 72 de la Constitution, en vigueur depuis 2003, soit enfin appliqué. Déconcentration et décentralisation vont de pair. Les opposer n'a aucun sens. Elles constituent le même effort pour rapprocher l'administration des citoyens mais aussi pour équilibrer l'exercice des libertés locales et les missions légitimes de l'Etat.

⁴² Du moins pour la partie coïncidant avec le territoire de l'ancienne communauté urbaine

La justice prédictive

Marie-Christine CAUCHY-PSAUME⁴³

La recherche scientifique, tous domaines confondus, s'accompagne depuis une vingtaine d'années d'outils numériques analytiques issus du développement des nouvelles technologies, de l'internet et des réseaux sociaux. La référence plus globale au fameux *big data* exprime le brassage d'une masse de données stockées et la capacité combinée à des outils d'analyse d'en extraire un sens ou un résultat d'exploitation.⁴⁴

Le *big data* s'est ouvert à de nombreux domaines. Au-delà de la finance, du commerce, du marketing, de l'assurance, l'exploitation des données vise la politique⁴⁵, la criminologie⁴⁶ et même la justice.⁴⁷ Sur ce dernier et assez récent phénomène, on parle de justice prédictive, expression d'une analyse tendancielle,

⁴³ Docteur en Droit, ancien Doyen et Professeur référent à la FACO.

⁴⁴ Terme qui correspond à méga données ou données massives produites par les nouvelles technologies

⁴⁵ En France, l'année 2017 a révélé le *big data* électoral, véritable algorithme prédictif, dont les données démographiques, socio professionnelles ont identifié le vote probable de certaines zones géographiques.

⁴⁶ La mise en œuvre du logiciel *AnaCrim* brasse et croise des milliers d'informations de temps, lieu, protagonistes, témoignages.

⁴⁷ Ces dernières années, nombreux sont les colloques consacrés à cette introduction de la data dans le droit : La justice prédictive organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'état et à la Cour de cassation, 12 février 2018 ; La Justice prédictive : évolution, révolution ? organisé par la cour d'appel de Paris en partenariat avec l'association ADEA, l'université Panthéon Sorbonne et l'institut de recherche juridique de la Sorbonne, 23 mai 2017.

ou probable, d'un jugement non encore tranché mais à venir. La masse jurisprudentielle est dès lors considérée comme un véritable patrimoine de données allant de l'identification et du sens des décisions au profil des juges pour une exploitation numérique modélisée dès lors que des faits en cause sont mis sur le même plan. La justice prédictive ne se réduit cependant pas à cette seule offre et intègre une nouvelle manière de faire du droit en permettant de recueillir plus rapidement un ensemble d'informations clés en vue d'adapter des arguments à une situation donnée, de conseiller sur une base jurisprudentielle dominante, de négocier des clauses de contrats, d'anticiper et d'évaluer des risques et d'aider à la prise de décision.

Le principe d'une combinaison des mathématiques et du droit est assez ancien (I) et conduit à une exploitation numérique de données pour une meilleure efficacité de la résolution des problématiques juridiques et des litiges en général (II). La justice prédictive est un outil de stratégie dont les apports sont indéniables, mais elle ne doit pas dissimuler une avancée subreptice d'un droit matriciel (III).

I- La voie de la justice prédictive

Les positions sont parfois partagées sur la genèse de la justice prédictive puisque le phénomène semble être assez cosmopolite (A). L'avènement des nouvelles technologies a permis une implantation progressive au début de notre siècle (B).

A - Les origines

A quand remonte le croisement entre le droit et la science prévisionnelle ? De prime abord, la notion de probabilité des jugements se comprend mieux au sein de la *common law* pour laquelle la justice consiste à trouver la solution propre à l'espèce

en respectant la jurisprudence accumulée. On n'est guère surpris que la prophétie judiciaire puisse y trouver une place originelle.⁴⁸

En germe, au sein de la tradition romaniste et en France, en termes de science des probabilités, Nicolas de Condorcet engageait à la fin du 18^{ème} siècle la réflexion sur le calcul d'une probabilité d'une décision correcte en démontrant que plus le nombre de jurés d'un tribunal devient grand, plus le vote approchera la vérité.⁴⁹ Pour Pierre Simon de Laplace « la bonté des jugements est d'autant plus probable que les juges sont plus nombreux et plus éclairés ». ⁵⁰ La probabilité d'une erreur judiciaire dépend du nombre de voix appelées à se prononcer. La science des probabilités serait dès lors perçue comme un rempart contre les sources de l'injustice.

Mais c'est sous l'angle des statistiques que le mathématicien Siméon-Denis Poisson au début du 19^{ème} siècle nous rapproche de la justice prédictive. Dans quel contexte s'inscrivent ses premiers travaux ? Les transformations politiques et économiques issues de la révolution française et de l'émergence industrielle post Empire ont donné dans un premier temps une légitimité à la statistique sociale, première forme de collecte de données. Ainsi, les comptes de l'administration de la justice criminelle permettent une approche objective du nombre de procès, du profil des accusés, de la nature des crimes avec des indications spatio-temporelles.⁵¹ La théorie de la probabilité des jugements avancée par Siméon-Denis Poisson exclut que toute éventualité puisse n'être qu'un simple pari par référence à la Loi des grands nombres due aux travaux de Condorcet et Laplace.

⁴⁸ Guillaume Zambrano, *Précédents et prédictions jurisprudentielles à l'ère des big data, parier sur le résultat (probable) d'un procès*, HAL Id: hal-01496098 <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01496098> Preprint submitted on 27 Mar. 2017.

⁴⁹ Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix, 1785.

⁵⁰ Œuvres complètes, tome 7, De la probabilité des jugements des tribunaux, 1812.

⁵¹ Les comptes sont lancés à partir de 1825 à l'initiative du Ministre de la justice le Comte de Peyronnet qui accueillit favorablement les premiers travaux de Jacques Guerry de Champneuf, procureur du roi

Le résultat attendu d'un jugement est une probabilité a posteriori à partir d'une constance de résultats préalablement observés.⁵²

Cependant, la complexité et l'enchevêtrement des causes liées à la sanction judiciaire ont emporté la certitude d'une inadéquation entre la science morale humaine comportementale et le modèle mathématique utilisé. Plus précisément, et c'est là tout l'intérêt, ce qui est reproché à ce modèle est la finalité de la statistique, non son utilité. Sur le plan judiciaire, la référence chiffrée des infractions, des profils criminels, des jugements et ressorts reste l'outil d'observation des phénomènes sociaux criminels durant tout le 19^{ème} siècle.

B - L'émergence contemporaine

Les mutations de la seconde moitié du 19^{ème} siècle et de la première du 20^{ème} siècle se sont accompagnées d'une accélération législative et jurisprudentielle. Les premiers recueils des décisions popularisent la jurisprudence pour que le droit soit « à la portée de tous ».⁵³ On reste cependant en dehors d'une exploitation destinée à « deviner » l'issue d'un jugement. Pourtant à défaut d'une implantation du précédent judiciaire en Europe romaniste, la probabilité d'un jugement à venir se forge si l'on considère que des juges, ayant déjà statué dans un cas et un sens donné, peuvent faire à nouveau de même.⁵⁴ Il n'y a donc aucune certitude que la règle jurisprudentielle soit maintenue par

⁵² Siméon-Denis Poisson présente ainsi sa loi des probabilités : « les choses de toute nature sont soumises à une loi naturelle qu'on peut appeler la loi des grands nombres. Elle consiste en ce que si on observe des nombres très considérables d'événements d'une même nature, dépendants de causes constantes et de causes qui varient régulièrement, tantôt dans un sens tantôt dans l'autre, c'est à dire sans que leur variation soit progressive dans un sens déterminé, on trouvera, entre ces nombres, des rapports à peu près constants ».

⁵³ Petit Dictionnaire de droit dont le slogan est : « Les lois à la portée de tous ».

⁵⁴ Système pratiqué dans les pays de common law qui implique que les décisions des juridictions supérieures s'imposent aux juridictions inférieures.

des juridictions ultérieurement saisies mais le terreau d'une prévisibilité du jugement n'en est pas moins considéré.⁵⁵

Aussi, la fermentation d'une prédiction du jugement n'a pu se concevoir réellement que par le traitement statistique de données numériques que l'on doit à la récente révolution technologique des microprocesseurs et au déploiement de l'intelligence artificielle. Le *big bang* des données de la justice s'apprécie comme l'outil de classement, d'analyse, d'extraction de mots clés et d'éléments significatifs et offre la matière au croisement des informations. Un nouvel objet, ou projet, d'activité est dès lors dessiné et régale l'avenir des *start-up* (entreprises situées dans le domaine de la *LegalTech*⁵⁶) qui se spécialisent dans l'analyse tendancielle des jugements à venir en évaluant les chances d'obtenir gain de cause sur la base d'une sélection préconisée d'arguments. C'est la modélisation, par des opérateurs privés, de l'optimisation de la décision judiciaire ou administrative appuyée par la loi du 7 octobre 2016 dite loi pour une République numérique et qui prévoit que « les décisions rendues par les juridictions judiciaires sont mises à la disposition du public à titre gratuit dans le respect de la vie privée des personnes concernées ».⁵⁷ La mise en accès libre et réutilisable de l'ensemble des décisions est l'indispensable condition au développement de la justice prédictive puisqu'il s'agit d'exploiter les infinies possibilités de cette base jurisprudentielle.⁵⁸ En écho à cette première démarche, est paru le 29 mars 2020 un décret portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé

⁵⁵ Il existe finalement une culture de longue date de diffusion des décisions de justice laquelle ne peut se développer qu'avec les moyens propres à chaque époque. Voir J.-P. Andrieux, *Histoire de la jurisprudence – Les avatars du droit prétorien*, Paris, Vuibert, 2012, cité dans le rapport de Loïc Cadiet remis en 2018 à la Chancellerie, *L'open data des décisions de justice*.

⁵⁶ Dont *Predictice* (création en 2016) et *Case Law Analytics* (création 2017).

⁵⁷ Précisément par l'article 21 de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 (JO 8 oct. 2016). Le traitement algorithmique des décisions de justice est par ailleurs encadré par la loi no 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles (JO 21 juin 2018).

⁵⁸ Avec l'open data des décisions de justice, des millions de décisions sont librement accessibles chaque année.

DataJust pour la création d'un outil de modélisation de l'évaluation du préjudice corporel.⁵⁹

La performance de la justice prédictive résulte ainsi du traitement de la combinaison de cette masse informationnelle, de son analyse et de sa schématique que l'humain ne pourrait finalement lui-même et à lui seul réaliser.

II- L'issue de la justice prédictive

Pour le professeur Bruno Dondero, « prédire les décisions de justice est depuis toujours l'objectif de tout avocat et de tout universitaire consultant ». ⁶⁰ Le désir est ancien. Le moyen numérique est nouveau. Le terme « prédiction » est-il cependant le seul sens de la justice prédictive ? Certains lui préfèrent le terme de prévisibilité directement issu de *predictable* traduit en français par prévisible.

La justice prédictive assurerait surtout davantage de prévisibilité sur le contenu d'un jugement à venir (A) au service d'une efficacité opérationnelle des données que l'on pourrait réduire à une optimisation de la stratégie en droit (B).

A - La prévisibilité du jugement

Internet a profondément modifié le rapport à l'information. Les nouveaux comportements dans les échanges et la communication sont le signe d'une économie de temps. Il faut connaître, être renseigné vite et bien. Seule la donnée instantanée, ou encore l'immédiateté de la *data*, permet de se sentir comme « Etre » connecté vivant. Le phénomène n'est pas

⁵⁹ Décret n° 2020-356, 27 mars 2020, JO 29 mars.

⁶⁰ Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? – Bruno Dondero – D. 2017. 532

cloisonné et touche l'entière des objets connectés tous domaines confondus.

Vouloir connaître assez rapidement ce que pourra être la décision d'un juge, un peu à la manière de la « boule de cristal » n'est pas surprenant.⁶¹ Premièrement, on sait que la longueur des procédures en France dépasse largement celle de ses pays voisins.⁶² Deuxièmement, la durée estimative, souvent approximative, est bien souvent dissuasive ; nombre de justiciables préfèrent renoncer à une attente qui n'est plus dans l'air du temps.⁶³ Enfin, la jurisprudence, même si elle dissipe des obscurités et des incertitudes, n'est pas en soi une vérité scientifique exacte. Il y a toujours un doute sur ce que sera l'interprétation de la loi par le juge.

Offrir une première réponse, en forme de prédiction, au plus tôt d'un litige, ne peut qu'assouvir le besoin de prévisibilité étroitement lié au besoin d'adaptabilité de l'avocat et de confiance du justiciable. En étant enrichi des données informationnelles du processus judiciaire envisagé, le professionnel du droit, avocat, notaire, consultant, paramètrera sa stratégie en vue de l'objectif à atteindre. Et si la donnée numérique pointe un risque d'échec, il pourra envisager un autre mode de règlement du conflit, une conciliation ou une médiation.

Plus concrètement, l'algorithme restitue une diversité d'« informations résultats » dont la probabilité serait quantifiée

⁶¹ Frédéric Rouvière, La justice prédictive, version moderne de la boule de cristal, RTDCiv. 2017, 527.

⁶² La commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) a présenté le 22 octobre 2020 son rapport sur l'évaluation des systèmes judiciaires des Etats membres. Et sans surprise, la France est assez mal placée.

⁶³ Selon Jean-François Nogier, spécialiste en ergonomie et webdesign, L'ergonomie des interfaces en France (interview <https://www.usabilis.com/ergonomie-interfaces-france-interview-jean-francois-nogier>), « le temps de réponse influe sur l'utilisabilité du logiciel de deux manières (...) c'est un facteur de stress (...) l'anxiété de l'utilisation augmente lorsque le temps de réponse s'allonge (...) le temps de réponse alourdit la charge de travail, car il oblige l'utilisateur à faire des efforts pour conserver en mémoire les informations nécessaires pour continuer sa tâche».

en termes financiers (montant de dommages et intérêts, d'une pension, d'une prestation compensatoire, d'une indemnité de rupture), de risques (pour un employeur en cas de contentieux prud'homal). Les statistiques sur les chances de gagner la procédure tiennent ainsi compte des éléments factuels du dossier, de la nature de la demande réparatrice et des arguments de droit avancés. Il est dès lors possible de mesurer l'influence d'un argument auprès d'un juge saisi, limitant ainsi l'emprunt de pistes plus aléatoires.

B - L'optimisation de la stratégie

Pur produit technologique, la justice prédictive ne vaut que si elle donne un maximum de résultats pour un minimum d'efforts. Ainsi que l'écrit Jacques Ellul, «Le phénomène technique est la préoccupation de l'immense majorité des hommes de notre temps de rechercher en toutes choses la méthode absolument la plus efficace». ⁶⁴ La justice prédictive porte intrinsèquement une plus-value, celle de l'optimisation. C'est à ce prix qu'elle prolifère.

Sur un plan général, la justice prédictive sélectionne l'information et conduit à anticiper, conseiller et orienter. A ce niveau, l'outil s'apprécie en termes de performance. Les banques, compagnies d'assurances, mutuelles, entreprises testent depuis quelques années ces systèmes d'aide pour choisir des clients, accorder des prêts, gérer des actifs et prendre des décisions à objectif précis. L'essor d'une entreprise est lié à sa maîtrise de la donnée aux fins d'une exploitation permettant de définir une stratégie optimale.

Sur un plan procédural, l'apport est davantage réduit au calcul des chances de réussite d'un procès selon la juridiction saisie et s'apprécie en termes d'adaptabilité argumentative. Les informations clés du litige en cours orientent sur la qualification

⁶⁴ Jacques Ellul, *La technique ou l'enjeu du siècle*, Paris, A. Colin, 1954.

des faits, la pertinence des règles de droit et offrent une analyse affinée des enjeux en termes de coûts et de délais. La justice prédictive est un outil d'optimisation argumentatif et financier au service de l'avocat et de son client. Sans aucun doute, le professionnel du droit s'adaptera à la consigne délivrée par la *data*. Mieux armé par cette visualisation de tous les éléments de l'affaire, le résultat s'apprécie en efficacité. Aucune information cruciale n'aura été omise et une démarche immédiate servie d'arguments plus pertinents viendra conforter la demande.

III- Le reflet de la justice prédictive

Pour se justifier, la justice prédictive doit être une avancée précieuse au service des droits fondamentaux du justiciable (A). Mais la lignée oraculaire ainsi tracée ne peut être indépendante d'une analyse des conséquences et risques d'une déshumanisation de la justice (B).

A- Ce qui doit être

Bien que la Convention européenne des droits de l'Homme indique en son article 6 -1 que «Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable», la justice en France reste lente. La mesure de la prévisibilité ou de l'aléa judiciaire donne une première réponse à la manière d'y remédier si l'on admet que la complexité exponentielle des affaires est en cause. Car il faut bien reconnaître que sur un espace de temps resserré, les bouleversements sociaux, politiques, économiques et juridiques ont été rapides et vécus au travers d'une accélération de la norme devenue sensible au monde qui l'entoure. Le traitement des dossiers emprunte la voie d'une plongée abyssale dans les hypothèses, les circonstances, l'identification, la catégorisation, l'interprétation, la sélection des règles, les conflits de lois dans le temps et dans l'espace. La mise à disposition de la masse informationnelle juridique ne suffit pas à la mobiliser, à la passer

au crible de notre savoir. La justice prédictive paraît ici hautement satisfaisante par le gain de temps dans la recherche de l'information utile et nécessaire au service d'une efficacité argumentative et aussi d'une résolution de l'alanguissement des tribunaux.

Si l'augmentation des capacités de traitement des contentieux est récemment liée à la fréquence du juge unique, la généralisation des modes alternatifs de règlement des litiges, l'incitation à la médiation⁶⁵, au divorce par consentement mutuel sans procédure⁶⁶, l'ère d'une justice à *tempo* raisonnable, avec toute la subjectivité que ce terme contient, est encore loin. Lui adjoindre un *data* préparatif et anticipatif réduit le décalage entre ce qui est et ce qui doit être à la simple lecture des textes de la Convention européenne des droits de l'Homme. Et rappelons que la proposition d'une issue transactionnelle, aux fins d'éviter le procès « perdu d'avance », ne peut que désengorger les tribunaux et permettre une justice plus rapide.

C'est bien à l'aune de ce principe fondamental que la commission européenne pour l'efficacité de la justice du Conseil de l'Europe a publié la première charte éthique sur l'utilisation des données numériques judiciaires.⁶⁷

B- Ce qui ne peut être

Cette inévitable ascension du *data* juridico-algorithmique nous pose, de manière urgente, la question du défi d'un humanisme pratique. Déterminer où nous en sommes de la modernité technologique, c'est appréhender le progrès de la science non pas seulement en tant que tel mais surtout en tant

⁶⁵ Le décret 2015-282 du 11 mars 2015 impose aux parties et à leurs conseils respectifs d'observer une phase préalable de rapprochement amiable.

⁶⁶ Prévu par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle : « les époux peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire ».

⁶⁷ Adoptée lors de la 31^e réunion plénière de la CEPEJ (Strasbourg, 3-4 décembre 2018).

qu'il est susceptible d'impacter la nature humaine comme le souligne Aldous Huxley à propos de son roman : « le thème du *Meilleur des Mondes* n'est pas le progrès de la science en tant que tel mais le progrès de la science en tant qu'il affecte les individus humains». ⁶⁸

Ce qui ne « peut être » est une société anesthésiée par la science technologique au sein de laquelle on peinerait à identifier le genre humain. La décision algorithmique symptomatique d'une justice virtuelle en serait le signe avant-coureur. Car c'est une chose de se prémunir par rapport à une probabilité, cela en est une autre de s'y soumettre. Le numérique prédictif actuel peut-il conduire à terme à la décision algorithmique ? On peut actuellement en douter.

La tradition à laquelle nous appartenons place la règle de droit au cœur du raisonnement déductif. La règle est générale, abstraite et nécessite un investissement intellectuel pour déterminer son application à une hypothèse donnée. Il y a forcément une logique formelle propre à ce raisonnement assez proche de la mathématique mais les décisions montrent que le juge tient compte des circonstances, des exceptions et des comportements. Il clarifie, interprète la règle de droit à la lumière de sa finalité. Son travail conduit parfois à une jurisprudence évolutive, adaptée voire inattendue. La certitude est qu'elle ne constitue en rien une source répétitive de résolution des litiges comparable au tissage jurisprudentiel de la *common law*. Or des débuts de la justice prédictive, on comprend que l'exploitation du lien « loi – jurisprudence » s'efface au profit d'un circuit fermé jurisprudentiel un peu en forme de boucle de recyclage. La logique de la justice prédictive résonne avec celle qui serait l'écho d'un droit constant, figé, immuable, dépourvu d'évolutivité interprétative. De notre art à appliquer la règle de droit, nous sommes aussi conscients que le juge peut parfois se tromper face à la loi. Les pourvois et recours ne sont pas systématiques et certaines décisions restent entachées de leur erreur interprétative qu'aucune modélisation ne pourra suppléer.

⁶⁸ Aldous Huxley, *Le Meilleur des Mondes*, Mulhouse, trad. Jules Castier, Plon, Éditions Rencontre, 1932, p. 16.

Sur un autre point, l'algorithme n'est pas infallible. Depuis quelques années aux Etats-Unis, nombreuses sont les juridictions locales à recourir aux logiciels prédictifs pour les aider à décider si un prévenu doit être ou non emprisonné avant son procès. Leur rôle est d'établir un score de 1 à 10 permettant de décider directement s'il y a lieu ou non à détention provisoire. Plus le chiffre se rapproche de 10, plus le risque de récidive est probable et conduit à la décision algorithmique de la détention. A titre d'exemple, les données brassées par COMPAS recouvrent le genre, le comportement, l'environnement familial, éducatif, socio-professionnel jusqu'au passé criminel mais la formule algorithmique reste opaque au nom du *trade secret* défendu par Northpointe créateur du logiciel.⁶⁹ L'affaire Loomis a soulevé les failles de COMPAS lesquelles ne portaient pas sur la performance statistique mais sur la violation des droits fondamentaux du justiciable.⁷⁰ Alors qu'était en jeu la détermination d'une peine, Loomis contestait ne pas avoir accès aux informations utilisées pour déterminer le score de 1 à 10 et revendiquait son droit à une décision individualisée et non globalisée dans son appartenance à un groupe socio-économique. Les recours devant la Cour Suprême ont été rejetés mais une enquête menée en 2016 par ProPublica a révélé que les données brassées par COMPAS conduisaient à ce que les scores étaient systématiquement plus élevés pour les Afro-Américains, induisant ainsi une modélisation discriminatoire.

Conclusion

« Ce qui ne peut être » n'est finalement pas tant une intelligence artificielle « qui remplace » l'intelligence humaine pour rendre la justice mais qui « la dépasse ». Le mouvement prédictif part d'une initiative humaine forte d'un projet conscient

⁶⁹ Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions est un algorithme d'évaluation et d'appréciation des risques de récidive CR22 par l'entreprise Northpointe Inc. en 2012.

⁷⁰ State v. Loomis, 881 N.W.2d 749, Cour Suprême du Wisconsin, 2016. Loomis a été condamné à six suite au verdict rendu par l'algorithme Compas dont le score rendu traduisait que l'accusé présentait un risque élevé de récidive.

préalable mais il peut s'autonomiser en générant lui-même la ressource de sa propre performance. Cette autosuffisance porterait les marques d'un tsunami ravageant toute préexistence de données cette fois-ci philosophique et contextuelle. Les algorithmes seraient des *faber*, c'est-à-dire capables de créer et faire évoluer une technique au service de leurs besoins⁷¹ : c'est l'obsolescence programmée du juriste que le philosophe Günther Anders définit comme la honte prométhéenne « qui s'empare du honteux devant l'humiliante qualité des choses qu'il a lui-même fabriquées ».⁷²

Pourtant, « ce qui *peut être* techniquement fait le sera nécessairement ». Les propos de Dennis Gabor résonnent comme une prédiction.⁷³ A l'image de l'abeille la plus experte, la supériorité de la *data*, et donc de la justice prédictive, dépend de sa capacité à former l'image d'une situation qu'elle pense atteindre.

''Mais ce qui distingue dès l'abord le plus mauvais architecte de l'abeille la plus experte, c'est qu'il a construit la cellule dans sa tête avant de la construire dans la ruche''.

Karl MARX, Le Capital, 1867

⁷¹ En référence à Henri Bergson : « En définitive, l'intelligence, envisagée dans ce qui en paraît être la démarche originelle, est la faculté de fabriquer des objets artificiels, en particulier des outils à faire des outils, et d'en varier indéfiniment la fabrication », L'Évolution créatrice (1907), chap. 2, Éd. Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pleiade », 1991, pp. 612-613.

⁷² L'Obsolescence de l'homme, Paris, Éd. de l'Encyclopédie des nuisances, 2002.

⁷³ Dennis Gabor (1900-1979), ingénieur et physicien hongrois, inventeur de l'holographie (Nobel de physique en 1971).

L'impact de la crise sanitaire Covid-19 sur les baux commerciaux

Me Alexandre LEVILLAIN⁷⁴

Le 11 mars 2020,⁷⁵ par une allocution liminaire, le directeur général de l'Organisation Mondiale de la Santé qualifiait de pandémie l'apparition en Chine, quelques mois plus tôt, d'un nouveau virus dénommé Covid-19. Cette maladie infectieuse émergente nous touche depuis plus de dix-huit mois et son issue semble, à court terme, envisageable, en raison notamment, de la vaccination.

Les impacts tant sanitaires, économiques, qu'humains de la crise sanitaire sont considérables. Les gouvernements et législateurs de chaque pays ont édicté et voté de nombreux textes pour encadrer la lutte contre ce fléau. Les conséquences juridiques ont été très tôt perceptibles et une réglementation propre à cette crise est apparue notamment dans le cadre de l'exécution d'un bail commercial.

Le premier confinement total de la population française de mars 2020 et jusqu'au 11 mai 2020 a été draconien.

⁷⁴ Avocat à la Cour, professeur référent à la FACO

⁷⁵ Suite à la déclaration conjointe MOT OMS, 27.fev. 2020

L'économie de notre pays fonctionnait au ralenti et la fermeture administrative de certains commerces a engendré des conséquences importantes quant à l'exécution des baux commerciaux. Est apparue dans la doctrine la notion de « loyers-Covid » qui concernent plus précisément les activités visées par une fermeture administrative pendant les périodes de confinement.

Sans activité et en dépit d'aides étatiques, le preneur à bail rencontrait de grandes difficultés à régler ses loyers à échéance. L'exemple de la restauration est le plus flagrant. L'embellie toute relative de l'été 2020 pour ce secteur a laissé place à deux autres confinements et à l'aggravation de la situation économique desdits professionnels. La crainte de nombreuses liquidations judiciaires des entreprises concernées est bien réelle. Le gouvernement français est intervenu par le biais de diverses ordonnances dès le 25 mars 2020⁷⁶. Ce premier texte s'intéressait au paiement des loyers, des factures d'eau, de gaz et d'électricité afférents aux locaux professionnels des entreprises, dont l'activité était affectée par la propagation de l'épidémie de Covid-19.

Malgré des reports de charges, des aides ponctuelles, ... le mécanisme de prêts garantis par l'Etat, certains locataires n'ont pu régler leurs dettes. De nombreux contentieux d'impayés de loyers commerciaux se sont multipliés devant les juridictions. Les bailleurs ont été, dans la plupart des cas, compréhensifs et souples en accordant des délais de paiement aux locataires. Mais pour certains d'entre eux, l'absence de ce revenu du patrimoine a engendré des difficultés financières personnelles.

Cette étude se focalisera sur l'exécution des baux commerciaux et les conséquences liées à la présente crise sanitaire. Il conviendra, dans un premier temps, d'établir un état des lieux de la réglementation propre à la crise sanitaire Covid-

⁷⁶ Ordonnance n° 2020-316 du 25 mars 2020, JORF du 30 mars 2020

19 et des premières décisions de jurisprudence en la matière (I) puis dans un second temps, nous tenterons d'analyser les conséquences postérieures à la crise quant à la négociation et à la rédaction des baux commerciaux (II).

I- **Etat des lieux des textes et de la jurisprudence au cœur de la crise**

Le gouvernement français a très vite légiféré par voie d'ordonnances et divers textes ont traité de la question de l'exécution des baux commerciaux au cœur de la crise sanitaire (A) et les litiges liés au non-paiement des loyers se sont développés avec les premières décisions des juges (B)

A- **La réglementation dérogatoire pendant la crise sanitaire**

Le texte initial a été la loi d'urgence n°2020-290 du 23 mars 2020 pour faire face à l'épidémie de Covid19, qui a été suivie par l'ordonnance du 25 mars 2020 précitée et celle n° 2020- 427 du 15 avril 2020.⁷⁷

Ces textes étaient applicables jusqu'à la fin de l'état d'urgence soit, en principe, le 1^{er} juin 2021, en métropole. Les mesures prévues par l'ordonnance du 25 mars 2020 concernaient les entreprises de petite taille, éligibles au fonds de solidarité. Elles bénéficient d'échelonnement des factures d'énergies. Les entreprises éligibles ne peuvent pas encourir : *« l'application de pénalités financières ou intérêts de retard, d'astreinte,*

⁷⁷ A. Confino, Le sort des loyers des entreprises au regard des textes d'urgence sanitaire. D. act, 30 mars 2020

d'exécution de clause résolutoire, de clause pénale, ou de toute clause prévoyant une déchéance, ou d'activation des garanties ou cautions, en raison du défaut de paiement de loyers ou de charges locatives à leurs locaux professionnels et commerciaux »⁷⁸

Ces dispositions s'appliquent donc aux loyers et charges dont l'échéance de paiement intervient entre le 12 mars 2020 et 2 mois après la fin de l'état d'urgence sanitaire.⁷⁹ En effet, l'article 2 de l'ordonnance du 15 avril 2020, ne constitue ni une suspension, ni une prorogation du délai initialement imparti pour agir. Le mécanisme mis en œuvre par cet article permet simplement de considérer que l'acte ou la formalité réalisé jusqu'à la fin du délai initial, calculé à compter de la fin de la période visée à l'article 1er (état d'urgence sanitaire + un mois), dans la limite de deux mois, sera réputé valable et produira tous ses effets.

Contrairement à ce qu'ont pu penser certains, il n'est nullement question de « gel » de l'obligation du paiement du loyer par le preneur à bail commercial mais bien d'une interdiction temporaire des voies d'exécution d'une décision de justice prononçant l'acquisition d'une clause résolutoire et ordonnant l'expulsion, ce qui n'est pas neutre pour le bailleur.

Des aides ont été mises en place ainsi que des financements aidés pour permettre aux entreprises, notamment fermées administrativement de « passer le cap » de la crise sanitaire. La fiscalité au profit des bailleurs a fait l'objet d'une règlementation spécifique.⁸⁰ L'article 3 de la loi de finances rectificative pour 2020, prévoyait que les loyers d'entreprises

⁷⁸ Article 4 de l'ordonnance du 25 mars 2020, précitée 2

⁷⁹ Notons que cette situation s'est prolongée tout au long de l'année 2020 et au premier semestre 2021 en raison des confinements suivants., notamment par la loi n°2020-1379 du 14 nov. 2020, JORF du 15 novembre 2020

⁸⁰ Loi n°2020-473 du 25 avril 2020, art. 3, JORF 26 avril 2020

non perçus par les bailleurs entre le 15 avril et le 31 décembre 2020 ne seront pas fiscalisés en 2021. Cette période a été prolongée jusqu'au 30 juin 2021 par la loi de finances pour 2021, en son article 20.

Les bailleurs pourront quand même déduire les charges foncières du local pour cette période (charges de propriété, intérêts d'emprunt...). Cette mesure s'applique aux bailleurs titulaires de revenus fonciers, mais aussi de bénéfices non commerciaux pour la sous-location de locaux nus. De même, les bailleurs imposés au titre des bénéfices industriels et commerciaux pourront déduire les loyers abandonnés de leur résultat imposable.

La loi de finances pour 2021 en son article 20 a créé un crédit d'impôt spécifique pour les propriétaires (particuliers ou entreprises), bailleurs de locaux professionnels, qui renoncent à percevoir les loyers à partir du mois de novembre 2020. Le crédit d'impôt vise à favoriser les abandons de loyers en faveur des entreprises locataires touchées par les conséquences économiques de la crise de la covid-19. Le locataire doit avoir fait l'objet d'une interdiction d'accueil du public dès novembre 2020, ou exercer dans l'un des 67 secteurs d'activité identifiés par les pouvoirs publics : hôtellerie, restauration, débit de boissons, spectacle vivant, salle de cinéma, club de sport, magasin de souvenirs... Les locataires interdits d'accueillir du public mais ayant pratiqué le « *click and collect* » à partir du mois de novembre 2020 restent éligibles au crédit d'impôt. Pour que le crédit d'impôt s'applique, l'entreprise locataire ne devait pas être en difficulté au 31 décembre 2019, ni en liquidation judiciaire au 1^{er} mars 2020. Par ailleurs, si l'entreprise est exploitée par un proche du bailleur, ce dernier doit pouvoir justifier des difficultés de trésorerie du locataire. Le crédit d'impôt est de 50% des loyers non perçus dès novembre 2020, pour une entreprise locataire employant moins de 250 salariés. Il

est de 50% des deux tiers du loyer lorsque l'effectif de l'entreprise est compris entre 250 et 5.000 salariés. Les entreprises de plus de 5.000 salariés n'y ouvrent pas droit. Quelle que soit la situation, le montant total du crédit d'impôt ne peut excéder 800 000 euros.

L'état d'urgence sanitaire a été prorogé à plusieurs reprises⁸¹. Les actions en justice pouvaient être engagées, notamment en référé-expulsion devant le Tribunal judiciaire dépendant des lieux loués, diligentée par le bailleur, suite à un commandement de payer resté infructueux un mois après sa délivrance au locataire par voie d'huissier. Le bailleur demandait au juge de l'urgence de constater l'acquisition de la clause résolutoire et prononcer l'expulsion du locataire défaillant.

Pendant cette longue période, la jurisprudence a été assez dense et les locataires via leurs conseils, ont soulevé un florilège de moyens de défense, afin de s'opposer aux prétentions de leurs bailleurs.

A- La jurisprudence et l'application de certains mécanismes juridiques

Il est encore trop tôt pour dégager une jurisprudence constante en la matière, d'autant que la Cour de cassation n'a pas encore rendu d'arrêts sur ces sujets. En revanche, diverses Cours d'appel ont statué.

Les développements, qui vont suivre, ne sont nullement exhaustifs et se bornent à décrire les principaux points de droit soulevés par les avocats des locataires pour éviter à leurs clients

⁸¹ Notamment par la loi n°2020-1379 du 14 nov. 2020, JORF du 15 novembre 2020.

l'expulsion et la résiliation du bail commercial. Le spectre des moyens de défenses soulevés est large, tels que la force majeure, la perte de la chose louée, l'exception d'inexécution, l'imprévision ... même le principe de bonne foi du bailleur. Nous axerons principalement nos développements en matière de force majeure et de bonne foi.⁸²

Aux termes de l'article 1218 du code civil, : « *Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur* ». Classiquement, la force majeure se caractérise par la réunion de trois critères : l'imprévisibilité, l'irrésistibilité et l'extériorité. Notons que l'extériorité n'est plus obligatoirement requise pour caractériser la force majeure.⁸³ La crise sanitaire actuelle peut-elle être un cas de force majeure ? A l'appui des épidémies antérieures, comme la grippe H1N1⁸⁴ ou la dengue, la jurisprudence n'avait pas retenu la force majeure⁸⁵. Les juges estimaient que ces maladies étaient connues et surmontables et que par conséquent ne présentaient pas les caractères d'imprévisibilité et l'irrésistibilité.⁸⁶

Ainsi, il paraissait possible⁸⁷ pour un preneur à bail de solliciter judiciairement l'aménagement des loyers échus pendant la période d'état d'urgence sanitaire du fait de l'épidémie et la fermeture administrative ordonnée par les

⁸² P. Dissaux, l'épidémie : cette perte. D. 2020. p 887

⁸³ Cass. ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11-168 publié au bulletin 2006 n°5 p 6 et D. 2006. 1577, obs. I. Gallmeister

⁸⁴ Besançon, 8 janv. 2014, n° 12/0229.

⁸⁵ Nancy, 22 nov. 2010, n° 09/00003.

⁸⁶ Paris, 25 sept. 1996, n° 1996/08159.

⁸⁷ C. Grimaldi, la force majeure invoquée par le créancier d'exercer son droit. D. 2009. P. 1298

pouvoirs publics, constitutive l'une et l'autre d'un cas de force majeure rendant impossible l'exécution du contrat, l'extériorité, mais plus précisément l'irrésistibilité et l'imprévisibilité, semblant réunies.

Le Tribunal judiciaire de Paris statuant en la forme des référés a rendu ses premières décisions le 26 octobre 2020⁸⁸ et avait rejeté la force majeure, comme contestation sérieuse pour écarter le paiement des loyers du preneur à bail commercial. Ces premières décisions s'inscrivaient dans la ligne de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui juge que la force majeure ne s'applique pas à l'obligation de payer une somme d'argent⁸⁹ et que la partie à un contrat qui, du fait d'un événement de force majeure, ne peut pas profiter de la prestation payée, ne peut pas obtenir l'anéantissement du contrat en invoquant cet événement.

Cependant dans un arrêt très récent⁹⁰, la Cour d'appel de Paris prend la précaution de relever que le locataire ne justifiait pas de difficultés de trésorerie rendant impossible l'exécution de son obligation, ni ne justifiait des aides de l'Etat, qu'il avait pu percevoir. La Cour d'appel introduit une nuance, déjà affirmée des juges du fond⁹¹, dont il est difficile de mesurer actuellement la portée.

Un second moyen de défense soulevé devant le Tribunal judiciaire de Paris était le principe de bonne foi.⁹² Le juge des référés a rejeté les demandes de paiement des deux bailleurs, jugeant⁹³ les contestations des locataires sérieuses, sur le fondement de l'exécution de bonne foi des contrats. En cas de

⁸⁸ TJ Paris. 26 octobre 2020 n°s 20/53713 et 20/55901, RJDA 2/21 n°72

⁸⁹ Cass.com. 16-9-2014 n°13-20.306 F-PB : RJDA 12/14 n° 886

⁹⁰ Paris, 12 mai 2021 n° 20/14094

⁹¹ Grenoble, 5 nov. 2020 n° 16/04533 : RJDA 5 /21 n°292

⁹² TJ Paris. 26 oct. 2020 précité 14

⁹³ Article 1134-3 du code civil

circonstances exceptionnelles, les parties doivent vérifier si les modalités d'exécution du contrat ne doivent pas être adaptées. Le juge des référés constate que le secteur concerné avait été fortement touché par le confinement et les restrictions de déplacements et que le locataire justifie d'échanges de courriers avec le bailleur pour étaler la dette. Le magistrat de l'urgence relève la contestation sérieuse et renvoie les parties au fond. Concrètement, cette décision oblige le bailleur à (ré) assigner devant le Tribunal judiciaire de Paris pour obtenir la condamnation de son locataire à payer les échéances des loyers du second trimestre et du troisième trimestre 2020.⁹⁴ Il sera intéressant de constater ultérieurement si cette décision n'est pas isolée. Le bailleur ne pourrait-il pas invoquer la mauvaise foi du locataire, qui bénéficiant d'aides de l'Etat mises en place pour le paiement des charges de son entreprise, resterait défaillant, quant au paiement de son loyer ?

Un autre moyen soulevé par les locataires devant les juridictions est la perte de la chose louée.⁹⁵ Les décisions contradictoires se sont suivies tant en première, qu'en seconde instance. Seule la Cour de cassation pourra durablement trancher cette question. Néanmoins, un arrêt récent de la Cour d'appel de Versailles a écarté le jeu de l'article 1722 du code civil. L'impossibilité d'exploiter du fait de l'état d'urgence sanitaire, limitée dans le temps, s'explique par l'activité économique, qui y est développée et non par les locaux.⁹⁶

En toute hypothèse, il restera toujours la possibilité pour le preneur à bail commercial, qui ne pourrait bénéficier des mesures prises par ordonnance n°2020-316 du 25 mars 2020 ou qui serait débiteur de loyers échus depuis le 10 septembre 2020,

⁹⁴ P. De Plater, le bail commercial, la bonne foi et le juge face à la pandémie. D. act. 26 mars 2021

⁹⁵ Article 1722 du code civil

⁹⁶ Versailles, 12^e ch., 6 mai 2021, n°19/08848

de solliciter devant un juge⁹⁷ des délais de paiement dans la limite de 24 mois ainsi que la suspension des effets d'une clause résolutoire qui aurait été actionnée par la délivrance d'un commandement de payer.

L'octroi de délai n'est cependant pas automatique, les juges devant tenir compte de la situation du débiteur et des besoins du créancier.

La sortie de la crise sanitaire semble très envisageable à court terme. La réglementation et la jurisprudence, dont il est question ci-dessus, peuvent être temporaires. Mais est-on à l'abri de nouvelles crises sanitaires dans un avenir proche en raison, notamment, du réchauffement climatique ?

II- Conséquences post-crise quant à la négociation et à la rédaction du bail commercial

Une analyse poussée des conséquences de la crise sanitaire covid-19 sur l'exécution des baux commerciaux nécessite un recul suffisant. Il est néanmoins possible de dresser un premier bilan, poser des hypothèses et d'émettre des recommandations tant dans la négociation du contrat (A) que relativement à sa rédaction (B).

⁹⁷ Articles 1343-5 du code civil et L 154-41 du code de commerce

A- Quant à la négociation du contrat

La crise Covid-19 impacte d'ores et déjà l'immobilier tertiaire.⁹⁸ La baisse des chantiers en matière d'immobilier d'entreprise et les reports de projets professionnels sont apparus, dès le premier confinement. La distinction entre le marché immobilier tertiaire et celui du marché de l'immobilier résidentiel est de plus en plus pertinente. En cette période de crise sanitaire, de nouvelles méthodes de travail sont apparues comme, par exemple : le développement du télétravail ou une utilisation accrue des réunions à distance. Les salariés ont pu apprécier le gain de temps découlant de la réduction des déplacements de leur domicile à leur lieu de travail. D'autres ont souffert du manque d'interaction sociale, notamment avec des collègues de travail. Le tout ou rien ne sera pas de mise à la sortie de crise. En revanche, de nouveaux arbitrages seront à imaginer entre les salariés et leurs employeurs. Dans certaines activités, peut-être plus précisément de services, un pourcentage accru de salariés bénéficiera plus aisément qu'auparavant de journées de télétravail. Un salarié disposant de tous les outils nécessaires pour travailler efficacement chez lui, pourrait être trois jours sur site et deux jours en télétravail. Son efficacité n'en sera peut-être pas moindre, bien au contraire.

Le gouvernement a mis en place de nombreux mécanismes d'aides et un arsenal réglementaire pour éviter un grand nombre de faillites. Cependant, des entités n'ont pu survivre à la crise et des milliers de mètres carrés de surfaces de bureaux et autres commerces se sont indéniablement libérés. Les besoins en superficie de certaines entreprises sont moindres qu'initialement en raison du développement du télétravail. Un

⁹⁸ <https://www.arthur-loyd-lyon.com/actualites/l-impact-de-la-crise-sanitaire-sur-l-immobilier-d-entreprise>

nombre moins important de salariés se retrouve en même temps sur site qu'auparavant. Les prix d'achat de l'immobilier d'entreprise seront très probablement touchés.

Les techniques de recherche du preneur à bail commercial se modifient. Les professionnels adapteront les méthodes de négociation entre un bailleur et un candidat locataire. Les aspects financiers apparaissent comme les premiers concernés. Il est trop tôt pour se pencher sur des statistiques mais les loyers seront très probablement revus à la baisse. Le montant du loyer, prix du contrat de bail, fera l'objet d'âpres discussions. Une potentielle offre plus importante que la demande pourrait donc influencer sur une baisse des loyers. La répartition des charges et travaux entre le bailleur et le locataire⁹⁹ sera aussi au cœur des débats. L'indemnité de pas de porte ou droit d'entrée se rencontre plus rarement, en pratique. La crise sanitaire devrait accélérer la tendance à sa disparition. Le bailleur aura de plus en plus de mal à faire supporter à son locataire la prise en charge des taxes foncières afférentes aux lieux loués.

L'autorisation expresse de sous-location par le bailleur au profit du preneur à bail commercial serait un moyen souple en cas de modification du besoin de superficie de ce dernier ou de difficultés financières temporaires d'alléger la pression financière liée au règlement du loyer. Bien entendu, cette autorisation devra être bien encadrée quant à ses modalités de mise en œuvre.

Contre toute attente, l'entrepreneuriat se porte bien actuellement en France¹⁰⁰. De nombreuses structures ont vu le jour pendant la crise. Une *start-up* inclura dans son *business-plan* ce que sera son activité, si une nouvelle crise de ce type se

⁹⁹ Articles 605 et 606 du code civil.

¹⁰⁰ <https://www.insee.fr/fr/statistiques/5016913>

produisait à nouveau. Les premières années pour développer une activité sont cruciales et le coût de l'immobilier d'entreprise est un poste important des dépenses de fonctionnement. Le choix du bail commercial pour débiter ne sera plus aussi évident que par le passé. En effet, le preneur à bail ne peut donner congé que tous les 3 ans,¹⁰¹ ce qui peut sembler lourd de conséquence pour une jeune entreprise. Le recours au bail précaire¹⁰² avec une promesse unilatérale de bail commercial à l'arrivée du terme semble une solution appropriée. Ce bail d'une durée maximale de trente-six mois permet à chacun de garder sa totale liberté. En effet, le bénéficiaire d'un bail précaire ne bénéficie pas du droit au renouvellement comme en matière de bail commercial. En cas de difficultés, le locataire pourrait en « sortir » plus aisément. Les locaux loués sont immédiatement « indisponibles » pour le propriétaire-bailleur. En effet si le locataire ne lève pas l'option, le bailleur récupérera son local libre de toute occupation à l'arrivée du terme du bail précaire. Prévoir, dès la signature de ce premier contrat, une promesse unilatérale de bail commercial par le bailleur permet de sécuriser la jouissance des lieux au profit du locataire dans le temps. A l'arrivée du terme du bail précaire, le locataire peut lever l'option et donc bénéficier d'un bail commercial dans un second temps. Il faudra veiller à bien indiquer les conditions du bail à venir.

La crise sanitaire en raison d'une réglementation dédiée et d'une jurisprudence spécifique a donc des conséquences non négligeables dans le cadre de la rédaction des clauses d'un contrat de bail commercial.

¹⁰¹ Article L145-4 du code de commerce

¹⁰² Article L145-5 du code de commerce. Le bail dérogatoire est un contrat de courte durée de location de locaux utilisés pour l'exploitation d'un fonds de commerce ou artisanale. De ce fait, le bailleur et le locataire ne sont pas tenus de s'engager sur une longue période. Et le locataire ne bénéficie pas du droit au renouvellement. Ce bail n'est pas soumis aux règles applicables aux baux commerciaux.

B- Quant à la rédaction du contrat

La rédaction du bail commercial est impactée, d'ores et déjà, par la crise sanitaire actuelle. La sécurisation du contrat et l'anticipation des conflits entre les parties sont au cœur des problématiques traitées par les professionnels du droit. Certes la jurisprudence *post-Covid* n'est pas encore stabilisée mais nous pouvons d'ores et déjà formuler des pistes de réflexion.¹⁰³

D'une part, le contrat de bail peut viser une clause dérogeant expressément aux dispositions de l'article 1218 du Code civil et imposant l'exécution du contrat malgré la survenance d'un cas de force majeure. En présence d'une telle clause dérogatoire, la demande du preneur ne pourrait prospérer devant le juge. Sa rédaction se doit d'être minutieuse. Les assurances ne couvrent pas ce type de sinistre. Il sera opportun de vérifier à ce que les contrats souscrits auprès des compagnies couvrent les risques liés à une pandémie. L'identification des risques et des cas de force majeure est essentielle. Ici, ces cas devraient alors inclure la présence du virus qualifié de pandémie par les autorités, d'une épidémie atteignant tel ou tel stade, voire d'un confinement ordonné par les autorités et se prolongeant au-delà de telle ou telle date. Il pourra être organisé un cadre d'adaptation de l'exécution du contrat, suite aux justificatifs apportés par la partie victime de ce cas de force majeure.

En sus de cette clause, nous verrons apparaître dans les baux commerciaux des articles spécifiques traitant des conséquences financières en cas de crise sanitaire : étalement de la dette...

¹⁰³ A. Denizot, Covid-19 : entre droit de la peur et peur du droit. RTD civ. 2020. p. 703

D'autre part, le mécanisme de l'imprévision¹⁰⁴ peut faire l'objet d'aménagement conventionnel.¹⁰⁵ L'imprévision désigne la situation dans laquelle un contrat est déséquilibré par un changement de circonstances qui n'était pas prévisible lors de sa conclusion, la partie qui en est victime peut demander à son cocontractant de renégocier le contrat. En cas d'échec de la renégociation, les parties peuvent décider de la résolution du contrat ou saisir le juge afin qu'il procède à sa révision ou à son anéantissement. Notons que ce concept peut être considéré, comme non applicable, au statut des baux commerciaux par la jurisprudence.¹⁰⁶ Quoi qu'il en soit, les parties peuvent même l'exclure par une clause expresse.

Enfin, le principe de bonne foi¹⁰⁷ et, dans son prolongement le principe de loyauté dans l'exécution des relations contractuelles, peuvent faire l'objet d'aménagements contractuels. C'est depuis l'adoption de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, que ces principes ont été renforcés comme principes généraux du droit des contrats. Le notariat en droit immobilier a intégré des clauses traitant de ces points. Il apparaît donc essentiel de développer cela dans le cadre de la rédaction du bail commercial, suite à la crise Covid-19. Les rappeler est une chose, mais encore faut-il que les parties les appliquent ! Le bail commercial initial peut dédier divers articles au rappel de la négociation de bonne foi dudit contrat, en rappelant les étapes et faits importants de la phase des pourparlers.

¹⁰⁴ Article 1195 du code civil

¹⁰⁵ F. Kandarian, Le droit des contrats civils et du bail commercial en temps de crise : l'exemple du Covid-19, RTD com.2020. p 265

¹⁰⁶ Versailles. 12 déc. 2019 n°18/07183 : « Les dispositions générales de l'article 1195 du code civil devraient être écartées au profit du statut spécial des baux commerciaux »

¹⁰⁷ Article 1104 du code civil

Enfin, les modes alternatifs de résolution des conflits comme la négociation, la médiation ou l'arbitrage sont essentiels. La médiation¹⁰⁸ est de plus en plus un préalable nécessaire ou obligatoire à la saisine d'une juridiction. La clause d'arbitrage¹⁰⁹ apparaît de plus en plus dans les baux commerciaux.

* * *

Pour conclure, il est utile de rappeler qu'en droit des obligations, le principe est que : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ». ¹¹⁰ La crise sanitaire découlant du virus Covid-19 aura des répercussions pérennes sur nos vies mais également en droit des baux commerciaux. Ignorer les conséquences de cette crise sanitaire serait néfaste à la sécurité juridique d'une relation contractuelle à long terme sur un bien immobilier. Il est donc nécessaire d'adapter les contrats et surtout leur exécution à des événements nouveaux aujourd'hui, mais qui pourraient se reproduire dans un avenir plus ou moins proche. Trouver un équilibre entre les attentes et les besoins d'un bailleur et de son locataire est une démarche ténue. Les professionnels du droit doivent s'y atteler.

L'anticipation en matière contractuelle est un élément important de nos pratiques de rédacteurs et rédactrices de contrats. Le juge sera tenu en principe, à l'application des clauses négociées et acceptées par les parties lors de la négociation et la signature d'un bail commercial.

Le bail commercial est un contrat, qui n'est pas figé dans le temps. Le moment du renouvellement du bail commercial permet d'adapter les relations contractuelles aux nouveaux textes

¹⁰⁸ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation et de réforme de la justice

¹⁰⁹ Convention par laquelle des parties à un contrat consentent à soumettre leur différend à un arbitre, en cas de litige futur

¹¹⁰ Article 1103 du code civil

mais aussi à l'évolution de son environnement global. Cette étape ne doit pas se réduire uniquement à la renégociation du loyer, comme nous l'avons constaté trop souvent par le passé.

Bibliographie indicative :

- Textes :

Articles 695, 606, 1103, 1134-3, 1195, 1218, 1343-5 et 1722 du code civil

Articles L 145-5, L 145-5 et L 154-41 du code de commerce
Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation et de réforme de la justice

Déclaration conjointe MOT OMS, 27.fev. 2020

Ordonnance n° 2020-316 du 25 mars 2020, JORF du 30 mars 2020, suivie de l'ordonnance n° 2020-427 du 15 avril 2020

Loi n°2020-473 du 25 avril 2020, art. 3, JORF 26 avril 2020

Loi n°2020-1379 du 14 nov. 2020, JORF du 15 novembre 2020

- Articles :

A. Confino, le sort des loyers des entreprises au regard des textes d'urgence sanitaire. D. act, 30 mars 2020

A. Denizot, Covid 19 : entre droit de la peur et peur du droit. RTD civ. 2020. p 703

P. De Plater, « Le bail commercial, la bonne foi et le juge face à la pandémie » D. act. 26 mars 2021

C. Grimaldi, La force majeure invoquée par le créancier d'exercer son droit. D. 2009. p 1298

F. Kandarian, Le droit des contrats civils et du bail commercial en temps de crise : l'exemple du Covid-19, RTD com. 2020. p 265

- Jurisprudence :

Paris, 25 sept. 1996, n° 1996/08159

Cass. ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11-168 publié au bulletin 2006 n°5 p 6 et D. 2006. 1577, obs. I. Gallmeister

Nancy, 22 nov. 2010, n° 09/00003

Besançon, 8 janv. 2014, n° 12/0229

Cass.com. 16 sept. 2014 n°13-20.306 F-PB : RJDA 12/14 n° 886

TJ Paris. 26 octobre 2020 n°s 20/53713 et 20/55901,

RJDA 2/21 n°72

Grenoble, 5 nov. 2020 n° 16/04533: RJDA 5 /21 n°292

Versailles,12^e ch., 6 mai 2021, n°19/08848

Paris, 12 mai 2021 n° 20/140949

Versailles,12^e ch., 6 mai 2021, n°19/08848

L'intérêt paradoxal de rester actionnaire minoritaire d'une entreprise après son acquisition

Hubert de LA BRUSLERIE¹¹¹

I- Introduction

L'acquisition d'une entreprise cotée ou non cotée est un évènement historique qui introduit une rupture fondamentale dans sa stratégie et dans les ressorts de son développement. Le fait nouveau est simple : un nouvel actionnaire prend le contrôle d'un ensemble d'actifs économiques existants et va remodeler leur projet de développement.

Les acquisitions à finalité de contrôle s'accompagnent donc d'un objectif stratégique qui s'articule sur les actifs de la cible acquise pour les intégrer dans une nouveau projet économique créateur d'un supplément de valeur.

¹¹¹ Chargé de cours à la FACO, Doyen de la FACO, Agrégé des Facultés en Sciences de Gestion, Expert près la Cour d'Appel de Paris. La présente contribution est un extrait des bonnes feuilles d'un article intitulé « Faut-il rester minoritaire dans une entreprise après son acquisition ? Oui, si l'entreprise crée de la valeur (ce qui est évident) et s'endette (ce qui l'est moins) » plus complet, à paraître dans Gestion 2000, 2021

Les acquisitions visent à prendre le contrôle d'une entreprise cible sans pour autant racheter la totalité des capitaux propres. **La question est donc celle de la présence ou non de minoritaires après l'opération d'acquisition.** Cette question se pose et n'est pas naïve. Une réponse sous forme de fausse généralité, du type « petits minoritaires petits nigauds, grands minoritaires grands nigauds », ne suffit pas. L'objet de cet article est de montrer qu'il ne peut être apporté de réponse sous forme d'a priori. Le choix d'anciens actionnaires, qui étaient souvent des groupes familiaux et des contrôlants dans le cas de PME, et qui deviennent des minoritaires associés avec un nouvel entrant majoritaire, est complexe et délicat. La raison en est que la structuration stratégique d'un actionnariat se déroule toujours dans le contexte d'une création de valeur future qui découle justement d'un nouveau projet économique mis en œuvre par le nouvel arrivant (La Bruslerie et Gueguen, 2019).¹¹² C'est là la variable essentielle qu'il faut analyser et qui est la première clé de la réponse. Le second élément à considérer est que la question d'un nouvel équilibre actionnarial avec d'éventuels minoritaires suppose trois choses :

- l'acceptation du nouveau majoritaire d'avoir des minoritaires et de partager (tout ou partie) des gains avec ces derniers,
- l'accord des anciens actionnaires de rester dans l'entreprise plutôt que de profiter d'une possibilité de sortie¹¹³

¹¹² La Bruslerie, H. and Gueguen, S. "Creditor's holdup, releveraging, and the setting of private appropriation in a control contract between shareholders" (September 3) (2019). Available at: <https://ssrn.com/abstract=3447280> and <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3447280>

¹¹³ Reconnue légalement par les dispositions d'égalité de traitement introduite dans les droits européens suite à la Takeover Bid Directive 2004/25/EC adoptée en 2004 par l'Union Européenne.

- l'existence d'une certaine communauté d'intérêts partagés entre le nouveau majoritaire et les anciens actionnaires devenus minoritaires.

Rien n'est donc mécaniquement déterminé dans les comportements des uns et des autres. La confiance est évidemment un levier puissant dans la coordination des actions humaines en général, et économiques en particulier. On ne peut cependant partir d'un présupposé optimiste de confiance, ou pessimiste de défiance absolue. Les conflits d'intérêt, les divergences même partielles d'objectifs, peuvent introduire des comportements optimisateurs par exemple où le majoritaire va privilégier le transfert de valeur à son profit et faire supporter des coûts d'agence aux autres parties prenantes de l'entreprise.

Les développements qui suivent cherchent à établir les conditions de réalisation d'un équilibre acceptable entre le majoritaire, dirigeant économique de la société-cible acquise, et les minoritaires qui acceptent de rester actionnaires en se sachant exposés à un risque de gouvernance. La voie de solution est la mise en œuvre de mécanismes régulateurs bilatéraux qui peuvent, dans certains cas mais pas dans tous, se traduire par une police des comportements. Cependant la réponse ne doit pas être naïve : il faut reconnaître que le contrôlant effectue un travail économique spécifique qui consiste en la mise en œuvre d'un projet nouveau potentiellement créateur de valeur économique. Ce travail doit être rémunéré par ce que l'économiste appelle une rente de contrôle ou des bénéfices privés.

Toutefois pour définir une situation équilibrée entre les deux parties, il faut limiter l'appropriation excessive de bénéfices privés. C'est à ce niveau qu'intervient l'endettement qui va faire peser sur les actionnaires, et tout particulièrement sur le nouveau contrôlant majoritaire, une pression pour révéler et capturer effectivement un potentiel de création de valeur.

II- Éléments de littérature

Cette préoccupation se situe au carrefour de deux conflits d'agence bien identifiés et de deux courants de la littérature financière sur la structure du capital. Les conflits d'agence sont respectivement le conflit entre actionnaire(s) majoritaire(s) et actionnaires minoritaires (La Porta et al., 1998, 1999, 2000) et le conflit d'agence plus traditionnel entre les actionnaires/managers, d'une part, et les créanciers, d'autre part.¹¹⁴ Ces deux conflits ont été analysés séparément avec pour le premier l'identification de la variable clé de bénéfices privés ou de sur-rémunération de l'actionnaire contrôlant. Le conflit actionnaires-créanciers est plus ancien et renvoie à la possibilité de transfert de valeur des créanciers vers les actionnaires lorsqu'il y a par exemple substitution d'actifs et ré-endettement massif (Jensen et Meckling, 1976).¹¹⁵ La dette apparaît donc comme un outil de régulation compliqué car c'est à la fois un outil d'expropriation mais aussi un outil disciplinaire qui retire de la flexibilité aux dirigeants (Jensen 1986).¹¹⁶ Il faut tenir compte de ce rôle double. Les deux conflits d'agence sont en fait à analyser conjointement dans un équilibre à trois parties : contrôlant-minoritaires-créanciers. C'est pour cela que, dans la suite, nous ne pouvons ignorer les créanciers historiques de l'entreprise, d'autant plus qu'en cas de faillite, ils possèdent un droit sur l'ensemble des actifs économiques de l'entreprise.

¹¹⁴ La Porta R., Lopez-de-Silanes F., Shleifer A., and Vishny R. "Legal Determinants of External Finance". *Journal of Finance* 52 (1997): 1131-1150; La Porta R., Lopez-de-Silanes F., Shleifer A., and Vishny R. "Law and Finance". *Journal of Political Economy* 106 (1998): 1113-1150; La Porta R., Lopez-de-Silanes F., Shleifer A, and Vishny R. "Investor Protection and Corporate Valuation". *Journal of Finance* 57 (2002): 1147-1170

¹¹⁵ Jensen M., Meckling W. "Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs, and Ownership Structure". *Journal of Financial Economics* (1976), vol. 3: 305-60

¹¹⁶ Jensen M. "Agency Costs of Free Cash Flow, Corporate Finance and Takeovers". *American Economic Review* (1986), vol. 76: 323-329

Le rôle de la dette renvoie à la littérature sur la structure du capital de l'entreprise. Deux grands courants la dominent. Historiquement l'approche de Modigliani et Miller (1958, 1963) est que les décisions de financement et d'investissement doivent être séparées.¹¹⁷ La seule raison pour que la structure du capital affecte la valeur de l'entreprise est la présence de tiers extérieurs : l'Etat, qui, par les impôts, favorise la déductibilité des intérêts, les couts de transaction et les couts de liquidation en cas de faillite (Leland, 1994, 1998).¹¹⁸ Jensen et Meckling (1976) contestent cette approche d'indépendance de la structure financière avec les choix d'investissement et la rentabilité des actifs de l'entreprise. Des comportements d'appropriation et des transferts de valeur sont possibles des créanciers vers les actionnaires. De nombreux travaux montrent que les mécanismes d'incitation influencent la rentabilité de l'entreprise (Lambrecht and Myers, 2008 ; He, 2011).¹¹⁹ L'exemple des contrats de stock-options l'illustre. Les phénomènes de transfert de valeur vers les créanciers s'effectuent d'ailleurs à deux sens. Jensen et Meckling (1976) le reconnaissant de même qu'ils reconnaissent avoir privilégié dans leur analyse les possibilités d'extraction de valeur des créanciers vers les actionnaires. Dans une note de bas de page de leur article ils signalent qu'ils ne prennent pas en considération le cas symétrique par lequel "*bondholders (...) can force management to take actions which would transfer wealth*

¹¹⁷ Modigliani, Franco, and Merton Miller, "The cost of capital, corporation finance and the theory of investment", *American Economic Review* (1958), vol.48, 267–297; Modigliani, Franco, and Merton Miller, "Corporate income taxes and the cost of capital: A correction", *American Economic Review* (1963) vol.53, 433–443.

¹¹⁸ Leland H. "Corporate Debt Value, Bond Covenants, and Optimal Capital Structure". *Journal of Finance* (1994), vol.49(4): 1213-1252; Leland, Hayne E., "Agency costs, risk management, and capital structure", *Journal of Finance* (1998), vol. 53, 1213–1243

¹¹⁹ Lambrecht B., Myers S., "Debt and Managerial Rents in a Real-options Model of the Firm," *Journal of Financial Economics* (2008), vol.89: 209-231; He Z. "A Model of Dynamic Compensation and Capital Structure," *Journal of Financial Economics* (2011), vol. 100: 351-366

from the equity holder to the bondholders (...). One can easily construct situations where such actions could make the bondholder better off, hurt the equity holders, and actually lower the total value of the firm". Ils reconnaissent que leur choix ignore le fait que les créanciers sont « en surplomb », prêts à capturer en priorité la création de valeur qui peut résulter d'un investissement. Ce phénomène de « *debt overhang* » (Myers, 1977 ; He 2011) ou de « *creditors' holdup* » (La Bruslerie, 2016) est particulièrement sensible lorsque de nouvelles possibilités de création de valeur ou de gains de synergies apparaissent suite à un événement exogène.¹²⁰ C'est notamment le cas lorsqu'il y a acquisition et prise de contrôle. La littérature sur la dynamique de la structure du capital évolue d'ailleurs vers le sens des conflits d'agence en intégrant les diverses formes de relations, d'agence (Morellec et al., 2012 ; La Bruslerie et Gueguen, 2019).¹²¹

III- Les attentes

On situe le propos dans le cas d'une prise de contrôle par un nouvel actionnaire dirigeant. Ce qui conduit les actionnaires sortants à se positionner entre la sortie pure et simple du capital ou le maintien dans l'entreprise avec le statut de minoritaires, tout en sachant que l'acquisition et la prise de contrôle signalent l'existence d'un potentiel de création de valeur jusqu'ici inexploité ou mal exploité. Le minoritaire n'est pas naïf, il sait que le nouveau contrôlant est incité à s'approprier de diverses manières (ne serait-ce que par émission d'actions à prix de faveur

¹²⁰ Myers S.C., "Determinants of corporate borrowing", *Journal of Financial Economics* (1977), Vol. 5(2), p. 147-175; He Z. op. cit.; La Bruslerie, H. de, "Does Debt Curb Controlling Shareholders' Private Benefits? Modelling in a Contingent Claim Framework". *Economic Modelling* 58 (2016): 263-282

¹²¹ Morellec E., B. Nikolov, N. Schurhoff "Corporate governance and capital structure dynamics", *Journal of Finance* (2012), vol. 67(3), 803-848; La Bruslerie et Gueguen (2019) op. cit.

avec renoncement au droit de souscription) une part plus que proportionnelle de la richesse future. Les créanciers sont « en surplomb » et savent qu'ils sont les premiers à bénéficier d'un surcroît de richesse qui va diminuer leur risque de défaut et sécuriser leurs créances. Les actionnaires majoritaires et minoritaires le comprennent bien et n'ont pas envie de se voir confisquer une partie de la valeur nouvelle par les prêteurs en place. Le jeu est donc complexe.

A- **Au départ, est la création de valeur**

La création de valeur est une hypothèse présumée dans une opération d'acquisition. C'est l'objectif que recherche l'acquéreur rationnel. Tel est le cas du dirigeant qui agit au mieux des intérêts de ses actionnaires. A défaut, il satisfait peut-être son ego (notion d'hubris, Roll, 1986), mais il dilapide les capitaux de ses actionnaires ou les siens s'il s'agit du dirigeant-proprétaire de l'acquéreur.¹²² Or l'évaluation de la création de valeur ex ante lors du lancement de l'acquisition est très difficile car il s'agit de projets de long terme dont le contenu économique recouvre des gains de synergie, et des avantages stratégiques qui sont difficiles à quantifier au départ. L'acquéreur possède une information interne et non divulguée sur ce qu'il souhaite mettre en œuvre. Il peut évaluer les gains futurs de synergie ou autres parce qu'il connaît les mesures qu'il mettra en œuvre. Cela reste une évaluation sachant qu'au-delà de l'estimation des gains de synergie annuels, il y a aussi la question de leur montée en puissance et celle de leur pérennité. Les vendeurs, c'est à dire les actionnaires de la cible, sont en situation d'asymétrie d'information : ils connaissent mieux que l'acquéreur la cible

¹²² Roll R., « The hubris hypothesis of corporate takeover », *Journal of Business* (1986) vol 59(2) p.197-216

dans son projet économique actuel. Mais ce dernier sera remis en cause. Même connue en interne, l'information n'est pas toujours divulguée ou l'information divulguée n'est pas toujours crédible. Les montants des gains de synergie qui sont affichés ou dévoilés au cours de la négociation ont un caractère opportuniste ou biaisé. La volonté de peser sur le processus d'acquisition et de conditionner les actionnaires de la cible pour les forcer à agir dans un sens déterminé est connue (La Bruslerie, 2012).¹²³ Les actionnaires de la cible ne sont pas naïfs et ont conscience de l'existence d'une asymétrie d'information et du fait que la communication de l'acquéreur vise à réussir l'opération selon ses propres objectifs :

- un acquéreur qui veut prendre le contrôle à 100% de la cible poussera vers une offre en « cash » et annoncera des gains de synergie modestes de telle sorte que le prix offert apparaîtra comme une sortie très intéressante.
- inversement, si l'acquéreur veut limiter le montant investi au minimum qui lui donnera le contrôle, il poussera les actionnaires de la cible à rester en place en tant que minoritaires en leur faisant miroiter des gains de création de valeur importants. De plus s'il souhaite minimiser le coût décaissé pour l'acquisition, il utilisera davantage le paiement par émission de titres.

Dans ces conditions les actionnaires de la société cible apparaissent démunis. Ils font face à une incertitude en termes d'information sur le potentiel de création de valeur futur et en plus après l'acquisition, ils n'ont plus le contrôle de la gestion de leur ex-entreprise. La solution la plus simple est le repli total en évitant de partager le risque économique avec un acquéreur qui poursuit des objectifs propres. Le vendeur réclame alors un

¹²³ La Bruslerie H. de, "Corporate acquisition process: Is there an optimal cash-equity payment mix?", *International Review of Law and Economics* (2012) vol. 32, p. 83-94.

paiement cash pour la totalité des titres. Ce choix se justifie d'un point de vue financier car le vendeur cherche souvent à réallouer son patrimoine et à limiter les risques. Rester dans l'entreprise en tant qu'actionnaire minoritaire est un choix risqué car la position du majoritaire le met en position pour réaffecter le cash-flow de la cible acquise au sein de son groupe avec des possibilités de circulation du profit entre entités. C'est le choix du « *Take the money and leave* ».

Pour l'actionnaire minoritaire qui veut éviter un choix trop simple qui serait un par défaut, il faut pouvoir répondre à la question : comment appréhender le potentiel réel de création de valeur dans un jeu de négociation avec l'acquéreur qui, de plus, possède la maîtrise de l'information ? Nous verrons par la suite qu'il existe une possibilité de réduire l'incertitude en demandant au contrôlant potentiel de mettre en place un ré-endettement de la société cible.

**B- Situation de l'acquéreur :
Prise de contrôle à 100% ou
prise de contrôle partielle ?**

Le majoritaire n'a pas toujours intérêt à accepter des minoritaires. Une prise de contrôle totale offre les avantages suivants :

- possibilité de gérer et de contrôler les actifs de la société acquise sans limites et sans couts.¹²⁴
- pas de contestation interne.
- en cas de maintien d'un véhicule juridique, faible risque juridique en particulier si la société acquise est non cotée.

¹²⁴ Autres que les limites légales de droit commun.

- possibilité d'une affectation opaque des flux au sein du groupe en cas de fusion pure et simple. Cela explique d'ailleurs pourquoi les acquisitions sont souvent suivies d'opérations de sorties obligatoires des minoritaires (ou *squeeze out*).
- enfin et surtout la possibilité de capturer la totalité du potentiel de création de valeur.

La prise de contrôle avec le maintien de minoritaires présente les caractéristiques suivantes :

- possibilité d'une mise de fonds plus limitée avec seulement 50% du capital hors dette.
- existence d'un levier de contrôle avec un pouvoir économique total sur les actifs économiques de la cible grâce à la forme juridique de société de capitaux.
- mobilisation des avantages stratégiques liés à la personnalité du vendeur à qui il est proposé de rester au capital. C'est le cas lorsque la matérialisation des gains de synergie dépend de la présence active ou même passive des anciens dirigeants dans l'entreprise acquise. Le nouveau contrôlant a besoin pendant un certain temps de la participation des anciens actionnaires. C'est le sens des clauses de « *earn out* » ou des acquisitions en deux temps avec par exemple une première étape de prise de contrôle à 51% qui conditionne une deuxième étape d'acquisition complémentaire.

C- Rester minoritaire ou pas ?

Les arguments pour une sortie totale ont été identifiés :

- possibilité d'un paiement cash qui permet de réaliser la totalité du patrimoine investi par l'actionnaire de la cible

et de réallouer son patrimoine. C'est l'option de sortie totale qui est reconnue par la directive adoptée en 2004 par l'Union Européenne, à la totalité des actionnaires de la cible (uniquement si elle est cotée).

- possibilité de capturer une partie des gains de synergie potentiels de l'acquisition dans la fixation du prix d'acquisition.
- le processus de négociation se simplifie (« *take it and leave* ») et se concentre essentiellement sur la variable prix.
- en cas de cotation, c'est une occasion de retrait de la cote et de se placer dans un environnement de type « Private Equity ».

Les raisons pour un maintien partiel en tant que minoritaire sont inverses :

- Possibilité de profiter de la création de valeur ultérieure liée au projet économique de l'acquéreur.
- Possibilité de mettre en place une sortie partielle des anciens actionnaires qui peuvent graduer la volonté de réaliser le patrimoine investi et choisir la fraction de la prise de profit en espèces ou « *cash take out* ». C'est le cas si les actionnaires de la cible sont hétérogènes et veulent pour certains continuer à rester actionnaires alors que d'autres souhaitent sortir. Cela correspond, par exemple, à la situation d'actionariat familial de 2^{ème} génération ou de porteurs de blocs différents.
- La variable part du capital, ouvert au minoritaire, doit être définie dans le processus de négociation et permet de l'enrichir. C'est une possibilité de rémunération proche de celle d'un paiement en titres. La différence est que les actionnaires restent avec les titres de la cible et ne reçoivent pas les actions de l'acquéreur. Il y a ainsi

possibilité de choisir le numéraire en paiement (société-mère du groupe ou nouvelle filiale).

- Incitation à rester cotée en cas de cible cotée, et/ou à mettre en place des processus indépendants d'évaluation pour les cibles non cotées.
- Risque de bénéfices privés du majoritaire contrôlant.
- Exposition à des conflits d'agence et des risques de gouvernance dans la relation majoritaires/minoritaires.

IV- Les réponses

Il faut au départ présupposer qu'il existe un potentiel de création de valeur suite à l'acquisition ; il est dans l'intérêt joint du majoritaire et du minoritaire de le capturer à leur profit.¹²⁵ A défaut il faut vendre 100% du capital de l'entreprise cible. Ce gain doit être partagé : le vendeur n'a intérêt à rester minoritaire que s'il bénéficie d'une partie des gains ultérieurs de création de valeur. Rester minoritaire est donc une décision contre-intuitive qui ne se justifie que par des mécanismes de partage, de régulation et de verrouillage contre des transferts de valeur asymétrique.

A- Incitation du majoritaire contrôlant

Pour éviter un pur transfert de bénéfices privés au profit exclusif du majoritaire, il faut établir un contrat d'incitation qui conduit à révéler les gains de valeur au même niveau de mesure

¹²⁵ Il s'agit de la création de valeur additionnelle qui est au-delà du prix d'acquisition (ou prix d'offre) retenu pour réaliser la transaction qui intègre déjà une fraction de gains de synergie. Ce prix d'offre est lui-même en augmentation par rapport au prix de l'action avant l'annonce de l'acquisition. Pour les sociétés cotées il s'agit de la prime d'acquisition qui est souvent exprimée en pourcentage du dernier cours coté avant l'opération.

de performance pour le majoritaire et le minoritaire, c'est à dire au niveau du bénéfice net de l'entreprise. La tentation naturelle du majoritaire est l'appropriation de bénéfices privés « bruts » en amont, avant la révélation des bénéfices nets. Les mécanismes de circulation de valeur au sein d'un groupe sont nombreux (prix de transfert, facturation intra-groupe, frais de siège et prestations diverses...). La première condition est la mise en place d'un mécanisme d'incitation qui conduise le majoritaire à faire un effort de création de valeur qui soit rémunéré sous forme de bénéfices ou d'actions supplémentaires (He, 2011 ; La Bruslerie, 2016 ; La Bruslerie et Gueguen, 2019). Une part supplémentaire du capital en plus du capital initial est offerte au majoritaire par le minoritaire. La mise en forme juridique peut être très diverse : stock-options, bons de souscription d'action à prix de faveur, ou ce qui revient au même, clause d'« earn out » avec possibilité de révision de la quotité de capital achetée/vendue.

L'existence d'un potentiel de création de valeur suite à l'acquisition pose un préalable : le nouveau majoritaire a-t-il intérêt à partager le gain de valeur ? La réponse a priori est simple : elle est négative. Plus le potentiel de création de valeur est important, moins le majoritaire a intérêt à s'associer avec des minoritaires qui vont venir en prélever une partie. C'est la raison pour laquelle les minoritaires vont rémunérer spécifiquement le majoritaire en lui abandonnant une part plus que proportionnelle de cette création de valeur. Les bénéfices privés abandonnés sont le droit d'accès des minoritaires à un potentiel de création de valeur initié par le nouveau contrôlant. Cependant toutes choses égales, il faut s'attendre à ce qu'un accord de partage de valeur post acquisition minoritaire/majoritaire va être d'autant plus rare que le potentiel de création de valeur est élevé.

B- Le rôle de la dette et le ré- endettement

Une donnée importante de la négociation de la présence de minoritaires au capital de la société acquise est sa dette. Son rôle est trop souvent ignoré alors que les créanciers historiques de la société acquise sont les premiers bénéficiaires de la mise en place d'un processus de création de valeur.

Or la dette est toujours présente dans les opérations de capital-développement, de M&A ou de PE, qui se traduisent toutes par un endettement assez élevé. C'est pourquoi on considère ici la situation d'une société cible déjà endettée avec un niveau de dette en valeur économique (c'est à dire incluant le risque de crédit corporate) à peu près égal à la valeur des capitaux propres telle qu'elle résulte du processus d'évaluation. Dis autrement, on part d'un levier initial de l'ordre de x1.

Une entreprise-cible déjà endettée va faire bénéficier ses créanciers historiques d'un véritable transfert de valeur indu en cas de mobilisation de synergie et de création de valeur. Celui-ci viendra en moins du profit des actionnaires.

Les actionnaires majoritaires et les éventuels minoritaires peuvent donc se trouver dans une éventuelle conjonction d'intérêts en limitant le transfert au profit des créanciers historiques appelé « *creditors' holdup* » dans la littérature financière (Myers, 1977 ; La Bruslerie et Gueguen, 2019). L'objectif commun est la capture et la répartition (asymétrique, et donc inégale, mais uniquement entre eux) de la création de la valeur économique générée par le nouveau contrôlant incité convenablement.

L'objectif commun de limiter le transfert de valeur vers les créanciers est mis en œuvre dans le cadre de choix ré-

endettement (ou « releveraging »). Cette décision est cruciale car le ré-endettement se traduit par une diminution relative des capitaux propres et donc un flux au profit des actionnaires par le biais de dividendes exceptionnels, de rachat d'actions ou de remboursement de capital (Gosh et Jain, 2000 ; Shivdasani et Zak, 2007; Jandik et Lallemand, 2017 ; La Bruslerie et Enache, 2020).¹²⁶

La politique d'endettement et de circulation des flux est donc cruciale après acquisition. Elle doit bien évidemment être licite et ne pas être exposée au risque juridique de pillage des actifs de la société cible par ses actionnaires. Le « releveraging » ici est la monétisation de la création de valeur future. L'endettement induit un risque financier de faillite. La probabilité de faillite augmente avec le levier dans les modèles structurels d'endettement corporate. A cela se combine le fait que la défaillance de paiement entraîne des coûts irréversibles de liquidation /redressement. Ces coûts sont souvent estimés au départ à 30% de la valeur des actifs économiques.

Le sur-bénéfice incitatif versé au majoritaire correspond à des bénéfices « privés » au sens où le minoritaire s'en prive pour la mise en œuvre d'un processus de création de valeur. Le ré-endettement mis en œuvre par le majoritaire permet ainsi au minoritaire d'obtenir un remboursement partiel de l'incitation et des bénéfices privés qu'il abandonne au majoritaire. Cela ouvre la voie à un accord possible. Rien n'est cependant gagné dès le départ et il existe des conditions pour une convergence.

¹²⁶ Gosh, A. and Jain, P. "Financial leverage changes associated with corporate mergers?" *Journal of Corporate Finance* (2000), vol. 6(4), 377–402; Shivdasani A., A. Zak. "The return of the recap : Achieving private equity benefits as a public company", *Journal of Applied Corporate Finance* (2007), vol.19(3): 32-41; Jandik, T. and Lallemand, J. "Do capital structure adjustments by takeover targets influence acquisition gains?" *Financial Review* (2017), vol. 52(2), 171–198.; La Bruslerie, H. de and Enache, L., Working paper presented at The Canadian CAR conference (2020)

Le vendeur n'est pas obligé de rester au capital en tant que minoritaire. Par définition d'une acquisition il bénéficie d'une logique de sortie en cas de prise de participation. C'est une obligation légale en cas de cotation. C'est une contrainte en cas de prise de contrôle avec des clauses de rachat obligatoire (« *squeeze out* ») ou rachat forcé du minoritaire (« *sell out* »). Le majoritaire sait que le minoritaire n'est pas obligé de participer au jeu !

Des simulations montrent que la participation de minoritaires ne peut s'envisager que dans le cas d'un actionnariat majoritaire de 50 à 70% du capital. La société cible doit nettement se réendetter avec des niveaux de leviers à atteindre de x1,5, voire de x2. Le surcroît de dette est un outil régulateur et incitatif à destination du majoritaire qui fera le maximum pour éviter le défaut et la perte de son investissement. Le majoritaire qui accepte ce schéma émet un signal positif sur sa capacité à supporter le poids de la dette et le risque de la faillite.

Une participation faible de 10% offerte aux minoritaires est un signal difficile qui prête à précaution. Il y aurait au-delà un risque d'appropriation privée excessive et de rente de contrôle. Le schéma de « petit » minoritaire n'est pas celui d'une convergence possible.

V- En résumé

Le vendeur d'une société est incité à rester minoritaire si les perspectives de création de valeur sont importantes sous réserve que puissent être mis en place des mécanismes contractuels et financiers adaptés.

Ces mécanismes contractuels sont d'abord la négociation d'un « paquet » incitatif au profit du nouveau majoritaire qui lui permette de capturer une part plus que proportionnelle de la

création de valeur. Les outils sont connus : stock-options, Bons de Souscription d'Actions à prix d'exercice faible, Emissions d'actions réservées... En l'absence de mécanismes de rémunération par bénéfices privés, le contrôlant n'est absolument pas intéressé à ouvrir le capital à une cohabitation avec des minoritaires.

Le second mécanisme régulateur est le rehaussement de la contrainte d'endettement pour qu'un risque financier augmenté constitue une limite à la fois disciplinaire et incitative au niveau du contrôlant. L'acceptation de l'endettement plus élevé est un signal sur la capacité de l'acquisition à créer de la valeur économique future. Un défaut d'acceptation d'une politique financière plus endettée signale en fait un projet d'acquisition insuffisamment créateur de valeur.

Le ré-endettement permet aussi à l'actionnaire minoritaire de percevoir un transfert de richesse des créanciers historiques de l'entreprise qui vient compenser l'accord de bénéfices privés incitatifs au contrôlant.

Space Law and Inequalities at the dawn of the 3rd Millennium

Sirio ZOLEA¹²⁷

Résumé

Cet article analyse comment le droit et les politiques concernant l'exploration et l'exploitation de l'espace extra-atmosphériques font face aux enjeux de l'égalité entre les Etats et entre les peuples. On approfondit particulièrement cela par rapport aux traités historiques en matière d'espace, notamment le Traité de l'espace (1967) et le Traité sur la Lune (1979). On aborde aussi les législations nationales récentes des Etats-Unis et du Luxembourg, qui attribuent à des privés des droits sur les ressources extra-terrestres qu'ils ont extraites, ainsi que les accords internationaux Artemis (2020), par lesquels les Etats-Unis et leurs alliés se coordonnent pour un projet d'exploration et d'exploitation des objets célestes, à partir de la Lune. Il est essentiel, pour la poursuite d'une exploration pacifique de l'espace, que ces accords soient appliqués dans le respect scrupuleux du cadre des traités internationaux multilatéraux, qui devraient probablement être mis à jour, mais toujours en mettant

¹²⁷ Postdoctoral researcher (University of Macerata), lecturer (University of Teramo). Le Dr Zolea est visiting scholar à l'Université de Paris et à la FACO pour l'année académique 2021-22. , visiting scholar (University Paris-FACO).

au centre les principes de collaboration et d'égalité qui ont inspiré le développement du droit de l'espace.

Introduction¹²⁸

This paper aims to analyze how outer space law and policies meet the issues of equality, as in fact the approach to the fundamental choices in the space field is not at all strategically neutral from the point of view of the inequalities. First of all, there are important inequalities between states – what I am going to analyze in this paper – : traditional space powers (USA, Russia, etc.), rising space powers (China, India, etc.), other countries with certain space capabilities, often in the framework of international collaborations (such as many European countries), and, lastly, countries with very limited space capacities or no space capacities, which is the case of most of third-world countries. Furthermore, the modalities of access to the space can also affect social relationships within the states, depending on the way and to what extent the proceeds arising from the future exploitation of space resources – and from the technological developments due to space industry – will be redistributed, and also depending on the public (i.e. theoretically aiming to the general interest) or private hegemony in the national space industry.

¹²⁸ This working paper has been presented at the online International Research Symposium “The Technological Challenge and the Law”, organized by the University of Santiago de Compostela, the 18 June 2021.

I - Spaces Treaties and Inequality Issues

A- The Outer Space Treaty (1967)

The Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies, of 1967, is the essential act of the whole space law¹²⁹, ratified by many countries, including the main space powers. It is inspired by humanistic ideas of coexistence and cooperation between the nations, and it affirms, on a base of equality between the states, principles such as free access, free use, free exploration and scientific investigation in outer space, including the Moon and other celestial bodies, whose exploration and use must be carried out only for peaceful purposes, for the benefit and in the interest of all countries, irrespective of their degree of economic or scientific development, and must be the province of all mankind¹³⁰. The Moon and other celestial bodies are also excluded from any form of national appropriation by claim of sovereignty, by means of use or occupation, or by any other means¹³¹.

The commercial exploitation of space resources, which did not seriously seem, at that time, a topical issue, is not clearly allowed nor clearly prohibited. Obviously, the question of private space activities did not concretely arise. The Treaty did not explicitly deal with these activities, even though they are undoubtedly concerned by the rule according to which the states

¹²⁹ For further insights about it, see P. Achilleas, S. Hobe (editors), *Fifty Years of Space Law/Cinquante ans de droit de l'espace*, Brill/Nijhoff, 2020.

¹³⁰ Art. 1.

¹³¹ Art. 2.

bear international responsibility for national activities in outer space, without distinction if they are carried out by public or private entities. For this reason, and not only for self-evident safety reasons, national laws and administrative procedures require complex authorization procedures, assessing the technical and budgetary sustainability of private space activities which, in the case of damages to the territories of other states, will fall into the international responsibility¹³² and liability¹³³ of the launching state.

Hence, what about the substantive content of the rules provided by such a treaty? Certainly, today, they testify to the passing of time and they show uncertainties, gaps and omissions only partially resolved by further space treaties, negotiated and drafted in the framework of the United Nations Committee on the Peaceful Uses of Outer Space. Other space treaties concern: the rescue of astronauts, the return of astronauts, the return of objects launched into outer space (1968), the international liability for damage caused by space objects (1972), and the registration of objects launched into outer space (1976). The increasing role of the private sector, now concerning all the space powers, in the use and exploration of the space, urgently raises the issues of new international agreements aiming to a better regulation of the legal regime of such use and exploration through the consensus of the international community, as it has been the case of the International Space Station legal framework¹³⁴.

Nevertheless, it is a good thing that the foundations of space law have been laid by that treaty, negotiated in a historical phase of expansion throughout the world of progressive and humanistic emancipation values, during the decolonization era. In fact, the rivalry and the conflict between the two blocks of the

¹³² Art. 6.

¹³³ Art. 7.

¹³⁴ Cf. F. G. von der Dunk, M. M.T.A. Brus, *The International Space Station. Commercial Utilisation from a European Legal Perspective*, Brill/Nijhoff, 2006.

Cold War imposed, even among many contradictions, a challenge to outdo each other, not only in technology, but also in the field of the values and of the prestige, in order to obtain or preserve a hegemonic position in the world, drawing over to their side the new States and keeping the traditional allies. Instead, if we had to write now the Magna Carta of space law, 30 years after in the Western approach of individualism, neoliberalism and ideology of the “End of History”¹³⁵, it is hard to imagine how much of these progressive, humanistic and pacifist elements could find a place in such a treaty. Actually, the reluctance, periodically re-emerging in the political and institutional debate in the US, to fully accept the Treaty of 1967 with all its consequences, clearly confirms its role as a bastion of multilateralism in space policies. Therefore, considering both the economic and the geopolitical importance of the space, it is clear how a multilateralist approach is the only real defense against the danger that space ambitions between nations and geopolitical blocks may escalate into an open military conflict, sinking in an abyss what we all should hope will remain one of the greatest hopes for a new phase of material and spiritual progress of mankind.

B- The Moon Agreement (1979)

It is important to refer that precisely the more progressive and cooperative elements of the above-mentioned Treaty were even more developed in the (maybe too much) forward-looking Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies, of 1979. It is the last of the space treaties sponsored by the United Nations and regrettably, to the present day, the less successful, which has never been signed, nor of course ratified, by most of the states with space capabilities,

¹³⁵ F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, Free Press, 1992.

despite of the support of the UN General Assembly. It is somehow the culmination, but also, with its fiasco, the evidence of the crisis, of the period of the space treaties of the 60s and the 70s. It significantly accommodates the claims of the emerging countries. The Agreement mostly points out and develops principles coming from the previous treaties: exploration and use of the space only for peaceful purposes, free scientific research, encouragement of an equal cooperation between states, international responsibility and liability of the states for national activities carried out on the Moon by both governmental and non-governmental entities. But, while recognizing the potential benefits arising from the exploitation of natural space resources, this treaty highlights the orientation of the exploration and use of the space, as a province of all mankind, toward the common good and the interests of all the countries, irrespective of their degree of economic or scientific development, taking into account the interests of present and future generations as well as the need to promote higher standards of living and conditions of economic and social progress and development in accordance with the Charter of the United Nations¹³⁶. The more remarkable rules of this treaty can be found in its article 11, which considers the Moon and its natural resources as a common heritage of mankind, with the consequence that the States Parties to the Agreement undertake to establish an international regime (which, actually, has not been effectively established) to govern the exploitation of the natural resources of the Moon as such exploitation is about to become feasible. The Treaty provides an international regime aiming, in brief, to the orderly and safe development of the natural resources of the Moon; their rational management; the expansion of opportunities in their use; an equitable sharing by all States Parties in the benefits derived from them, whereby the interests and needs of the developing countries, as well as the efforts of those countries which have contributed either directly or indirectly to the exploration of the

¹³⁶ Art. 4

Moon, should be given special consideration. A similar regime of common heritage of mankind – inspired by ideas of solidarity between developed and developing countries, as well as by ideas of intergenerational solidarity, between the people of today and the people of tomorrow – has been more successfully established by the Montego Bay United Nations Convention on the Law of the Sea, of 1982, with reference to the seabed and its subsoil, beyond the limits of national jurisdictions¹³⁷. The article 11 of the Moon Agreement also reaffirms and specifies that the Moon cannot be subject to national appropriation and that neither the surface, nor the subsurface, nor any part thereof or natural resources “in place” might become property of any state, international (intergovernmental or non-governmental) organization, national or non-governmental entity, or of any natural person. In this way, the private sector is finally taken in account. According to the Treaty, even though the states retain jurisdiction and control over their personnel, vehicles, equipment, facilities, stations and installations, their location on or below the surface of the Moon does not create a right of ownership over the surface or the subsurface.

The non-ratification of the Agreement by the main space powers shows that it was, perhaps, too far advanced to obtain the necessary general consensus. For example, the implication of setting aside a portion of the proceeds or of the mining activities, for the states with few or no space capacities for now, seems to have been unattractive to the countries having more invested in the space industry, wishing to the greatest financial return, as soon as possible, from their funding, and wishing to satisfy the interests of national private entities aiming to profit. The complex current legal regime of the Moon and other celestial bodies arises from this situation, according to which the principle of common

¹³⁷ S. Hobe *et alii*, *The 1979 Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies*, in S. Hobe *et alii* (editors), *Cologne Commentary on Space Law*, vol. II, Heymanns, 2013, p. 337

heritage of mankind may only be referred to the states having ratified the Moon Agreement, while for the other states the principle should apply of the surface and the subsoil of the celestial bodies as *res communes omnium*, implying the rule “first come first served”, that is a principle of freedom of the exploitation activities, so long as they are realized in compliance with the more successful Treaty of 1967. This difference between the two treaties is not just a technical question and it has an important political impact on equality issues, as the Treaty of 1967 evidences an approach mostly oriented to formal equality and commutative justice, while the Treaty of 1979 an approach mostly influenced by the ideas of substantial equality and distributive justice.

III - Spaces Treaties and Inequality Issues

A- The Outer Space Treaty (1967)

The Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, Including the Moon and Other Celestial Bodies, of 1967, is the essential act of the whole space law¹³⁸, ratified by many countries, including the main space powers. It is inspired by humanistic ideas of coexistence and cooperation between the nations, and it affirms, on a base of equality between the states, principles such as free access, free use, free exploration and scientific investigation in outer space, including the Moon and other celestial bodies, whose exploration and use must be carried out only for peaceful purposes, for the benefit and in the interest of all countries, irrespective of their degree of economic or scientific

¹³⁸ For further insights about it, see P. Achilleas, S. Hobe (editors), *Fifty Years of Space Law/Cinquante ans de droit de l'espace*, Brill/Nijhoff, 2020.

development, and must be the province of all mankind¹³⁹. The Moon and other celestial bodies are also excluded from any form of national appropriation by claim of sovereignty, by means of use or occupation, or by any other means¹⁴⁰.

The commercial exploitation of space resources, which did not seriously seem, at that time, a topical issue, is not clearly allowed nor clearly prohibited. Obviously, the question of private space activities did not concretely arise. The Treaty did not explicitly deal with these activities, even though they are undoubtedly concerned by the rule according to which the states bear international responsibility for national activities in outer space, without distinction if they are carried out by public or private entities. For this reason, and not only for self-evident safety reasons, national laws and administrative procedures require complex authorization procedures, assessing the technical and budgetary sustainability of private space activities which, in the case of damages to the territories of other states, will fall into the international responsibility¹⁴¹ and liability¹⁴² of the launching state.

Hence, what about the substantive content of the rules provided by such a treaty? Certainly, today, they testify to the passing of time and they show uncertainties, gaps and omissions only partially resolved by further space treaties, negotiated and drafted in the framework of the United Nations Committee on the Peaceful Uses of Outer Space. Other space treaties concern: the rescue of astronauts, the return of astronauts, the return of objects launched into outer space (1968), the international liability for damage caused by space objects (1972), and the registration of objects launched into outer space (1976). The increasing role of

¹³⁹ Art. 1.

¹⁴⁰ Art. 2.

¹⁴¹ Art. 6.

¹⁴² Art. 7.

the private sector, now concerning all the space powers, in the use and exploration of the space, urgently raises the issues of new international agreements aiming to a better regulation of the legal regime of such use and exploration through the consensus of the international community, as it has been the case of the International Space Station legal framework¹⁴³.

Nevertheless, it is a good thing that the foundations of space law have been laid by that treaty, negotiated in a historical phase of expansion throughout the world of progressive and humanistic emancipation values, during the decolonization era. In fact, the rivalry and the conflict between the two blocks of the Cold War imposed, even among many contradictions, a challenge to outdo each other, not only in technology, but also in the field of the values and of the prestige, in order to obtain or preserve a hegemonic position in the world, drawing over to their side the new States and keeping the traditional allies. Instead, if we had to write now the Magna Carta of space law, 30 years after in the Western approach of individualism, neoliberalism and ideology of the “End of History”¹⁴⁴, it is hard to imagine how much of these progressive, humanistic and pacifist elements could find a place in such a treaty. Actually, the reluctance, periodically re-emerging in the political and institutional debate in the US, to fully accept the Treaty of 1967 with all its consequences, clearly confirms its role as a bastion of multilateralism in space policies. Therefore, considering both the economic and the geopolitical importance of the space, it is clear how a multilateralist approach is the only real defense against the danger that space ambitions between nations and geopolitical blocks may escalate into an open military conflict, sinking in an abyss what we all should hope will remain one of the greatest

¹⁴³ Cf. F. G. von der Dunk, M. M.T.A. Brus, *The International Space Station. Commercial Utilisation from a European Legal Perspective*, Brill/Nijhoff, 2006.

¹⁴⁴ F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, Free Press, 1992.

hopes for a new phase of material and spiritual progress of mankind.

B- The Moon Agreement (1979)

It is important to refer that precisely the more progressive and cooperative elements of the above-mentioned Treaty were even more developed in the (maybe too much) forward-looking Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies, of 1979. It is the last of the space treaties sponsored by the United Nations and regrettably, to the present day, the less successful, which has never been signed, nor of course ratified, by most of the states with space capabilities, despite of the support of the UN General Assembly. It is somehow the culmination, but also, with its fiasco, the evidence of the crisis, of the period of the space treaties of the 60s and the 70s. It significantly accommodates the claims of the emerging countries. The Agreement mostly points out and develops principles coming from the previous treaties: exploration and use of the space only for peaceful purposes, free scientific research, encouragement of an equal cooperation between states, international responsibility and liability of the states for national activities carried out on the Moon by both governmental and non-governmental entities. But, while recognizing the potential benefits arising from the exploitation of natural space resources, this treaty highlights the orientation of the exploration and use of the space, as a province of all mankind, toward the common good and the interests of all the countries, irrespective of their degree of economic or scientific development, taking into account the interests of present and future generations as well as the need to promote higher standards of living and conditions of economic and social progress and development in accordance with the

Charter of the United Nations¹⁴⁵. The more remarkable rules of this treaty can be found in its article 11, which considers the Moon and its natural resources as a common heritage of mankind, with the consequence that the States Parties to the Agreement undertake to establish an international regime (which, actually, has not been effectively established) to govern the exploitation of the natural resources of the Moon as such exploitation is about to become feasible. The Treaty provides an international regime aiming, in brief, to the orderly and safe development of the natural resources of the Moon; their rational management; the expansion of opportunities in their use; an equitable sharing by all States Parties in the benefits derived from them, whereby the interests and needs of the developing countries, as well as the efforts of those countries which have contributed either directly or indirectly to the exploration of the Moon, should be given special consideration. A similar regime of common heritage of mankind – inspired by ideas of solidarity between developed and developing countries, as well as by ideas of intergenerational solidarity, between the people of today and the people of tomorrow – has been more successfully established by the Montego Bay United Nations Convention on the Law of the Sea, of 1982, with reference to the seabed and its subsoil, beyond the limits of national jurisdictions¹⁴⁶. The article 11 of the Moon Agreement also reaffirms and specifies that the Moon cannot be subject to national appropriation and that neither the surface, nor the subsurface, nor any part thereof or natural resources “in place” might become property of any state, international (intergovernmental or non-governmental) organization, national or non-governmental entity, or of any natural person. In this way, the private sector is finally taken in account. According to the Treaty, even though the states retain jurisdiction and control over their personnel, vehicles,

¹⁴⁵ Art. 4

¹⁴⁶ S. Hobe *et alii*, *The 1979 Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies*, in S. Hobe *et alii* (editors), *Cologne Commentary on Space Law*, vol. II, Heymanns, 2013, p. 337

equipment, facilities, stations and installations, their location on or below the surface of the Moon does not create a right of ownership over the surface or the subsurface.

The non-ratification of the Agreement by the main space powers shows that it was, perhaps, too far advanced to obtain the necessary general consensus. For example, the implication of setting aside a portion of the proceeds or of the mining activities, for the states with few or no space capacities for now, seems to have been unattractive to the countries having more invested in the space industry, wishing to the greatest financial return, as soon as possible, from their funding, and wishing to satisfy the interests of national private entities aiming to profit. The complex current legal regime of the Moon and other celestial bodies arises from this situation, according to which the principle of common heritage of mankind may only be referred to the states having ratified the Moon Agreement, while for the other states the principle should apply of the surface and the subsoil of the celestial bodies as *res communes omnium*, implying the rule “first come first served”, that is a principle of freedom of the exploitation activities, so long as they are realized in compliance with the more successful Treaty of 1967. This difference between the two treaties is not just a technical question and it has an important political impact on equality issues, as the Treaty of 1967 evidences an approach mostly oriented to formal equality and commutative justice, while the Treaty of 1979 an approach mostly influenced by the ideas of substantial equality and distributive justice.

II - The Latest Developments in Space Law

A – The new legislations of USA and Luxembourg

We live in a historical time when, finally, it seems that we are very close to the beginning of an economic exploitation of the space resources, to which public and private entities of several countries aim now in an effective way and with tangible plans. The President of the European Council, Charles Michel, recently defined the European space policy, along with a strong and dynamic space sector, essential to implementing the strategies in the climate and digital fields, also because the space has a direct impact on the geopolitical goal of strategic autonomy¹⁴⁷. It seems realistic, according to many financial analysts, that in the coming years, if the planned milestones were met, the space sector might have a development comparable to the development that in the last decades characterized the computer industry. This is why, in constitutional democracies, the regulation of this strategic field should not be handed to the technicians or to the alleged self-regulatory capacities of the market, but it should be conceived and managed under the sign of the values of peace, harmony and equality between the peoples, and of internal solidarity and redistribution of wealth, that characterize contemporary constitutionalism.

¹⁴⁷ C. Michel, *Space action at the heart of European strategic autonomy*, speech at the 13th European Space Conference, 12 January 2021, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2021/01/12/space-action-at-the-heart-of-european-strategic-autonomy-speech-by-president-charles-michel-at-the-13th-european-space-conference/>

Although the period of the great multilateral space treaties ended in 1979, space law is now again in turmoil, pushed by the evolution of new space programs increasingly ambitious, with the hope of the United States of America and of their allies to bring human beings back to the Moon already in 2024¹⁴⁸, with Russia trying not to lag too much behind and with China (probably cooperating with Russia¹⁴⁹) trying to express also in the space its ambitions as a new global superpower, capable to stand up even to the USA.

The silence, in this respect, of the Treaty of 1967 gives way to discordant interpretations on the legitimacy of the exploitation of resources of celestial bodies, but, according to most of the opinions, the principle of the freedom of use and exploration, which is affirmed there, should allow the exploitation, or at least some forms of exploitation¹⁵⁰.

Some states have recently tried to regulate in their internal law the exploitation of the space resources: this is the case of the USA, of Luxembourg and, more recently, even of the United Arab Emirates. In the USA, the Commercial Space Launch Competitiveness Act, of 2015, attributes to the national exploiter of space resources a sort of proprietary position over them¹⁵¹, wide enough to give him protection against the risk to have soon his prerogatives on the extracted things blamed by the national authorities. This choice reaches out to the requests made

¹⁴⁸ See <https://www.nasa.gov/specials/artemis/>

¹⁴⁹ See the common project of China and Russia for an International Lunar Research Station

<http://www.cnsa.gov.cn/english/n6465652/n6465653/c6812150/content.html>.

¹⁵⁰ See F. Tronchetti, *The Non-Appropriation Principle as a Structural Norm of International Law: A New Way of Interpreting Article 11 of the Outer Space Treaty*, in *Air & Space Law*, 2008, p. 301; S. Zolea, *Esplorazione spaziale e nuove forme di appartenenza: spunti comparativi*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2020, vol. 26, issue 1, pp. 5-13.

¹⁵¹ Chapter 513.

by the American enterprises interested in this potential business. Even though the law ensures that, by the enactment of this act, the USA do not assert sovereignty or sovereign or exclusive rights or jurisdiction over, or the ownership of, any celestial body, several scholars and countries express concerns over the dangers implied by American unilateralism, with the risk of a race to control of resources¹⁵². This kind of unilateralism seems radically hostile to the spirit and to the contents of the Moon Agreement; it has recently been emphasized by some decisions made by President Trump¹⁵³.

The legislation of Luxembourg, of 2017¹⁵⁴, is due to the ambition of this country to become a relevant center in European space industry and to attract entrepreneurs interested to operate in this sector. This is the first country in Europe to ensure private entities about the appropriability of the space resources extracted, if they fulfil the conditions required for the authorization of the mission, which are precisely indicated in the text of the law. In contrast to the US, the Luxembourgian nationality of the enterprise is not required. This country is attentive to present its legislation as in line with the international law framework, emphasizing the distinction of the Treaty of 1967 between non-

¹⁵² F. Tronchetti, *Title IV – Space Resource Exploration and Utilization of the US Commercial Space Launch Competitiveness Act: a Legal and Political Assessment*, in *Air & Space Law*, 2016, p. 149; *Reviewing Opportunities for Achieving the Vienna Consensus on Space Security Encompassing Several Regulatory Domains*, working paper submitted by the Russian Federation, UNOOSA, 17 February 2016, https://www.unoosa.org/oosa/oosadoc/data/documents/2016/aac.105c.12.016crp/aac.105c.12016crp.15_0.html.

¹⁵³ See in particular President Trump's *Executive Order on Encouraging International Support for the Recovery and Use of Space Resources*, 6 April 2020, <https://trumpwhitehouse.archives.gov/presidential-actions/executive-order-encouraging-international-support-recovery-use-space-resources/>.

¹⁵⁴ Loi du 20 juillet 2017 sur l'exploration et l'utilisation des ressources de l'espace.

appropriability of the celestial bodies in themselves and (allegedly) appropriability of the resources¹⁵⁵.

B- The Artemis Accords (2020)

Finally, it is important to mention the Artemis Accords, which can be considered as politically and legally foundational for the new ascent into space of the US and of their allies. These agreements, of 13 October 2020, take their name from the current US-led program aiming to bring soon back humans on the Moon, this time with the idea of building there a permanent settlement. They contain principles for the cooperation in the exploration and utilization for civil purposes of the Moon, Mars, comets, and asteroids, including their surfaces, subsurfaces and orbits. They refer to the more general and shared framework of the UN treaties that have been ratified by most of the countries (not to the Moon Agreement), particularly the 1967 Treaty. They develop the provisions of these treaties, of course only with effects among the parties to the Artemis Accords, in view of the next steps of space exploration. There are several references to the presence of private commercial partners and to the extraction and use of space resources, according to standards of safety and sustainability of the activities, specifying that such operations (and the contracts and other legal instruments relating to space resources) should be executed in a manner that complies with the Outer Space Treaty and that they do not constitute national appropriation, as prohibited by this Treaty¹⁵⁶. Nevertheless, some problems may arise from the section 11 of the Accords, even though it is named after the purpose to encourage deconfliction of space activities. This section provides, commendably, the

¹⁵⁵ *Exposé des motifs*, in *Projet de loi sur l'exportation et l'utilisation des ressources de l'espace*, n. 7093, Chambre des députés, Session ordinaire 2016-2017, pp. 6-8.

¹⁵⁶ Section 10.

abstention of the state parties from any action capable to create harmful interferences with each other's use of outer space, and it provides exchanges of information regarding the location and nature of the operations, in order to avoid such interferences. But it also establishes the creation of temporary "safety zones", that the other states parties are required to respect, through a mechanism of notification of the activities and of commitment to coordination with any relevant actor to avoid harmful interferences. Safety zones should be areas where nominal operations of a relevant activity or an anomalous event could reasonably cause harmful interference, whose size and scope, as well as the notice and coordination, should be determined in a reasonable manner and reflect the nature and the environment of the operations being conducted. Despite the references to the principle of free access to all areas of celestial bodies and to the other provisions of the 1967 Treaty, it still remains to define in detail how the states parties will actually enact and enforce the institution and the protection of safety zones, and how the rest of the international community will be willing to accept such modalities, also in relation to the ban on national appropriation of the space¹⁵⁷.

Conclusion

In conclusion, constitutional democracies, especially those involved in the Artemis Accords, should use their influence so that they are applied in full compliance, in form and substance, with the UN treaties that the whole international community recognizes as the common and shared ground of space law. A further goal would be to develop the Moon Agreement or, if not the Agreement itself, at least its progressive ideas of substantial

¹⁵⁷ J. W. Nelson, *The Artemis Accords and the Future of International Space Law*, in *ASIL Insights*, vol. 24, issue 31, 10 December 2020.

equality and of solidarity among peoples. This may inspire the space practices, the future writing of agreements of cooperation between allied states and, we may hope, a new multilateral international treaty in which all the current space powers should be involved, for a peaceful and successful continuation of the human space adventure.

Regards sur le monde actuel, Paul Valéry (1938) : Commentaire

Julian VOSSEN¹⁵⁸

Cette contribution reprend le travail de commentaire de texte d'un étudiant de la FACO, Monsieur Julian Vossen. Elle est directement issue d'un examen où il était demandé aux étudiants de 2^{ème} année de la filière Droit-Science Politique de commenter un texte tiré de *Regards sur le monde actuel* de Paul Valéry, ouvrage publié en 1938. Ce travail a été effectué en un temps très limité. Ce qui est repris ci-dessous est presque sans modifications le texte brut de la copie d'examen de Monsieur Vossen. La qualité de son analyse a conduit l'enseignant responsable à proposer ce texte pour publication dans les Cahiers de Recherche de la FACO.

Nous sommes fiers de présenter ce commentaire qui témoigne d'une belle maturité, après avoir repris le propos de Valéry qui a servi de terreau à la réflexion de Monsieur Vossen.

Le texte :

« Dans ce pays qui est libre, il est rigoureusement interdit de puiser dans la mer un verre d'eau, de cultiver dix pieds de tabac, et pour un peu il y serait dangereux d'allumer un

¹⁵⁸ Etudiant en 2^{ème} année Droit-Science Politique à la FACO.

cigare au soleil avec une loupe. Tout ceci est fort sage sans doute, et doit se justifier quelque part. Mais la pression n'en existe pas moins, et voici la remarque où je voulais en venir : le nombre et la force des contraintes d'origine légale est peut-être plus grand qu'il ne l'a jamais été. La loi saisit l'homme dès le berceau, lui impose un nom qu'il ne pourra changer, le met à l'école, ensuite le fait soldat jusqu'à la vieillesse, soumis au moindre appel. Elle l'oblige à quantité d'actes rituels, d'aveux, de prestations, et qu'il s'agisse de ses biens ou de son travail elle l'assujettit à ses décrets dont la complication et le nombre sont tels que personne ne peut connaître et presque personne les interpréter.

Je suis près d'en conclure que la liberté politique est le plus sûr moyen de rendre les hommes esclaves, car ces contraintes sont supposées émaner de la volonté de tous, qu'on ne peut guère y contredire, et que ce genre de gênes et d'exactions imposées par une autorité sans visage, tout abstraite et impersonnelle, agit avec l'insensibilité, la puissance froide et inévitable d'un mécanisme, qui, depuis la naissance jusqu'à la mort, transforme chaque vie individuelle en élément indiscernable de je ne sais quelle existence monstrueuse. »

Commentaire :

*« Qui cherche dans la liberté autre chose qu'elle-même est fait pour servir », écrit Alexis de Tocqueville dans *L'Ancien Régime et la Révolution* (paru en 1856), énonçant ainsi le paradoxe inhérent aux démocraties contemporaines. Au nom de la « volonté générale », le peuple souverain passe un « contrat » avec l'État, source du droit (Buhler, Pierre, *La puissance du 21^e siècle*) qui par sa maîtrise régaliennne des trois pouvoirs (législatif, exécutif et judiciaire) exerce une « puissance froide » et « insensible » comme l'évoque ainsi le poète français Paul*

Valéry (1871-1945). En cela, il rejoint la pensée de Tocqueville mettant en garde, par l'émergence de l'individualisme, contre l'avènement d'une « dictature de la majorité », également crainte par Winston Churchill, laquelle ferait des hommes des « esclaves », d'une façon d'autant plus subtile qu'elle exerce l'autorité au « nom de la volonté générale. »

C'est un sujet d'autant plus brûlant que les contraintes de la légalité s'expriment directement sur les citoyens avec les lois liberticides liées à la crise sanitaire de la Covid-19. Plus profondément encore, la crise de la représentation et cette vision de « tous pourris » propre à une part croissante de la population française vis-à-vis de sa classe politique nous montre bien que ce despotisme de la volonté générale, craint à la fois par Tocqueville et Paul Valéry, est cause de fractures au sein de la société contemporaine. Il s'agira tout autant de nuancer les contraintes de la légalité et le despotisme de la volonté générale, tout en acceptant le constat que ces notions sont en « crise » (du latin *revolvere* : diagnostiquer). En effet, Paul Valéry écrit en 1938, au cours des Années Trente, période à laquelle la marche vers la Seconde Guerre Mondiale, la crise de la III^e République entachée par les scandales (Panama, Stavisky...) marquent une véritable crise de confiance envers les institutions démocratiques incarnées, d'après Tocqueville, par « *la tyrannie des assemblées parlementaires* » (La démocratie en Amérique). Toutefois, force est de constater que la « liberté s'arrête où commence celle des autres » ce qui nous rappelle la nécessaire conciliation entre liberté et sécurité. De la liberté naissent nécessairement des contraintes.

Dans quelle mesure peut-on nuancer le constat que les contraintes de la légalité sont imposées par le despotisme de la volonté générale ? En effet, les contraintes de la légalité sont à remettre en perspective sur le temps long (I) et le despotisme de

la volonté générale doit être examinée en fonction des régimes (II).

I- La légalité : une difficile conciliation entre liberté et intérêt général

L'omniprésence contraignante de la légalité (A) peut être tempérée par la notion d'utilité publique (B).

A- Une légalité omniprésente

Paul Valéry écrit : « *Le nombre et la force des contraintes d'origine légale est peut-être plus grand qu'il ne l'a jamais été.* » Ce constat est tout à fait cohérent à l'époque de la III^e République marquée par une inflation législative édictée par un régime parlementaire moniste lequel a accentué la puissance de l'État dans le contexte du XIX^e siècle, caractérisé par l'émergence des empires coloniaux et des États-Nations. La légalité en devient de fait, omniprésente. Pierre Buhler, diplomate et politiste, écrit que la « source du droit est donc l'État ». Hobbes dira même, « *là où il n'existe aucune puissance commune, il n'y a pas de loi ; là où il n'y a pas de loi, rien n'est injuste.* » L'État souverain est ainsi la force transformée en droit et l'obéissance transformée en devoir, selon la formule de Rousseau. Du temps de Paul Valéry, la légalité est effectivement omniprésente. Elle aboutira notamment à l'émergence du régime de Vichy deux ans après la rédaction du texte.

Dans un contexte plus contemporain, cet aspect liberticide de la légalité est mis au service de la préservation de la santé publique. De sorte que l'on voit clairement que la loi est, par essence, notamment en droit pénal, liberticide. Les

démocraties contemporaines se caractérisent par leur adhésion à l'État de droit, c'est-à-dire un État dans lequel la loi et l'interprétation de celle-ci par le juge se situent au-dessus de la puissance publique. C'est d'ailleurs ce qu'oppose Tocqueville à la dictature de la majorité. Les démocraties sont ainsi caractérisées par l'omniprésence de la légalité, gouvernant chaque aspect de la vie des citoyens avec l'accroissement des pouvoirs de l'État tout au long du XX^e siècle, où celui-ci, plus qu'un État gendarme cantonné aux pouvoirs régaliens, s'est hissé comme État-Providence. La loi occupe ainsi chaque aspect de la vie des hommes, du « verre d'eau » dans la mer, au masque FFP2 de la Covid-19.

Il reste donc à déterminer si l'aspect liberticide de la loi, contrairement à ce qu'énonce Paul Valéry, ne peut trouver de justification par l'utilité publique.

B- L'intérêt général : la difficile conciliation entre liberté et sécurité

Le bien commun est une notion majeure en théologie et philosophie, dont les origines se situent dans l'école d'Athènes avec Platon et Aristote, lesquels étaient en grand désaccord sur ce qui constitue une communauté. Saint Thomas d'Aquin évoque le « bien commun » au XIII^e siècle, où il indexe la Création vers le Bien qui est incarné par Dieu. Dans la chrétienté, le bien commun est donc le fondement de toute organisation sociale et politique. Aujourd'hui, l'intérêt général se caractérise par l'accès à des ressources équitablement partagées et des intérêts qui soudent les membres de la cité et contribuent à sa pérennité. Il s'agit donc, en circonscrivant le sujet à la France, de la préservation des intérêts de la France et des Français.

Cette notion peut donc logiquement s’opposer au constat de Paul Valéry, ou du moins le nuancer, dont la vision kafkaïenne des lois (« *la complication et le nombre sont tels que personne ne les peut connaître et presque personne les interpréter* ») consacre l’étranglement de la liberté. En effet, pour le bien collectif de la France, la privation de liberté dans le contexte de la crise sanitaire s’avère tout à fait louable et cohérent. De la même manière que le droit est évolutif à la façon de la société, les lois s’adaptent à l’histoire des mentalités. L’intérêt général évolue ainsi dans le sens de la société. Au nom du bien commun, les lois reflètent ainsi un « état » du corps mystique, pour reprendre les mots d’Ernst Kantorowicz.

Évidemment, l’intérêt général n’est pas toujours appliqué dans le sens des Français, comme en témoigne le sort de l’agriculture française. En effet, l’agriculture, l’une des plus grandes forces économiques de la France d’un point de vue historique, à la source de sa puissance démographique jusqu’à la guerre franco-prussienne de 1870, semble avoir été complètement délaissée au profit d’intérêts internationaux, en témoignent la détresse des agriculteurs et les accords commerciaux récents entre l’Union Européenne et le Mercosur. De plus, il ne faudrait pas raisonner entièrement en légaliste, dans le sens que le droit, comme l’indique le philosophe français Julien Freund, est, à l’instar de la force, un moyen n’ayant d’autre signification par lui-même que la fin ou le but que l’homme se propose d’atteindre par l’organisation politique. Le droit gagnerait effectivement à gagner en lisibilité. Toutefois, il paraît excessif de le considérer uniquement sous son angle liberticide. En effet, selon Rousseau et Hobbes, la fin du politique est la sécurité, et le droit a à sa source le pouvoir politique.

La position de l’État comme source du droit est en effet à l’origine d’un despotisme déjà dénoncé par Tocqueville et repris par Paul Valéry, celles qui sont « supposées émaner de la volonté de tous. »

II- La tyrannie de la « volonté générale » : la difficile conciliation entre bien collectif et individualisme

L'émergence d'un despotisme de la volonté générale (A) ne saurait effacer complètement les limites de l'individualisme (B).

A- La dictature de la majorité

Paul Valéry dénonce l'« autorité sans visage, tout abstraite et impersonnelle », le « monstre froid » de Nietzsche, et le despotisme de la majorité cher à Tocqueville. C'est en effet au nom de la « volonté de tous » que s'exprime la souveraineté nationale au détriment de la souveraineté populaire. C'est en effet une loi impersonnelle qui s'applique à tous. Toutefois, l'individualisation de la peine en droit pénal devrait nuancer ce constat, de même que les formes revêtues par ce despotisme s'expriment de façons tout à fait différentes suivant les périodes. En effet, la volonté générale exprimée en 1565 par Étienne Pasquier désigne la volonté du Roi, tandis que pour les théologiens du Grand Siècle elle incarnera la volonté salvatrice de Dieu, et pour Diderot, en 1755, la volonté générale marquera la « volonté de l'espèce. » Il convient donc d'examiner la volonté générale sur le temps long et de marquer les différents points de rupture. Auguste Comte peut s'avérer utile dans ce sens, où l'on assiste à l'évolution d'une société théologique, régie par l'Église, à une société métaphysique, guidée par les philosophes, pour aboutir à la société positive, dominée par la science. Cette évolution historique démontre bien que la notion de volonté

générale est protéiforme et ne saurait se circonscrire à une force historique homogène.

Paul Valéry quant à lui va plus loin en donnant pour cause à la maladie du despotisme, « la liberté politique » issue du droit naturel. Nous pouvons ainsi lui opposer la « volonté générale » de Louis XIV, dont les lettres de cachet ne sauraient être contrées par aucun *Habeas Corpus*, origine constitutionnelle de « la liberté politique » décriée par le poète. La volonté générale est aujourd'hui mise à profit d'un régime présidentiel où le « monarque républicain » est en théorie le reflet de l'état de la société et donc de la « volonté générale. » Évidemment, ce propos mérite également d'être nuancé. On peut se demander si certains chefs d'État ne sont pas élus par défaut et si la volonté générale ne se tue pas elle-même, à l'instar de la démocratie comme le supposait Socrate. On peut également invoquer la critique marxiste du droit, mise au service de la superstructure du temps, la « ploutocratie » dénoncée par Spengler dans *Le Déclin de l'Occident*. Même Machiavel opérait ainsi cette distinction entre le prince vertueux pour qui l'intérêt collectif supplantait l'intérêt privé.

Or, on peut discuter du fait que l'individualisme est justement la consécration de l'intérêt privé par rapport au bien commun, conciliation au cœur des enjeux politiques depuis Platon et Aristote.

B- Limites de l'individualisme

L'« existence monstrueuse » décrite par Paul Valéry revient à opérer une rupture entre les deux acceptions de la volonté générale selon Rousseau. Selon ce dernier, la première acception de la volonté générale désigne la volonté personnelle du citoyen pour juger d'une proposition de loi en fonction de

l'intérêt général. La volonté générale est ainsi un pur désir du bien commun. Dans la deuxième acception, il s'agit de la volonté collective du corps politique constitué de tous ses citoyens. La dimension immanente de la volonté générale est précisément ce que conteste Paul Valéry. On retrouve donc une opposition envers le régime de la III^e République peut-être expliqué par le passé antidreyfusard de Paul Valéry et son adhésion au nationalisme.

On peut aussi discuter du fait que l'individualisme défendu par Paul Valéry peut également s'inscrire dans le contexte de la montée des régimes soviétiques du temps, l'URSS de Staline sacrifiant sciemment l'« individu » au collectif. Pour reprendre Fernand Braudel sur l'identité française, ou l'essence nationale chère à Montesquieu, on peut estimer que cela ne s'applique pas au caractère français. Le Front Populaire qui est sur le point de disparaître quand Paul Valéry écrit, pour tous ses défauts, n'est pas le soviétisme bolchévique ou le « despotisme oriental » de la Chine maoïste. La civilisation occidentale a certes vu triompher l'individualisme, avec ses dérives contemporaines hallucinantes d'aujourd'hui, rompant complètement les piliers normatifs de l'esprit occidental issu de la culture gréco-romano-chrétienne. C'est précisément cet individualisme à outrance qu'il faudrait reconsidérer. En tenant compte de l'essence nationale française, à distinguer des modèles chinois et russe, le bien commun et la volonté générale sont d'autant plus à défendre que la liberté de la minorité étouffe désormais celle de la majorité.

* * *

Ce triomphe des minorités rappelle inmanquablement que la liberté à outrance l'a emporté sur le « monstre froid ». En tenant compte du contexte si particulier où écrivait le poète, Paul Valéry soulève des points importants : la difficile conciliation entre liberté et légalité, le despotisme de la volonté générale et

l'individualisme. De la même manière que le bien commun doit parfois conduire à la mise sous tutelle de la liberté, l'individualisme gagnerait à céder du terrain à la volonté générale, cette « dictature de la majorité » que l'élection consacre comme légitime.

De la même manière on peut s'interroger si le pouvoir politique « issu de la volonté générale », peut aller, pour le bien commun, à l'encontre de la volonté populaire.

Numéros déjà sortis :



1. L'Éthique
2. La Ville
3. La Puniton
4. Le Choix

N° spécial Mai 1968 – Mai 2018 : 50 ans
d'évolution sociale

5. La Révolte



Forte de ses 52 années d'expérience, la FACO est une faculté privée d'enseignement supérieure dispensant deux parcours universitaires en droit et en économie-gestion. À taille humaine et située dans le quartier universitaire, la FACO base sa pédagogie sur deux points fondamentaux :

- 1/ Un enseignement fondé sur des valeurs humaines et morales***
- 2/ Une formation qui professionnalise les étudiants par ses nombreux stages et ses ateliers de professionnalisation***
- 3/ De petits effectifs permettant un suivi personnalisé des étudiants***

Couverture : image pixabay

FACO Paris

115 rue Notre-Dame des Champs, Paris VI^{ème}

info@facoparis.org

www.facoparis.com