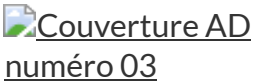
Couverture AD numéro 03

Amplitude du droit
ISSN : 2826-1305
Éditeur : Université de Rennes

3 | 2024

https://lodelpreprod.univ-rennes2.fr/amplitude-droit/index.php?id=528

Référence électronique
« 3 », *Amplitude du droit* [En ligne], mis en ligne le 09 février 2024, consulté le 28 septembre 2026. URL : https://lodelpreprod.univ-rennes2.fr/amplitude-droit/index.php?id=528

Droits d'auteur
Licence Creative Commons – Attribution 4.0 International – CC BY 4.0

L’équipe éditoriale d’*Amplitude du droit* est heureuse de vous annoncer la parution du n° 3 de cette revue juridique. Ce numéro met à l'honneur la jeune recherche en droit dont certains de ses représentants ont souhaité mettre en lumière la question du numérique durable. Dans le cadre d'un dossier spécial, leurs contributions s'intéressent à l'appréhension (ou parfois la non-appréhension) par le droit des enjeux environnementaux associés aux technologies numériques. Les lecteurs curieux gagneront également à s'intéresser aux articles *varia* qui illustrent bien l'ambition de la revue : la diversité thématique et des objets de recherche.

Dossier - Numérique et environnement : quelle conciliation par le droit ?

Sous la coordination de Thomas Gaschard, Sabrina Hammoudi, Nina Lasbleiz et Martin Uguen

Thomas Gaschard, Sabrina Hammoudi, Nina Lasbleiz et Martin Uguen
Avant-propos

Sandrine Turgis
Propos introductifs

Djilali Taïar
Le rôle des autorités françaises de régulation dans la réduction de l'empreinte environnementale du numérique

Dessanin Ewèdew Thierry Awesso
De la régulation à l'autorégulation de l'empreinte environnementale du numérique

Vanelle Dimitri Onchi Ngongang
La corbeille numérique, vers un tri et une régulation des déchets virtuels ?

Esther Noël
Obsolescence logicielle et environnement : une inefficacité juridique assumée ? Étude des législations françaises et européennes

Antoine Oumedjkane et Thomas Le Goff
L'encadrement juridique des solutions numériques au service de la protection de l'environnement

Blanche Lormeteau
Propos conclusifs

Varia

Jan Smolinski et Élisabeth Lambert
D'une posture de suspicion à celle de confiance dans les applications numériques pour une alimentation saine : analyse socio-juridique des décisions judiciaires contre Yuca

Sandra Russo
La perspective juridique sur l'anticipation économique et financière des déchets nucléaires à vie longue

Emmanuelle Bornet
Qui veut la peau de l'article 373-2-9 du Code civil ? À propos de la proposition de loi n° 478 du 15 novembre 2022

Mathilde Kamal-Girard

Les principes temporels du droit fiscal constitutionnel

Kevin Alleno
Les nuances décentralisatrices d'un « jacobin » : l'organisation de l'action publique territoriale selon Philippe Séguin

Laurence Warin
Les pionnières du Conseil d'État

Kévin Castanier
Le renouveau de la procédure civile à travers la pensée d'Henry Vizioz

Dossier - Numérique et environnement : quelle conciliation par le droit ?

Avant-propos

Thomas Gaschard, Sabrina Hammoudi, Nina Lasbleiz et Martin Uguen

TEXTE

1 Les technologies numériques, désormais omniprésentes dans notre quotidien, sont fréquemment présentées comme un moteur d'innovation et une réponse tangible aux défis environnementaux actuels et futurs. Néanmoins, il convient de souligner que le numérique engendre lui-même une empreinte environnementale significative. Actuellement, ce secteur contribue à hauteur de 4 % des émissions mondiales de gaz à effet de serre (GES) et devrait doubler d'ici à 2025[1]. En France, il est envisagé qu'il puisse représenter jusqu'à 7 % de ces émissions de GES dans les années à venir, à moins que des mesures ne soient prises pour en atténuer l'impact[2]. Malgré ces considérations, le cadre réglementaire en vigueur demeure étonnamment silencieux sur les répercussions environnementales du numérique. Ainsi, il devient impératif de reconnaître les enjeux environnementaux associés aux technologies numériques et d'instaurer un dialogue en vue de faciliter la transition vers une ère numérique durable.

2 La journée d'études « Numérique et environnement : quelle conciliation par le droit ? », organisée par Thomas Gaschard, Sabrina Hammoudi, Nina Lasbleiz et Martin Uguen, qui s'est tenue le 21 octobre 2022 dans les locaux des ministères de la Transition écologique et de la Cohésion des territoires et de la Transition énergétique, est née dans l'esprit d'un groupe de doctorant·e·s en droit public et numérique, qui a souhaité s'engager sur ces thématiques déterminantes. Cette journée a été conçue pour répondre à un double objectif : elle visait, d'une part, à offrir à la jeune recherche l'opportunité de s'approprier ces enjeux sociétaux essentiels et, d'autre part, à contribuer à rapprocher le monde universitaire du milieu professionnel. En tant que jeunes chercheurs, il nous a semblé essentiel d'aborder un sujet à forts enjeux pour l'avenir, en initiant des réflexions et en esquissant des pistes de solutions. Dans cette optique, la collaboration avec le Centre de recherches en droit public de l'Université Paris Nanterre, ainsi que les ministères de la Transi-

tion écologique et de la Cohésion des territoires et de la Transition énergétique, que nous remercions chaleureusement pour leur soutien, a permis de concrétiser le lien entre la recherche et le monde professionnel.

3 Les contributions présentées lors de la journée d'étude et les discussions qui ont suivi ont mis en évidence la complexité des interactions entre le numérique et l'environnement, ainsi que la nécessité de repenser notre cadre juridique pour appréhender de manière plus adéquate ces enjeux. Les intervenant·e·s, provenant de divers horizons et possédant des expertises variées, ont offert des perspectives éclairantes sur des thèmes tels que les déchets virtuels et l'obsolescence logicielle, l'utilisation du *big data* au service de la protection de l'environnement, ou encore le rôle des autorités de régulation dans la diminution de l'empreinte environnementale des technologies numériques.

4 La présente publication dans la revue *Amplitude du droit* vise à pérenniser et à diffuser les réflexions riches qui ont émergé de la journée d'étude. Nous espérons que ces contributions stimuleront de nouvelles pistes de recherche, alimenteront le débat académique et encourageront activement les praticien·ne·s du droit à contribuer à l'élaboration d'un cadre réglementaire adapté aux défis contemporains.

NOTES

1 ADEME, 2021, *La face cachée du numérique. Réduire les impacts du numérique sur l'environnement*, rapport, spéc. p. 5.

2 Rapport d'information n° 555 (2019-2020) de MM. Guillaume Chevrollier et Jean-Michel Houllegatte, fait au nom de la Commission de l'aménagement du territoire et du développement durable, déposé le 24 juin 2020.

INDEX

Mots-clés
droit du numérique, droit de l'environnement, conciliation

AUTEURS

Thomas Gaschard
Doctorant ATER en droit public, Univ Rennes, IDPSP – UR 4640

Sabrina Hammoudi
Doctorante en droit public, Univ Montpellier, CREAM – EA 2038

Nina Lasbleiz
Doctorante ATER en droit public, Univ Paris Nanterre, CRDP – EA 381

Martin Uguen
Doctorant ATER en droit public, Univ Brest, Lab-LEX – UR 7480

Propos introductifs

Sandrine Turgis

PLAN

1. La piste des droits fondamentaux
2. Présentation du dossier

TEXTE

1 À quelques pas de l'Arche de la Défense, la journée d'étude *Numérique et environnement : quelle conciliation par le droit* ? du 21 octobre 2022 a tenu toutes ses promesses. Ainsi elle a été particulièrement riche, tant par la diversité des intervenants et des participants, que par la qualité des échanges. Il faut saluer les initiateurs de ce projet, à savoir Thomas Gaschard, Sabrina Hammoudi, Nina Lasbleiz et Martin Uguen, qui ont réussi à obtenir le soutien de deux ministères autour d'un sujet particulièrement stimulant. Ils incarnent une jeune recherche proactive et dynamique, capable de mobiliser, y compris au-delà du monde universitaire, autour de sujets d'actualité abordés sous un prisme juridique.

2 La conciliation s'entend comme l'action de mettre d'accord ou de mettre en accord des intérêts divergents ou qui paraissent en contradiction. Le recours à cette notion n'est pas anodin puisqu'il présuppose alors que le numérique et l'environnement soient marqués *ab initio* par une opposition ou, à tout le moins, une contradiction supposée. Les contributeurs du présent dossier participent à la réflexion sur l'étendue de cette opposition alors même que fleurissent des formules telles que « numérique vert » et « transition écologique appliquée au numérique ». Ils s'attachent, en effet, à mettre en perspective les enjeux de la conciliation, par le droit, du numérique et de l'environnement et les pistes de cette conciliation.

1. La piste des droits fondamentaux

3 Rappelons que la conciliation est une notion cardinale lorsqu'il est question d'articuler des droits fondamentaux entre eux. Par conséquent, une entrée possible pour le sujet aurait pu consister à s'interroger sur la possibilité d'arrimer le numérique et l'environnement aux droits fondamentaux. Concernant le numérique, une approche partant des usages et de la place grandissante prise par le numérique, tant à l'échelle individuelle que collective, laisse envisager de nombreux ancrages au-delà du droit à la liberté d'expression auquel il a été initialement rattaché[1]. Concernant l'environnement, le droit à la vie ainsi que le droit à la vie privée et familiale sont au cœur de cet ancrage (Nivard, 2020, p. 9-23). Une fois cette première étape réalisée, il faut alors renvoyer aux méthodes de résolution des « conflits de fondamentalités [… qui font appel à] la proportionnalité et à la mise en balance des droits » (Afroukh, 2023, p. 44-55). Cependant, si la démarche est connue, elle peut parfois s'apparenter à un exercice d'équilibriste pour le législateur comme pour le juge confronté à des arbitrages délicats sur des sujets complexes soulevant de nombreux enjeux, comme c'est le cas en l'espèce.

2. Présentation du dossier

4 Dans le dossier qui suit, correspondant aux actes de la journée d'étude, Djilali Taïar propose une approche du sujet par les acteurs avec une contribution intitulée « Le rôle des autorités de régulation dans la réduction de l'empreinte environnementale du numérique », alors que Dessanin Ewèdew Thierry Awesso a fait le choix d'une approche mettant l'accent sur l'alternative que représente l'autorégulation en traitant « De la régulation à l'autorégulation de l'empreinte environnementale du numérique ». Avec sa contribution sur « La corbeille numérique, vers un tri et une régulation des déchets virtuels ? », Vanelle Dimitri Onchi Ngongang nous invite à regarder autrement les déchets numériques générés par nos multiples activités sur nos ordinateurs, smartphones ou tablettes numériques. Alors que les juristes s'interrogent parfois sur la problématique de

l'obsolescence du droit applicable au numérique (Turgis, 2019, p. 93-128), c'est la question « Obsolescence logicielle et environnement : une inefficacité juridique assumée ? Études des législations françaises et européennes » qui a retenu l'attention d'Esther Noël. Antoine Oumedjkane et Thomas Le Goff mettent, quant à eux, l'accent sur « L'encadrement juridique des solutions numériques au service de la protection de l'environnement ». Enfin, les propos conclusifs de Blanche Lormeteau referment ce dossier pour mieux proposer de nouvelles pistes de réflexion.

BIBLIOGRAPHIE

Afroukh M., 2023, *Droits et libertés fondamentaux*, Paris, PUF

Nivard C., 2020, « Le droit à un environnement sain devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue juridique de l'environnement*, n° spécial 2020, p. 9-23

Turgis S., 2019, « Les droits de l'homme à l'heure d'Internet et du numérique : rupture ou continuité ? », dans Q. Van Enis, C. de Terwangne (dir.), *L'Europe des droits de l'homme à l'heure d'Internet*, Bruxelles, Bruylant, p. 93-128

NOTES

1 Notamment concernant l'accès à Internet : Conseil constitutionnel, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet (loi Hadopi I), décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 ; Cour européenne des droits de l'homme, *Yıldırım c. Turquie*, requête n° 3111/10, arrêt du 18 décembre 2012.

INDEX

Mots-clés
droit du numérique, droit de l'environnement, conciliation

AUTEUR

Sandrine Turgis
Maître de conférences, Univ Rennes, CNRS, IODE – UMR 6262 ;
sandrine.turgis@univ-rennes.fr

Le rôle des autorités françaises de régulation dans la réduction de l'empreinte environnementale du numérique

Djilali Taïar

PLAN

1. La recherche de transparence sur l'empreinte environnementale du numérique
   1.1. Le renforcement des connaissances relatives aux impacts du numérique
      1.1.1. L'attente discutable de données supplémentaires
      1.1.2. Une collecte des données sur les impacts du numérique en France
   1.2. La réutilisation des connaissances relatives aux impacts du numérique
      1.2.1. Une évaluation décloisonnée des impacts du numérique
      1.2.2. La sensibilisation des utilisateurs
2. Une régulation fondée sur le volontarisme des acteurs du numérique
   2.1. La promotion exclusive des démarches volontaires
      2.1.1. Une promotion à mi-chemin entre l'autorégulation et la corégulation
      2.1.2. Le rejet manifeste d'une réglementation à l'échelle nationale
   2.2. L'insoutenabilité d'une promotion exclusive des démarches volontaires
      2.2.1. Une régulation au service de la croissance verte
      2.2.2. Un volontarisme subordonné à l'atteinte d'objectifs environnementaux ?

TEXTE

1 Au cours de la dernière décennie, scientifiques et organisations non gouvernementales n'ont cessé d'alerter les pouvoirs publics sur l'augmentation des impacts environnementaux liée à la diffusion des technologies numériques au sein de la société (Flipo, Boutet, Draetta, Deltour, 2007 ; Flipo, Dobré, Michot, 2013 ; Ferreboeuf, 2018 ; Bordage, 2019a ; Bordage, 2019b). Désormais, la résorption des impacts environnementaux du numérique constitue un défi essentiel que le législateur entend relever aux termes de deux nouvelles lois : la loi n° 2021-1485 du 15 novembre 2021 visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France (loi REENF) et la loi

n° 2021-1775 du 23 décembre 2021 visant à renforcer la régulation environnementale du numérique par l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ARCEP). En s'appropriant cette problématique, le législateur confirme l'importance de la société civile en tant que « co-créateur » de la norme environnementale (Pomade, 2010).

2 L'appréhension de l'empreinte environnementale du numérique requiert au préalable d'identifier les contours du numérique, ce que se garde bien de faire le législateur. Le substantif « numérique » désigne, d'une part, les technologies électroniques de l'information et de la communication (TIC) qui produisent, stockent, traitent, transmettent et fournissent des données numériques et, d'autre part, ces données elles-mêmes, à savoir un contenu informationnel représenté sous forme d'un code binaire (Hellio, Taïar, 2022, p. 369). Le numérique présente ainsi une dualité entre sa couche virtuelle et sa couche matérielle, principalement composée des équipements terminaux (ordinateurs, téléphones, tablettes…), des infrastructures de réseaux (câbles terrestres et sous-marins de fibre optique, antennes-relais…) et des centres de données. Lorsque le législateur traite de l'empreinte environnementale du « numérique », il désigne le marché des activités numériques. Par extension, il s'adresse à toutes les personnes impliquées dans cette économie, professionnels comme utilisateurs. Dans le cadre de cette contribution, le terme d'acteurs du numérique désignera tant les professionnels qui fabriquent et gèrent les biens matériels numériques que les fournisseurs de services en ligne.

3 Avant l'adoption de la loi REENF, le droit positif ne faisait nullement mention de la notion d'empreinte environnementale[1]. Malgré l'apparition récente des concepts économiques d'empreinte écologique ou d'empreinte carbone en droit français[2], il n'en « existe actuellement aucune définition à caractère normatif » (Ausin, Soro, 2022, p. 230). Dans la continuité de l'empreinte carbone et de l'empreinte écologique[3], l'empreinte environnementale vise à mesurer l'impact général des activités humaines sur l'environnement (*ibid.*, 2022, p. 223). La connaissance de l'empreinte environnementale d'un secteur identifié permet d'évaluer sa durabilité et l'évolution de ses performances environnementales au cours du temps, sur la base d'indicateurs déterminés[4]. Outil d'aide à la déci-

sion et d'adaptation des politiques publiques, elle présente toutefois quelques faiblesses méthodologiques pour appréhender la complexité de la réalité (*ibid.*, p. 229).

4 Il est dorénavant établi que le développement du numérique poursuit une trajectoire insoutenable, tant en matière de contribution au changement climatique que de surexploitation des ressources naturelles (Conseil national du numérique, 2020a, p. 29). La notion d'empreinte environnementale permet d'adopter une perspective englobant l'ensemble du cycle de vie des produits numériques, ainsi que la totalité des acteurs impliqués dans la chaîne de valeur du numérique. L'insoutenabilité des technologies numériques ne résulte pas exclusivement de leurs impacts directs liés à leur fonctionnement. En effet, en raison de leur composition, leur fabrication entraîne une raréfaction des terres et métaux rares qui ne permettrait pas de répondre aux besoins digitaux des générations futures, sans compter la pollution induite par l'extraction de ces matériaux et leur traitement comme déchets d'équipements électriques et électroniques (DEEE) [Pitron, 2019].

5 Bien que la couche matérielle soit à la source des incidences du numérique sur l'environnement (ADEME, 2019, p. 4), on ne peut pas considérer que les contenus numériques ne produisent aucun impact. Déjà, les services numériques génèrent des incidences sur l'environnement du fait du fonctionnement de la couche matérielle du numérique, support de leur diffusion. Ensuite, la prolifération exponentielle des contenus numériques soutient le déploiement toujours plus soutenu des infrastructures et équipements numériques, comme l'illustre le déploiement récent des antennes-relais des communications mobiles de cinquième génération (5G). En effet, la transition numérique entraîne une hausse constante du trafic mondial de données[5], tout en verrouillant toujours davantage les « architectures de choix » des individus contraints de recourir aux technologies numériques (Flipo, 2021). Si rien n'est fait, l'empreinte environnementale du numérique risque inéluctablement de s'aggraver, d'où l'intervention du législateur.

6 L'objectif exprès des deux lois est de réduire l'empreinte environnementale du numérique à l'échelle du territoire français, où il serait responsable d'environ 2 % des émissions totales de gaz à effet de

serre, et son empreinte carbone pourrait augmenter de 60 % d'ici à 2040 au rythme de son évolution actuelle (Conseil national du numérique, 2020a, p. 10). Si l'intention est louable et constitue un premier pas encourageant, la réalisation de cet objectif se heurte rapidement au caractère global du développement insoutenable du numérique. La dimension internationale d'Internet et des activités numériques met à mal les « logiques territoriales des États », comme le démontrent les difficultés à encadrer les activités d'acteurs privés toujours plus puissants et dont les infrastructures matérielles sont localisées dans des États étrangers ou des espaces internationaux[6] (Castets-Renard, Ndior, Rass-Masson, 2020). Dès lors, aucune action concrète n'est imposée aux acteurs du numérique. Les deux lois se contentent d'engager des moyens présentant un « caractère disparate et lacunaire » qui ne sont pas à la hauteur des ambitions affichées (Fonbaustier, 2022, p. 288). Au demeurant, la France fait tout de même figure de précurseure avec une appréhension juridique systémique du numérique, qu'il convient désormais d'élever à l'échelle internationale, ou du moins européenne.

7 L'Union européenne (UE) a également manifesté son intérêt pour cette problématique en se fixant l'objectif politique de faire converger les transitions écologique et numérique (Commission européenne, 2019, 2020a et 2020b). Cependant, aucune norme européenne n'appréhende l'empreinte environnementale du numérique dans sa globalité. On note seulement des « interférences » ponctuelles entre la politique environnementale de l'UE et sa stratégie numérique (Hervé-Fournereau, 2023), notamment en ce qui concerne les impacts environnementaux des équipements terminaux, avec l'écoconception des produits liés à l'énergie[7], les produits radioélectriques[8], l'interdiction d'utiliser des substances dangereuses dans la fabrication des équipements électriques et électroniques[9], ou encore la gestion des DEEE[10]. À l'exception de la gestion des DEEE, qui relève de la compétence environnementale de l'UE prévue à l'article 192 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), toutes ces autres dispositions ont été adoptées sur le fondement de l'article 114 du TFUE relatif à l'harmonisation des législations environnementales entre États membres en vue d'établir et de garantir le fonctionnement du marché intérieur.

8 La rencontre entre le numérique et la protection de l'environnement sur le terrain du marché intérieur n'est guère surprenante. Ce dernier a tant contribué à faire naître la politique communautaire environnementale[11] qu'à mettre en place le « marché unique du numérique » (Marti, 2023). Le marché intérieur délimite ainsi un cadre incontournable pour appréhender le développement insoutenable du numérique. Les impératifs européens du marché ont impulsé l'émergence d'un droit de la régulation européen et national, notamment avec la libéralisation du secteur des télécommunications[12]. L'objectif de réduction de l'empreinte environnementale du numérique implique désormais de composer avec les droits de régulation économique qui rythment les évolutions juridiques applicables au secteur. Le législateur en a pris note en conférant de nouvelles prérogatives à deux autorités de régulation : l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ARCEP) et l'Autorité de régulation des communications audiovisuelles et numériques (ARCOM).

9 Contrairement à la réglementation qui désigne un ensemble de règles impératives auxquelles une activité est assujettie, la régulation se présente comme un « nouveau mode d'action de l'administration, plus souple et pragmatique, se développant principalement en matière économique » (Bénabant, Gaudemet, 2022). Si l'on reprend les travaux de Marie-Anne Frison-Roche, le droit de la régulation peut se définir comme l'encadrement juridique d'un secteur économique en vue d'assurer son fonctionnement équilibré. À cette fin, il concilie l'exercice d'une concurrence libre et non faussée avec la préservation d'autres intérêts publics (Frison-Roche, 2001). Il a la particularité d'être mis en œuvre par une autorité de régulation spécialisée dans le domaine régulé : énergie, transports, communications électroniques… Cette autorité est chargée de superviser et de contrôler les comportements des acteurs du secteur régulé grâce à des moyens juridiques spéciaux, comme la délivrance d'autorisations, l'application de sanctions, voire la définition de la réglementation applicable. Le législateur doit toutefois expressément lui conférer de telles prérogatives. Malgré la diversité des domaines régulés, les différents secteurs sont tous soumis à des exigences de transparence pour permettre au régulateur de constater et de corriger les déséquilibres d'un marché (*ibid.*). Pour offrir des garanties d'impartialité et de souplesse

dans l'orientation du marché, l'autorité de régulation doit remplir des conditions organiques d'indépendance tant à l'égard des personnes régulées que de l'État (Guinchard, Debard, 2021, p. 902).

10 La régulation du secteur du numérique fait l'objet d'une « fragmentation organique[13] » en raison de sa dualité matérielle et virtuelle. L'ARCEP a ainsi la charge de réguler le marché des communications électroniques, qui comprend la gestion des infrastructures matérielles du numérique. Quant à la régulation des communications audiovisuelles numériques, elle ressort de la compétence de l'ARCOM. Si le législateur a choisi de scruter davantage le marché des contenus audiovisuels, c'est à cause de leur aspect particulièrement énergivore combiné à leur progression constante[14].

11 Jusqu'alors, l'ARCEP et l'ARCOM assuraient l'équilibre du secteur du numérique en conciliant l'instauration d'une concurrence libre et non faussée avec des intérêts comme l'aménagement du territoire pour l'ARCEP[15] ou le respect du pluralisme politique pour l'ARCOM[16]. En revanche, les considérations écologiques n'étaient pas prises en compte malgré l'inscription de l'atteinte d'un niveau élevé de protection de l'environnement parmi les objectifs poursuivis par l'ARCEP et le Conseil supérieur de l'audiovisuel, ancêtre de l'ARCOM, depuis 2010[17]. Le juge administratif n'a jamais eu l'occasion de préciser la portée de cet objectif pourtant explicite (Silicani, 2022, p. 1).

12 Le secteur du numérique fait l'objet d'un « déséquilibre structurel » (Favro, 2019, p. 10) qui compromet la réalisation des objectifs environnementaux. Fort de ce constat, l'objet de la présente contribution est d'analyser, aux termes des deux nouvelles lois, la manière dont les autorités de régulation sont susceptibles de faire valoir la protection de l'environnement au sein du marché du numérique.

13 Il ressort des nouvelles dispositions légales que les autorités de régulation sont appelées à accroître la transparence du numérique sur son empreinte environnementale (1) sans pour autant contraindre les acteurs du numérique à agir (2).

1. La recherche de transparence sur l'empreinte environnementale du numérique

14 En tant qu'« objectif partagé » entre la politique environnementale et la stratégie numérique sur le plan européen, le renforcement de la transparence du numérique sur son empreinte environnementale fait figure de « balise juridique » susceptible d'organiser la convergence entre les transitions numérique et écologique (Hervé-Fournereau, 2023). À cet égard, les autorités de la régulation du numérique cherchent à améliorer les connaissances relatives aux impacts du numérique sur l'environnement (1.1). Elles entendent ainsi faciliter la réutilisation d'informations fiables relatives aux impacts du secteur afin de tenter d'orienter le marché du numérique vers une dynamique écologique plus vertueuse (1.2).

1.1. Le renforcement des connaissances relatives aux impacts du numérique

15 Au cours de la dernière décennie, de multiples rapports ont invité les autorités publiques à combler l'insuffisance de connaissances observée[18]. À rebours de l'urgence écologique, le législateur refuse d'engager des mesures ambitieuses tant que la connaissance des impacts n'aura pas été affinée (1.1.1). À cette fin, il a doté l'ARCEP du pouvoir de collecter les données environnementales détenues par les acteurs du numérique (1.1.2).

1.1.1. L'attente discutable de données supplémentaires

16 Dans la continuité des positions adoptées par les institutions françaises et européennes[19], le législateur a choisi de ne pas obliger les acteurs du numérique à agir sans connaître précisément leurs impacts sur l'environnement. Ce parti pris contraste avec le contexte d'urgence écologique. Pour rappel, le numérique contribue au réchauffement climatique et à la raréfaction des ressources en eaux douces, deux phénomènes sur lesquels le Groupement intergouver-

nemental des experts sur le climat (GIEC) ne cesse d'alerter les décideurs sur la nécessité d'agir sans plus attendre pour éviter la réalisation de dommages irréversibles[20]. Il convient dès lors de s'intéresser aux causes de ce refus d'agir malgré le constat du développement insoutenable du numérique.

17 L'immobilisme des institutions publiques est symptomatique de la sacralisation du progrès technique que décrivait notamment Jacques Ellul dans son ouvrage phare *La technique ou l'enjeu du siècle*. La nécessité de quantifier précisément les impacts du numérique traduit l'attitude scientifique contemporaine selon laquelle « ne peut être connu que ce qui est chiffré, ou du moins chiffrable » (Ellul, 2008, p. 15). Dès lors, les incidences environnementales avérées mais non quantifiées sont considérées comme inexistantes. Aux yeux des décideurs, elles ne peuvent pas justifier l'adoption de mesures entravant la transition numérique. Dernière preuve de la difficulté à questionner le développement du numérique, les institutions publiques contrebalancent systématiquement le problème de son empreinte en mentionnant sa contribution supposée à la transition écologique[21]. Le progrès technique et son corollaire numérique bénéficient ainsi d'une présomption de bienfaisance. Seule une évaluation rigoureuse des impacts environnementaux peut l'atténuer, sans pour autant la renverser.

18 Lorsque les impacts environnementaux sont précisément quantifiés, les normes environnementales devraient se contenter de réguler le développement du numérique et ses effets indésirables. La transition numérique peut seulement faire l'objet d'une correction dans un sens plus favorable à l'environnement, mais elle ne peut nullement être remise en cause. L'échec de l'opposition au déploiement de la 5G l'a illustré de manière significative, tant d'un point de vue politique que normatif ou jurisprudentiel. Du point de vue du discours politique, le questionnement de la soutenabilité écologique du déploiement de la 5G a fait l'objet d'un discrédit méprisant (Makowiak, 2020). Ainsi, le président de la République française a qualifié les opposants écologistes de partisans du « modèle Amish » souhaitant revenir à la « lampe à huile[22] ». Du point de vue normatif, la Convention citoyenne pour le climat préconisait d'instaurer un moratoire sur le déploiement de la 5G « en attendant les résultats de l'évaluation » sur ses effets climatiques (2020, p. 156). Cette proposition fut l'une des

seules à être rejetée d'emblée par le pouvoir exécutif, malgré l'absence d'évaluation des incidences sur l'environnement, lors de l'élaboration de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (loi Climat et Résilience) [Fauvel, 2020]. Enfin, du point de vue jurisprudentiel, le Conseil d'État a rejeté les recours d'associations de protection de l'environnement demandant la suspension et l'annulation du déploiement de la 5G en l'absence d'évaluation de ses incidences sur l'environnement [23].

19 La transition numérique est d'autant plus délicate à remettre en cause que le droit de l'environnement s'est développé en l'intégrant comme moyen au service de sa finalité. En effet, le droit de l'environnement entretient une « dépendance étroite » avec les sciences et la technologie (Prieur, 2019, p. 6), et cette dépendance s'étend aux technologies numériques. Déjà, l'informatique a joué un rôle central pour appréhender la complexité des systèmes environnementaux, comme l'illustre la modélisation en matière climatique (Péguy, 1983). Ensuite, l'usage des services numériques tend à se généraliser pour dématérialiser les procédures administratives, garantir l'accessibilité des données relatives à l'environnement ou encore offrir une meilleure information aux consommateurs [24]. Au regard de ces multiples utilisations, le droit de l'environnement a paradoxalement davantage contribué à la diffusion des technologies numériques plutôt qu'à la correction de leur développement insoutenable.

20 Pourtant, la transition numérique n'a rien d'inéluctable. Elle résulte d'un projet politique exprès qui se manifeste par l'adoption de normes juridiques. Seulement, les décisions normatives organisant la transition numérique ne relèvent pas du droit de l'environnement, à l'exception des cas mentionnés au paragraphe précédent. Ainsi, le déploiement de la 5G est une exigence européenne prévue à l'article 54 de la directive du 11 décembre 2018 établissant le Code des communications électroniques européen [25]. Le choix de ne pas obliger les acteurs du numérique à agir sans connaissances précises témoigne du refus d'intégrer les constats scientifiques environnementaux dans les décisions relatives aux choix technologiques opérés. Tant que les institutions françaises et européennes refuseront d'engager une réelle réflexion sur l'acceptabilité des usages numériques promus au regard de leurs coûts environnementaux, le

principe d'intégration sera encore loin d'avoir déployé tout son potentiel en matière de protection de l'environnement [26].

21 En attendant, l'empreinte environnementale du secteur du numérique présente la particularité d'être difficilement quantifiable, tant à l'échelle nationale que mondiale. Concernant son empreinte carbone, les estimations lui attribuent entre 2 et 4,3 % des émissions mondiales de gaz à effet de serre, ce qui représente une marge d'erreur non négligeable (Conseil national du numérique, 2020a, p. 29). Ces disparités s'expliquent par la complexité de l'architecture matérielle du numérique. Son fonctionnement fait intervenir une pluralité d'acteurs et d'infrastructures répartis aux quatre coins du globe. En outre, la nature et l'ampleur de leurs incidences environnementales varient en fonction de nombreux facteurs tels que la composition du mix énergétique d'un pays.

22 Seuls les acteurs du numérique sont en mesure de connaître les incidences de leurs activités sur l'environnement. Face à la dispersion des informations entre un grand nombre de personnes privées, il est nécessaire de recueillir les données relatives à l'empreinte environnementale du numérique de manière centralisée. C'est dans ce sens que l'article premier de la loi visant à renforcer la régulation environnementale du numérique a conféré des nouveaux pouvoirs de régulation à l'ARCEP [27].

1.1.2. Une collecte des données sur les impacts du numérique en France

23 L'ARCEP organise dorénavant le recueil d'informations ou de documents relatifs à l'empreinte environnementale du secteur du numérique [28]. Le législateur propose une appréhension du secteur du numérique fondée sur ses acteurs, que l'ARCEP a la charge d'identifier. Au terme de la décision n° 2022-2149 en date du 22 novembre 2022 relative à la collecte annuelle des données environnementales [29], les opérateurs de communications électroniques, de centres de données et les fabricants d'équipements terminaux sont désormais tenus de fournir des informations environnementales à l'ARCEP [30], dans la mesure où leur activité dépasse un certain seuil [31]. L'ARCEP n'exclut pas pour la suite d'étendre ce régime

à d'autres acteurs tels que les fournisseurs de systèmes d'exploitation (2020, p. 90).

24 Le contenu des informations demandées dépend de la catégorie des acteurs concernés car les impacts environnementaux ne sont pas de même nature en fonction de l'activité évaluée [32]. Malgré la variabilité des impacts, les trois catégories d'acteurs doivent informer l'ARCEP sur la quantité de gaz à effet de serre émis du fait de leurs activités. La contribution croissante du numérique au changement climatique fait figure de problématique environnementale transversale touchant l'ensemble de la chaîne de valeur du numérique.

25 Bien qu'elle ne soit pas expressément mentionnée comme telle, la création du régime de collecte des données implique *de facto*, pour les acteurs concernés, une obligation d'évaluer les incidences environnementales de leurs activités. À défaut, ils ne seront pas en mesure de transmettre les informations environnementales exigées. Ils devront donc investir des moyens financiers, techniques et humains pour quantifier leurs impacts environnementaux sans pour autant devoir effectivement les réduire.

26 L'ARCEP se réserve la possibilité d'imposer une sanction financière à l'encontre de toute personne refusant de fournir les informations demandées ou communiquant de fausses informations [33]. Si l'occasion se présente, il lui appartiendra de fixer une amende suffisamment élevée pour dissuader tout professionnel du numérique de se soustraire aux obligations de transmission des informations [34].

27 Enfin, il faut noter que les données environnementales exigées demeurent circonscrites aux activités exercées sur le territoire français seulement [35]. Il n'en ressort qu'un panorama incomplet des incidences globales que produisent les usages numériques des Français sur l'environnement. En effet, en raison du caractère transnational d'Internet, la majorité des services numériques consommés en France sont fournis par des acteurs hébergeant leurs données au sein de pays tiers, notamment aux États-Unis [36]. Même si l'ARCEP étend le régime de collecte aux plus gros fournisseurs de services numériques ayant des centres de données situés à l'étranger, ces derniers pourront se prévaloir de l'inapplicabilité du droit français en raison de l'implantation de leurs infrastructures sur le territoire d'un autre État (Jacob, 2020).

28 Seule une extension de ce régime par l'intermédiaire du droit communautaire permettrait de contourner cette limite de territorialité du droit. L'échelle européenne constitue un niveau juridique plus pertinent pour exiger la fourniture d'informations de la part d'acteurs étrangers soucieux d'accéder au marché unique numérique. Au terme des *Digital Market Act* et *Digital Services Act* nouvellement adoptés, l'accès aux informations détenues par les plateformes numériques est devenu un « objectif à part entière » dans leur régulation (Blandin-Obernesser, 2023, p. 695). On peut regretter le désintérêt de ces législations pour les informations relatives à l'empreinte environnementale des plus grosses plateformes (ou *gatekeepers*), même si une refonte dans ce sens reste envisageable.

29 Pour l'heure, le régime de collecte des données environnementales va déjà substantiellement améliorer l'évaluation des impacts environnementaux du numérique sur le territoire français et leur évolution.

1.2. La réutilisation des connaissances relatives aux impacts du numérique

30 Le nouveau pouvoir de collecte de l'ARCEP ne lui permet pas de mesurer les impacts des usages numériques, qui échappent à sa compétence. Face à la dualité matérielle et virtuelle du numérique, un décloisonnement des expertises des différentes autorités s'est révélé nécessaire pour quantifier les impacts des services numériques (1.2.1). Le fait que les usages numériques exercent une pression croissante sur les milieux naturels peut paraître contre-intuitif. Après tout, un vocabulaire évanescent flotte autour du numérique, et ce jusqu'à son champ lexical juridique comme l'illustre l'usage du vocable « droit de l'immatériel » ou encore la mention de « dématérialisation » des procédures. Or, l'empreinte croissante du numérique sur l'environnement trouve sa cause dans l'augmentation continue des usages numériques. C'est pourquoi la sensibilisation des utilisateurs est au cœur de la régulation environnementale du numérique (1.2.2).

1.2.1. Une évaluation décloisonnée des impacts du numérique

31 La transversalité des enjeux environnementaux démontre la nécessité de dépasser l'approche d'une régulation du numérique « en silo » (Saint-Pulgent, 2016, p. 4). L'ARCEP ne dispose d'aucune expertise en matière de protection de l'environnement. Pour pallier ce manque de compétences, elle collabore de plus en plus avec l'Agence de l'environnement et de la maîtrise d'énergie (ADEME)[37]. Après des collaborations ponctuelles[38], la loi REENF a institutionnalisé la coopération entre l'ADEME et l'ARCEP avec la création sous leur tutelle conjointe d'un organisme chargé de quantifier les impacts environnementaux du numérique : l'Observatoire des impacts environnementaux du numérique[39]. Ce nouvel organisme utilisera les données environnementales collectées par l'ARCEP pour quantifier, d'une part, l'empreinte environnementale globale du numérique en France et, d'autre part, les impacts liés aux seuls usages numériques.

32 Concernant les impacts globaux du numérique, l'ARCEP doit désormais dresser chaque année le bilan de l'empreinte environnementale des secteurs des communications électroniques, des terminaux et des centres de données[40]. Cette obligation a motivé la limitation du champ d'application personnel de la décision n° 2022-2149 relative à la collecte annuelle des données environnementales aux acteurs de ces secteurs. Grâce à la collecte des données, l'ARCEP constatera aisément si les efforts fournis par ces acteurs permettent d'enrayer leur emprise néfaste croissante sur les milieux naturels.

33 Quant à la quantification des impacts des usages numériques, tels que l'envoi d'un e-mail ou le visionnage d'une vidéo, elle requiert dans un premier temps de disposer de toutes les informations pertinentes relatives aux impacts des biens matériels numériques, puis, dans un second temps, de partager les mêmes méthodologies d'évaluation (ADEME/ARCEP, 2022, p. 4). Premièrement, les données environnementales collectées devraient vraisemblablement bénéficier du régime juridique relatif à l'accessibilité des informations environnementales détenues par une autorité publique[41], dans la mesure où elles ne sont pas couvertes par le secret des affaires (ARCEP, 2020, p. 89). L'ARCEP travaille actuellement à garantir l'accessibilité de ces

données en élaborant un « baromètre environnemental du numérique » (ADEME/ARCEP, 2022, p. 17). La mise à disposition des données collectées devrait faciliter leur réutilisation, notamment de la part des organisations non gouvernementales engagées dans la quantification des impacts des usages numériques [42]. Deuxièmement, il faut harmoniser les méthodologies de mesure des impacts pour obtenir une quantification fiable. À défaut, les disparités de calcul persisteront et les méthodologies pourraient servir d'instrument de *greenwashing* [43].

34 La fragmentation organique de la régulation numérique accentue le besoin d'interrégulation pour élaborer des méthodologies fiables d'évaluation des impacts des usages en ligne (Frison-Roche, 2005). Les compétences de l'ADEME et de l'ARCEP peuvent rapidement se révéler insuffisantes sans information sur les contenus diffusés. Inversement, toute autorité régulant les contenus numériques ne peut évaluer leurs impacts sans les informations relatives aux incidences des infrastructures matérielles sur l'environnement. C'est pourquoi le législateur a engagé une coopération tripartite entre l'ARCEP, l'ADEME et l'ARCOM, en faisant appel à l'expertise de cette dernière en matière de communications audiovisuelles. Elles doivent dorénavant mettre en commun leur expertise pour élaborer une méthodologie de calcul de l'empreinte carbone des vidéos en ligne [44]. Pour rappel, l'article 15 de la loi Climat et Résilience avait déjà chargé l'ARCOM et l'ARCEP de publier un rapport mesurant l'impact environnemental des différents modes de diffusion des services de médias audiovisuels.

35 Au-delà de l'élaboration de guides, les autorités de régulation peuvent également fournir aux acteurs du numérique les méthodes de calcul des impacts. Dans ce sens, l'ADEME a dû mettre à disposition des fournisseurs d'accès à Internet une méthodologie évaluant la quantité de gaz à effet de serre émise du fait de la consommation de données en ligne [45].

36 À l'avenir, d'autres autorités de régulation pourraient être sollicitées, voire se manifester spontanément, afin de mesurer les impacts de catégories d'usages numériques en plein essor et compris dans leurs domaines de compétences. On peut notamment penser à la possibilité pour l'Autorité des marchés financiers de se saisir de l'impact

environnemental croissant des cryptomonnaies, dont le développement a attiré l'attention du législateur [46].

37 Grâce à des méthodologies harmonisées, les utilisateurs devraient disposer de plus d'informations fiables sur les impacts environnementaux de leurs usages numériques. Ils devraient ainsi pouvoir adapter leur comportement en ligne dans un sens plus écologiquement responsable.

1.2.2. La sensibilisation des utilisateurs

38 Dès 2010, l'OCDE appelait les États membres à mieux sensibiliser le public et les consommateurs sur les « implications environnementales de l'utilisation des TIC » (OCDE, 2010, p. 5). La transparence sur les impacts environnementaux du numérique doit permettre de remédier à cette méconnaissance généralisée de la part du grand public en lui fournissant une information qualitative (Chevrollier, Houllegatte, 2020, p. 30).

39 À l'instar de bien d'autres domaines comme l'énergie ou l'alimentation (Bodiguel, 2022, p. 135), le droit de l'environnement applique progressivement le paradigme de la consommation durable au marché des biens et services numériques. Avec la loi du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, le législateur a introduit de nouvelles obligations d'information des consommateurs sur les caractéristiques environnementales de certains produits numériques. Concernant l'allongement de la durée de vie des biens numériques, un indice de réparabilité indique désormais aux consommateurs le caractère plus ou moins réparable des *smartphones* et ordinateurs portables [47]. Quant aux services numériques, les fournisseurs d'accès à Internet doivent informer leurs abonnés sur la quantité de gaz à effet de serre émis du fait de la consommation de données en ligne [48].

40 Au-delà des obligations légales, les régulateurs incitent les acteurs du numérique à fournir plus d'informations sur les impacts liés à la consommation des contenus numériques. Dans cet esprit, l'ARCOM doit adresser aux fournisseurs de vidéos en ligne une recommandation les invitant à informer leurs clients sur l'empreinte carbone des vidéos [49]. L'accessibilité des données environnementales collectées par l'ARCEP devrait également permettre à la société civile

d'alimenter des outils visant à améliorer l'information des utilisateurs, comme l'extension *Carbonalyser*, développée par The Shift Project [50].

41 Le législateur a pris le parti d'engager la transition écologique du numérique en recourant à la « régulation par la donnée » (Chevrollier, Houllegatte, 2020, p. 21). La diffusion des informations relatives aux impacts environnementaux du numérique mettrait les utilisateurs en capacité d'effectuer des choix numériques plus éclairés [51]. Ils seraient ainsi en mesure de modifier leurs usages de manière telle que le marché des biens et services numériques trouverait un nouvel équilibre durable grâce à l'orientation écologique de la demande. Néanmoins, cette vision simplificatrice occulte les multiples facteurs psycho-sociologiques mobilisés par les entreprises pour pousser les individus à consommer toujours plus de produits (Bodiguel, 2022, p. 136). En effet, le marché des services numériques n'est pas avare en techniques visant à capter l'attention des utilisateurs à des fins mercantiles, ce qui soulève d'ailleurs un réel risque pour la santé publique (Desmurget, 2019).

42 Malgré l'importance de la transparence, la politique environnementale du numérique ne saurait se focaliser exclusivement sur la sensibilisation des utilisateurs, au risque de créer une déresponsabilisation totale des professionnels du numérique. Il convient dorénavant de s'intéresser à la mesure dans laquelle les autorités de régulation entendent influer sur l'offre des biens et services numériques pour diminuer l'empreinte environnementale globale du secteur.

2. Une régulation fondée sur le volontarisme des acteurs du numérique

43 Les acteurs du numérique devraient bénéficier d'un véritable accompagnement de la part des autorités de régulation. Ces dernières vont paver le chemin que les professionnels du numérique sont appelés à suivre de leur gré (2.1). Il est toutefois loisible de questionner la viabilité d'une promotion exclusive des démarches volontaires en l'absence de résultats concrets (2.2).

2.1. La promotion exclusive des démarches volontaires

44 Les autorités de régulation se contentent d'aiguiller les comportements des acteurs du numérique qui demeurent libres, en dernier ressort, d'adopter des mesures réduisant leur empreinte environnementale (2.1.1). Le législateur a refusé de confier aux autorités de régulation des prérogatives contraignant les acteurs du numérique à engager des actions plus ambitieuses (2.1.2).

2.1.1. Une promotion à mi-chemin entre l'autorégulation et la corégulation

45 Le renforcement de la transparence du secteur du numérique vise à aiguiller son autorégulation par le biais de démarches volontaires spontanées. Avec l'instauration du régime de collecte des données environnementales par l'ARCEP, certains acteurs du numérique savent que leurs impacts environnementaux sont dorénavant connus des autorités de régulation, et plus largement du public. Face à la hausse supposée d'une demande plus écologique, les acteurs du numérique sont indirectement incités à réduire leurs impacts environnementaux pour se démarquer de leurs concurrents et attirer les faveurs des consommateurs. Ils peuvent même, par le biais de contrats, conférer à leurs démarches volontaires une portée obligatoire (Fauvarque-Cosson, 2016). Dans cette optique, les *Corporate Power Purchase Agreements* conclus par des acteurs du numérique avec des fournisseurs d'énergie visent à mettre en œuvre leurs démarches volontaires [52]. Ils s'engagent ainsi à acheter de l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelable sur le long terme.

46 Outre l'obligation de transmettre des données relatives à leurs activités sur l'environnement, les opérateurs de communications électroniques sont désormais tenus d'élaborer une politique de réduction de leur empreinte environnementale et de publier les indicateurs clés relatifs à sa mise en œuvre [53]. Cette obligation d'information constitue une déclinaison du principe de prévention car les opérateurs vont engager une réflexion pour éviter, réduire ou compenser leurs impacts sur l'environnement. Bien qu'ils ne soient pas pour autant soumis à une obligation de résultat, l'accessibilité des données

relatives aux impacts de leurs activités devrait permettre de facilement savoir s'ils respectent ou non les objectifs qu'ils se sont volontairement fixés.

47 Les acteurs privés du numérique ne bénéficient pas forcément des connaissances techniques nécessaires pour diminuer leurs impacts environnementaux. C'est pourquoi les autorités de régulation sont chargées de les éclairer sur la marche à suivre en mettant à leur disposition des documents décrivant les bonnes pratiques à adopter. Aux termes de la loi REENF, l'ARCEP, l'ARCOM et l'ADEME doivent coopérer pour élaborer deux guides de conduites écologiques : un référentiel général de l'écoconception des services numériques à destination de tous les fournisseurs de services numériques soucieux de réduire leurs impacts environnementaux [54], et la recommandation relative à l'information des consommateurs sur l'impact climatique des vidéos à destination des fournisseurs de services audiovisuels, déjà mentionnée [55]. Les acteurs visés par ces documents ne seront nullement contraints de suivre les comportements préconisés.

48 Comme l'a illustré la consultation publique organisée par l'ARCOM pour recueillir les observations des fournisseurs de services vidéo (ARCOM, 2022), l'élaboration de ces guides de conduite s'inscrit dans une démarche de corégulation avec une « coopération active » entre les autorités de régulation et les fournisseurs de services numériques (Favro, 2019, p. 17). La structure des autorités de régulation favorise la concertation avec les acteurs du numérique (Frison-Roche, 2001, p. 616), ce qui permet d'échanger sur les meilleures pratiques existantes pour faciliter leur diffusion et leur acceptabilité.

49 Le recours à des référentiels non contraignants à destination des acteurs du numérique s'inscrit dans la continuité de ce que l'UE a entrepris en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre des centres de données. Depuis 2008, la Commission européenne travaille à l'élaboration et à la modification d'un «Code de conduite européen pour l'efficacité énergétique des centres de données [56], sur lequel ces derniers peuvent s'appuyer pour limiter leur consommation énergétique. Plus largement, tant la politique européenne du numérique (Marti, 2023, p. 242) que la politique européenne de l'environnement (Börkey, Glachant, 1998, p. 2) accordent une place de choix aux codes de conduite et aux principes éthiques

pour orienter les comportements des acteurs visés. En conférant une valeur législative aux deux guides de conduites écologiques susmentionnés, la loi REENF contribue à catalyser leur essor pour inciter les acteurs du numérique à diminuer leurs impacts sur l'environnement.

50 Hors du cadre légal, les autorités de régulation demeurent libres d'engager une réflexion sur la problématique environnementale du numérique dans tout domaine qu'elles jugent utile, avant d'éventuellement adresser de nouvelles recommandations aux acteurs régulés. À titre d'exemple, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), qui tend à s'imposer comme autorité de régulation (Favro, 2019, p. 31), cherche désormais à lier la protection des données personnelles à la protection de l'environnement (CNIL, 2022).

51 En matière de réduction de l'empreinte environnementale du numérique, les autorités de régulation privilégient clairement l'adoption de démarches volontaires, à rebours de la proposition de loi REENF initiale qui aspirait à imposer des mesures techniques contraignantes aux acteurs du numérique.

2.1.2. Le rejet manifeste d'une réglementation à l'échelle nationale

52 Les débats parlementaires ont fait ressortir une forme de rejet à l'égard de la réglementation des acteurs du numérique sur le plan national. La préférence du législateur pour l'autorégulation et la corégulation s'est manifestée dans l'affaiblissement de la portée juridique de plusieurs dispositions.

53 La proposition de loi initiale contenait une série de mesures techniques contraignantes pour obliger les fournisseurs de services numériques à limiter directement ou indirectement la quantité de données consommées par les utilisateurs : obligation d'adapter la qualité des vidéos à la résolution maximale du terminal utilisé [57], interdiction de la lecture automatique des vidéos par défaut [58], ou encore proscription du déroulement infini (ou *scrolling* illimité) [59]. La proposition adoptée par le Sénat en première lecture a dilué l'ensemble de ces mesures au sein du référentiel d'écoconception des services numériques [60], qui avait alors vocation à s'imposer impérati-

vement aux fournisseurs de services numériques générant la plus grosse part du trafic Internet en France. Elle a également instauré une obligation d'information sur l'impact climatique des vidéos en ligne [61].

54 La « force normative » (Thibierge *et al.*, 2009) de ces mesures a finalement été abaissée au rang de dispositions incitatives avec le référentiel d'écoconception des services numériques et la recommandation relative à l'information des consommateurs sur l'impact climatique des vidéos [62]. L'amoindrissement de l'ambition de la proposition de loi s'est également manifesté par la transformation d'une obligation de faire en une simple obligation de dire. Alors que les opérateurs de communications électroniques étaient initialement appelés à prendre des engagements pluriannuels contraignants de réduction de leurs impacts environnementaux, dont la méconnaissance aurait pu être sanctionnée par l'ARCEP, le législateur a finalement préféré ne leur imposer qu'une simple obligation de publication des objectifs de réduction de l'empreinte environnementale [63].

55 Ces affaiblissements ont eu une incidence sur le rôle dévolu aux autorités de régulation en matière de réduction de l'empreinte environnementale du numérique. En effet, l'ARCEP était initialement pressentie pour exercer une réelle police environnementale du numérique en contrôlant l'application des dispositions impératives et en sanctionnant leurs manquements [64]. Or, aux termes des deux lois, elle ne dispose d'aucune prérogative pour contraindre les acteurs du numérique à agir.

56 Il ressort des débats parlementaires que la question de la réduction de l'empreinte environnementale du numérique ne peut être pensée en dehors du cadre du marché intérieur européen, au sein duquel s'échangent biens et services numériques. Le droit européen demeure l'échelon le plus adéquat pour adopter toute mesure technique contraignante à destination des acteurs du numérique. Comme l'a illustré l'abandon de l'obligation d'écoconception des services numériques, le droit français ne peut contraindre les fournisseurs de services numériques établis hors de France sans contrevenir au principe européen du « pays d'origine » tel que prévu dans la directive *e*-commerce de 2000 [65]. Seuls les acteurs numériques installés en France auraient été assujettis à de telles dispositions. Le gouverne-

ment et les députés craignaient une perte de compétitivité des entreprises françaises face à leurs concurrents étrangers, sans qu'il en résulte pour autant des effets environnementaux significatifs au regard de leur faible contribution quantitative au trafic Internet à l'échelle du territoire (Chevrollier, Houllegatte, 2020, p. 91).

57 L'émergence d'une réglementation environnementale du numérique présente plus d'intérêts en termes d'efficacité si elle est adaptée au niveau européen en raison de son arrimage au marché unique. Or, face à un droit communautaire qui privilégie également les engagements volontaires, le cadre juridique en vigueur ne permet pas d'engager une réduction effective de l'empreinte environnementale du numérique.

2.2. L'insoutenabilité d'une promotion exclusive des démarches volontaires

58 La priorité accordée aux démarches volontaires des entreprises du secteur trouve son inspiration dans une orientation idéologique prégnante en droit européen selon laquelle l'« objectif indépassable » (Desprès, 2018, p. 62) demeure la croissance verte (2.2.1). Malgré l'absence d'obligations d'agir, les acteurs du numérique ont dorénavant conscience que leurs impacts sont surveillés, et qu'ils s'exposent donc à l'adoption d'une réglementation plus contraignante en l'absence d'amélioration de leur performance environnementale (2.2.2).

2.2.1. Une régulation au service de la croissance verte

59 Conformément à l'article 3 du Traité sur l'Union européenne, l'établissement d'un marché intérieur a pour objectif d'assurer le développement durable de l'Europe en conciliant « une croissance économique équilibrée » avec un « niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement ». À cet égard, il ne faut pas oublier que le Pacte vert de la Commission européenne constitue principalement une « stratégie de croissance » économique (Commission européenne, 2019). Bien qu'il soit désormais établi que la hausse des activités économiques aggrave la détérioration de la

nature et nous confronte aux limites de la planète, l'UE refuse toujours de remettre en cause une « croissance potentiellement illimitée » (Desprès, 2018a, p. 62).

60 La quête effrénée d'une croissance durable a des incidences sur les choix normatifs opérés en matière de réduction de l'empreinte environnementale du numérique. L'UE préfère éviter d'imposer aux acteurs du numérique des exigences environnementales contraignantes à deux titres. Premièrement, il convient de favoriser le développement du secteur car il est porteur de croissance économique [66]. Deuxièmement, en raison de son caractère innovateur, le domaine du numérique constitue un secteur clé pour mettre en œuvre la croissance verte. Les institutions s'empêtrent dans la « croyance » selon laquelle les progrès technologiques et la généralisation des TIC assureront le découplage absolu entre la croissance économique et la destruction des ressources naturelles (Desprès, 2018b, p. 277-280). Dans ce sens, la Commission européenne affirme que la « transformation numérique » devrait jouer un rôle essentiel pour faire émerger une économie « dans laquelle la croissance économique sera dissociée de l'utilisation des ressources » (2019, p. 2 et p. 8).

61 Or, l'objectif d'une croissance verte ne peut pas servir de cap pour organiser la transition écologique du secteur du numérique. En matière climatique (Thieffry, 2006, p. 158), la priorité accordée à l'amélioration de l'efficacité énergétique des produits liés à l'énergie a illustré cette croyance dans la capacité du progrès technique à résoudre des problèmes environnementaux [67]. La diminution de la consommation énergétique unitaire des équipements terminaux concernés, comme les ordinateurs portables [68], aurait dû provoquer une réduction de la consommation d'énergie globale et les émissions de gaz à effet de serre afférentes. Or, le constat est des plus limpides : malgré les progrès impressionnants réalisés par le secteur en matière d'efficacité énergétique, la consommation liée au numérique n'a cessé d'augmenter à cause de la hausse continue du nombre d'équipements numériques produits et des effets rebonds (Bol, Pirson, Dekimpe, 2021). Tant que le droit européen se contentera d'atténuer les impacts des biens et services sans remettre en cause l'exploitation illimitée de la nature et la consommation de masse (Saadeler, 2010, p. 10, 20), la réduction de l'empreinte environnementale du numérique restera grandement compromise. L'absence de mention du concept de

sobriété dans les documents communautaires s'intéressant à cette problématique n'augure malheureusement pas d'une remise en question des besoins numériques actuels (Commission européenne, 2019, 2020a et 2020b).

62 La réglementation environnementale peut apparaître comme un frein entravant les activités des entreprises du numérique, obstruant leur capacité d'innovation, et finalement nuisant à l'objectif d'une « croissance économique verte ». Les entreprises privées plébiscitent l'adoption des engagements volontaires afin d'éviter les coûts relatifs au respect de la réglementation environnementale (Börkey, Glachant, 1998, p. 2). Le droit européen privilégie expressément l'adoption de démarches volontaires de la part d'acteurs du numérique, et la réglementation ne peut intervenir qu'à des fins correctrices [69]. L'écoconception des équipements numériques en constitue un exemple topique. Un règlement d'exécution avec des exigences contraignantes pour les fabricants d'équipements numériques ne peut être adopté que lorsque les « forces du marché ne parviennent pas à progresser dans la bonne direction [70] ».

63 Outre l'objectif de ne pas entraver l'innovation d'un secteur stratégique, le recours à la réglementation en dernier ressort est également motivé par le souci de limiter les dépenses publiques jugées nuisibles à la croissance économique [71]. L'UE regarde la réglementation environnementale comme un moyen d'action dont l'élaboration et la mise en œuvre nécessitent d'engager des moyens financiers, administratifs et humains. À cet égard, elle adopte une « analyse économique du droit de l'environnement » (Faure, 2007), en appréciant l'opportunité de recourir à la réglementation à l'aune de critères économiques. Les engagements volontaires sont présumés être plus efficients que des exigences contraignantes « onéreuses [72] » et permettraient ainsi d'atteindre les objectifs recherchés à un moindre coût.

64 Ce n'est que lorsque les engagements volontaires se sont révélés défaillants et que les objectifs ne sont manifestement pas atteints qu'une réglementation devient envisageable.

2.2.2. Un volontarisme subordonné à l'atteinte d'objectifs environnementaux ?

65 Les autorités de régulation disposent de pouvoirs qui leur permettent seulement de suivre les progrès réalisés par le secteur. Elles n'en demeurent pas moins en mesure de surveiller les impacts environnementaux des acteurs du numérique, puis d'en déduire si la promotion de démarches volontaires porte ses fruits (ARCEP, 2020, p. 83). À défaut, elles pourront préconiser l'adoption d'une réglementation plus contraignante pour assurer la transition écologique du numérique.

66 La régulation environnementale du numérique a vocation à évoluer rapidement au fil de l'amélioration des connaissances. En effet, aux termes de l'article 4 de la loi REENF, l'Observatoire des impacts environnementaux du numérique a été institué pour être force de proposition de nouvelles mesures. Si les acteurs du numérique ne parviennent pas à réduire leurs impacts d'eux-mêmes, conférer un pouvoir réglementaire aux autorités de régulation demeure une option envisageable. Régulation et réglementation ne s'excluent pas mutuellement, cette dernière constituant un instrument à disposition des autorités de régulation pour atteindre leurs objectifs (Frison-Roche, 2001, p. 610). Pour la France, l'adoption d'une réglementation environnementale du numérique ne peut s'envisager que sur le plan européen. C'est notamment pour cette raison que les sénateurs invitent le gouvernement français à porter l'obligation d'écoconception des services numériques au sein des négociations européennes (Chevrollier, Houllegatte, 2020, p. 91).

67 Bien que l'Union européenne privilégie l'adoption de démarches volontaires, elle demeure tout de même susceptible de recourir à la réglementation lorsque les acteurs privés n'ont pas respecté leurs engagements environnementaux. La question de l'harmonisation des chargeurs de téléphones portables en témoigne. L'UE avait poussé les fabricants de téléphones mobiles à adopter des accords volontaires afin d'uniformiser les interfaces de charges de manière qu'il n'y ait plus qu'un seul type de chargeur mis sur le marché. L'objectif était de réduire la quantité de déchets de chargeurs. Les résultats n'ont malheureusement pas été à la hauteur des engagements[73]. C'est

pourquoi l'UE a finalement recouru à la réglementation en obligeant les fabricants de téléphones mobiles à concevoir des modèles compatibles avec le chargeur universel (de type USB-C) à compter du 1er janvier 2024 [74].

68 Si les mesures volontaires prises par les acteurs du numérique se révèlent insuffisantes, les autorités de régulation disposeront des données établissant l'échec de leur autorégulation. Elles ont un rôle à jouer pour appuyer l'adoption d'une réglementation environnementale dans les cas où cela s'avère nécessaire. Les régulateurs français ne sont pas les seuls à se lancer dans la supervision des impacts environnementaux du secteur du numérique. En effet, l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (BEREC) a entamé des réflexions relatives au rôle des autorités nationales de régulation pour réduire l'empreinte du numérique, en se fondant expressément sur les travaux pionniers de l'ARCEP (BEREC, 2022, p. 13). La Commission européenne entend également renforcer le suivi des impacts des centres de données sur l'environnement avec la proposition de refonte de la directive relative à l'efficacité énergétique en cours d'adoption (Commission européenne, 2021b, p. 10). Sauf modification substantielle, les États membres devraient dès 2024 exiger des opérateurs de centre de données qu'ils mettent chaque année à la disposition du public des informations concernant leur performance énergétique et leur empreinte hydrique (*ibid.*, p. 26, p. 58, p. 59 et p. 113). Il appartiendrait aux États membres de communiquer les informations publiées à la Commission.

69 À défaut de faire l'objet d'exigences environnementales contraignantes, les acteurs du numérique ont dorénavant la certitude que les incidences de leurs activités sur l'environnement ont attiré l'attention des régulateurs français et européens. Reste maintenant à déterminer s'ils engageront des actions à la hauteur des ambitions affichées par la loi, ou s'ils se contenteront de procrastiner en renvoyant la responsabilité aux utilisateurs, ces derniers ayant également un rôle certain à jouer en la matière.

BIBLIOGRAPHIE

Les adresses Internet citées dans cet article ont été consultées le 23 février 2024.

Acton M. et al., 2019, *Best practice guidelines for the eu code of conduct on data centre energy efficiency*, *Commission européenne*, ISPRA, JRC114148, [https://e3p.jrc.ec.europa.eu/sites/default/files/documents/publications/jrc114148_best_practice_guide_2019_final.pdf]

ADEME, 2019, *La face cachée du numérique. Réduire les impacts du numérique sur l'environnement*, [https://www.ressources-caue.fr/GED_K/114821393200/GP-face-cachee-numerique.pdf]

ADEME/ARCEP, 2022, *Évaluation de l'impact environnemental du numérique en France et analyse prospective*, note de synthèse, [https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/etude-numerique-environnement-ademe-arcep-note-synthese_janv2022.pdf]

ARCEP, 2022, *L'état d'Internet en France*, rapport d'activité, [https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/rapport-etat-internet-2022-300622.pdf]

ARCEP, 2020, *Pour un numérique soutenable. Rapport d'étape, synthèse de la plateforme de travail et 11 propositions de l'ARCEP pour conjuguer développement des usages et réductions de l'empreinte environnementale du numérique*, [https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/rapport-pour-un-numerique-soutenable_dec2020.pdf]

ARCOM, 2022, *Consultation publique préalable à la publication d'une recommandation visant à informer les usagers de services audiovisuels de la consommation d'énergie et d'équivalents d'émissions de gaz à effet de serre liées à la consommation de données sur ces services*, [https://www.arcom.fr/sites/default/files/2022-12/Arcom%20-%20Consultationpublique_Art%2026_loi_REEN.pdf]

Ausin T., Soro B., 2022, « Empreinte écologique », dans A. Jézéquel, B. Lormeteau, A. Michelot, M. Torre-Schaub (dir.), *Dictionnaire juridique du changement climatique*, Paris, Mare & Martin, p. 229-230

Bénabant A., Gaudemet Y., 2021, « Régulation », dans Id., *Dictionnaire juridique 2022. Tous les mots du droit*, Paris, Lextenso, p. 373-374

BEREC (Body of European Regulators for Electronic Communications), 2022, *BEREC report on sustainability: Assessing BEREC's contribution to limiting the impact of the digital sector on the environment*, BEREC BoR (22) 93, [https://www.berec.europa.eu/system/files/2022-07/10282-berec-report-on-sustainability-assessing_0_3.pdf]

Blandin-Obernesser A., 2023, « *Digital Services Act* et *Digital Market Act* : un nouveau cadre européen pour la régulation des plateformes », dans B. Bertrand (dir.), *La politique européenne du numérique*, Bruxelles, Bruylant, p. 693-702

Bodiguel L., 2022, « Consommation durable », dans A. Jezequel, B. Lormeteau, A. Michelot, M. Torre-Schaub (dir.), *Dictionnaire juridique du changement climatique*, Paris, Mare & Martin, p. 135-136

Bol D., Pirson T., Dekimpe R., 2021, « Moore's law and ICT innovation in the Anthropocene », *Proceedings of the*

IEEE Design, Automation and Test in Europe Conference 2021, Grenoble

Bordage F., 2019a, *Empreinte environnementale du numérique mondial*, GreenIT.fr

Bordage F., 2019b, *Sobriété numérique : les clés pour agir*, Paris, Buchet Chastel

Börkey P., Glachant M., 1998, « Les engagements volontaires de l'industrie : un mode original de réglementation environnementale », *Revue d'économie industrielle*, n° 83, p. 213-224

Castets-Renard C., Ndior V., Rass-Mason L., 2020, « Introduction », dans Id. (dir.), *Enjeux internationaux des activités numériques. Entre logique territoriale des États et puissance des acteurs privés*, Bruxelles, Larcier, p. 9-18

Chevrollier G., Houllegatte J.-M., 2020, *Rapport fait au nom de la Commission de l'aménagement du territoire et du développement durable par la mission d'information sur l'empreinte environnementale du numérique*, Sénat, rapport n° 555

Cisco, 2020, *Cisco Annual Internet Report (2018-2023). White Paper*, 9 mars 2020

Commission européenne, 2022, *Proposition de règlement établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits durables et abrogeant la directive 2009/125/CE*, COM(2022) 142 final, 30 mars 2022

Commission européenne, 2021a, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2014/53/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative à l'harmonisation des législations des États membres concernant la mise à disposition sur le marché d'équipements radioélectriques et abrogeant la directive 1999/5/CE*, 23 septembre 2021, COM(2021) 547 final

Commission européenne, 2021b, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'efficacité énergétique (refonte)*, COM(2021) 558 final, 14 juillet 2021

Commission européenne, 2020a, *Façonner l'avenir numérique de l'Europe*, COM(2020) 67 final, 19 février 2020

Commission européenne, 2020b, *Un nouveau plan d'action pour une économie circulaire. Pour une Europe plus propre et plus compétitive pacte vert pour l'Europe*, COM(2020) 98 final, 11 mars 2020

Commission européenne, 2019, *Le pacte vert pour l'Europe*, COM(2019) 640 final, 11 décembre 2019

Conseil d'État, 2022, *Les réseaux sociaux : enjeux et opportunités pour la puissance publique*, étude annuelle, n° 73

Conseil national du numérique, 2020a, *Feuille de route sur l'environnement et le numérique. 50 mesures pour un agenda national et européen sur un numérique responsable c'est-à-dire sobre et au service de la transition écologique et solidaire et des objectifs de développement durable*, rapport remis à la ministre de la Transition écologique et solidaire et au secrétaire d'État chargé du Numérique

Conseil national du numérique, 2020b, *L'accessibilité numérique, entre nécessité et opportunité*

Convention citoyenne pour le climat, 2020, *Les propositions de la Convention citoyenne pour le climat*, rapport

CNIL, 2022, « Le Laboratoire d'innovation numérique de la CNIL (LINC) publie son programme de recherche 2022/2023 », [https://www.cnil.fr/fr/le-laboratoire-dinnovation-numerique-de-la-cnil-publie-son-programme-de-recherche-20222023]

Desmurget M., 2019, *La fabrique du crétin digital. Les dangers des écrans pour nos enfants*, Paris, Seuil

Desprès L., 2018a, « La transition écologique. Vers un capitalisme régulé ou vers un changement de système économique ? », dans A. Van Lang (dir.), *Penser et mettre en œuvre les transitions écologiques*, Paris, Mare & Martin, 2018

Desprès L., 2018b, « Croissance verte », dans F. Collart Duttileul, V. Pironon, A. Van Lang (dir.), *Dictionnaire juridique des transitions écologiques*, Bayonne, Institut universitaire Varenne, p. 277-280

Ellul J., 2008, *La technique ou l'enjeu du siècle*, Paris, Édition Economica

Efoui-Hess M., 2019, *Climat : l'insoutenable usage de la vidéo en ligne. Un cas pratique pour la sobriété numérique*, The Shift Project, [https://theshiftproject.org/wp-content/uploads/2019/07/2019-01.pdf]

Faure M., 2007, *L'analyse économique du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant

Fauvarque-Cosson B., 2016, « L'entreprise, le droit des contrats et la lutte contre le changement climatique », *Recueil Dalloz*, n° 6, p. 324-330

Fauvel V., 2020, « 5G : "quatrième joker du gouvernement" aux propositions de la Convention citoyenne pour le climat », Banque des territoires, [https://www.banquedesterritoires.fr/5g-4eme-joker-du-gouvernement-aux-propositions-de-la-convention-citoyenne-pour-le-climat]

Favro K., 2019, *Communications numériques. Régulation et résolution des litiges*, Paris, LGDJ

Fonbaustier L., 2022, « Le législateur environnemental s'empare (enfin !) du numérique », *La semaine juridique. Édition générale*, n° 5, p. 286-293

Ferreboeuf H. (dir.), 2018, *Lean ICT : Pour une sobriété numérique*, The Shift Project, [https://theshiftproject.org/wp-content/uploads/2018/05/2018-05-17_Rapport-interm%C3%A9diaire_Lean-ICT-Pour-une-sobri%C3%A9t%C3%A9-num%C3%A9rique.pdf]

Flipo F., 2021, *La numérisation du monde. Un désastre écologique*, Paris, Éditions L'Échappée

Flipo F., Dobré M., Michot M., 2013, *La face cachée du numérique. L'impact environnemental des nouvelles technologies*, Paris, Éditions L'Échappée

Flipo F., Boutet A., Draetta L., Deltour F., 2007, *Écologie des infrastructures numériques*, Paris, Lavoisier/Hermès

Frison-Roche M.-A., 2005, « L'hypothèse de l'interrégulation », dans Id. (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Dalloz/Presse de Science Po., t. III, p. 69-80

Frison-Roche M.-A., 2001, « Le droit de la régulation », *Recueil Dalloz*, n° 7, p. 610-616

GIEC, 2023, *Rapport de synthèse du 6e rapport d'évaluation du GIEC. Résumé à l'intention des décideurs*, [https://report.ipcc.ch/ar6syr/pdf/IPCC_AR6_SYR_SPM.pdf]

Gouvernement français, 2021, *Feuille de route numérique et environnement. Faisons converger les transitions*, [https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/Feuille_de_route_Numerique_Environnement.pdf]

Guinchard S., Debard T. (dir.), 2021, « Régulation », dans Id. (dir.), *Lexique des termes juridiques* 2021-2022, 29e éd., Paris, Dalloz

Hellio H., Taïar D., 2022, « Numérique », dans A. Jezequel, B. Lormeteau, A. Michelot, M. Torre-Schaub (dir.), *Dictionnaire juridique du changement climatique*, Paris, Mare & Martin, p. 369-370

Hervé-Fournereau N., 2023, « Les interférences entre la politique de l'environnement et la stratégie numérique européenne. Pacte vert et boussole numérique : balises juridiques pour une transition soutenable », dans B. Bertrand (dir.), *La politique européenne du numérique*, Bruxelles, Bruylant, p. 563-605

Jacob P., 2020, « Architecture physique de l'internet et régulation », dans C. Castets-Renard, V. Ndior, L. Rass-Mason (dir.), *Enjeux internationaux des activités numériques. Entre logique territoriale des États et puissance des acteurs privés*, Bruxelles, Larcier, p. 53-61

Makowiak J., 2020, « Amish ? », dans *Revue juridique de l'environnement*, vol. 45, n° 4, p. 643-644

Marti G., 2023, « Les instruments normatifs de la politique du numérique », dans B. Bertrand (dir.), *La politique européenne du numérique*, Bruxelles, Bruylant, p. 241-252

Moss S., 2020, « Facebook signs 806 MW of renewable PPAs in Ireland and US », *Data Centers Dynamics*, 10 août 2020, [https://www.datacenterdynamics.com/en/news/facebook-signs-806mw-renewable-ppas-ireland-and-us/]

OCDE, 2010, *Recommandation du Conseil sur les technologies de l'information et des communications et* l'environnement, OECD/LEGAL/0380

Orange, 2021, « Vers un approvisionnement en énergie compétitif et responsable », [https://www.orange.com/fr/newsroom/actualites/2021/vers-un-approvisionnement-en-energie-competitif-et-responsable]

Péguy C.-P., 1983, « Informatique et climatologie », *Annales de géographie*, t. 92, n° 511, p. 284-304

Pitron G., 2019, *La guerre des métaux rares : la face cachée de la transition énergétique et numérique*, Paris, Les liens qui libèrent

Prieur M., 2019, *Droit de l'environnement*, 8e éd., Paris, Dalloz

Pomade A., 2010, *La société civile et le droit de l'environnement : contribution à la réflexion sur la théorie des sources du droit et de la validité*, Paris, LGDJ

Saadeler N. de, 2010, *Environnement et marché intérieur*, 3e éd., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles

Saint-Pulgent M. de, 2016, « Les besoins d'interrégulation engendrés par Internet. Propos introductifs », dans

M.-A. Frison-Roche (dir.), *Internet, espace d'interrégulation*, Paris, Dalloz, p. 3-5

Silicani J.-L., 2022, « L'ARCEP, régulateur du climat ? », *Énergie Environnement Infrastructures*, n° 6, repère 6, p. 1-2

Thibierge C. et al., 2009, *La force normative, naissance d'un concept*, Paris, LGDJ

Thieffry P., 2006, « La politique intégrée des produits au secours de la lutte contre les changements climatiques : la directive-cadre sur l'écoconception des produits consommateurs d'énergie », *Revue européenne de droit de l'environnement*, n° 2, p. 153-164

NOTES

1 Seule exception notable, le Conseil constitutionnel a mobilisé cette notion au considérant 23 de la décision n° 2020-813 DC du 28 décembre 2020, Lois de finances pour 2021. L'introduction de ce concept dans le titre de la proposition de loi provient de l'intitulé du rapport de GreenIT.fr, qui a grandement appuyé les travaux de la mission d'information sénatoriale à l'origine de cette initiative (Chevrollier, Houllegatte 2020).

2 L'article 2 de la loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire a modifié l'article L. 110-1-1 du Code de l'environnement pour indiquer que « la transition vers une économie circulaire vise à atteindre une empreinte écologique neutre dans le cadre du respect des limites planétaires ». Quant à l'article 142 de loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, il entend « réduire l'empreinte carbone du transport aérien ».

3 L'empreinte carbone vise à mesurer l'impact des activités humaines sur le climat et l'empreinte écologique cherche à calculer les ressources naturelles consommées du fait de l'homme, biodiversité comprise.

4 Concernant le numérique, GreenIT.fr retient cinq indicateurs pour constater le développement insoutenable du numérique : l'épuisement des ressources abiotiques, la contribution au changement climatique, la consommation d'eau douce, la consommation d'énergie primaire et la consommation d'électricité (Bordage, 2019a).

5 Le trafic mondial de données a plus que triplé depuis 2017, passant de 1,5 zettabytes (ZB, correspond à 10^{21} bytes ou 10^{14} gigabytes) en 2017 à 5 ZB en 2022 (Cisco, 2020).

6 Comme les câbles sous-marins en haute mer ou les satellites de télécommunications dans l'espace extra-atmosphérique.

7 Directive-cadre 2009/125/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits liés à l'énergie.

8 Directive 2022/2380/UE du Parlement européen et du Conseil du 23 novembre 2022 modifiant la directive 2014/53/UE relative à l'harmonisation des législations des États membres concernant la mise à disposition sur le marché d'équipements radioélectriques.

9 Directive 2011/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 relative à la limitation de l'utilisation de certaines substances dangereuses dans les équipements électriques et électroniques (refonte).

10 Directive 2012/19/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relative aux déchets d'équipements électriques et électroniques (DEEE) [refonte].

11 Voir, par exemple, la directive 73/404/CEE du Conseil du 29 novembre 1973 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux détergents.

12 Directive 90/388/CE de la Commission du 28 juin 1990 relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunications.

13 Pour reprendre les termes du Conseil d'État à propos de la régulation des réseaux sociaux (2022, p. 101).

14 En 2021, les vidéos comptaient pour plus de 50 % du trafic Internet français et elles tendent à grimper en flèche (ARCEP, 2022 ; sur le sujet, voir également Efoui-Hess, 2019).

15 Art. L. 32-1 du Code des postes et des communications électroniques (CPCE).

16 Art. 3-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (loi Léotard).

17 L'art. 183 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (loi Grenelle II) avait modifié l'art. L. 32-1 du CPCE et l'art. 3-1 de la loi Léotard.

18 Dès 2010, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) préconisait aux États de coordonner différentes politiques sectorielles pour mieux comprendre les différents impacts environnemen-

taux du numérique, notamment en « resserrant les liens entre experts, décideurs et parties prenantes » dans les domaines de l'énergie, des TIC et de l'environnement (OCDE, 2010, p. 4). Plus récemment, le Conseil national du numérique a proposé une série de mesures pour « mieux évaluer et quantifier l'empreinte environnementale du numérique » (2020a, p. 35-37).

19 Le gouvernement français souligne avoir « besoin de données précises, claires et objectives et des méthodologies faisant consensus autour de l'impact réel du numérique sur l'environnement » pour agir (Gouvernement français, 2021, p. 10). Quant à la Commission européenne, elle estime qu'il faut évaluer « la nécessité d'accroître la transparence en ce qui concerne l'incidence des services de communications électroniques sur l'environnement » (2019, p. 11). Voir également ADEME/ARCEP (2022, p. 3).

20 Voir, plus récemment, GIEC, 2023.

21 Voir, par exemple, l'art. 4 de la loi REENF : « Un observatoire des impacts environnementaux du numérique analyse et quantifie [...] la contribution apportée par le numérique, notamment l'intelligence artificielle, à la transition écologique et solidaire. » ; Commission européenne (2019, p. 10) : « Les technologies numériques s'avèrent d'une importance cruciale pour atteindre les objectifs fixés par le pacte vert en matière de développement durable, et ce dans une grande variété de secteurs » ; ARCEP (2020, p. 3) : « Il faut rappeler que le numérique constitue un puissant facteur d'évolution de la société, tant au plan économique et social que dans la vie quotidienne de nos concitoyens et dans l'évolution des services publics. »

22 « Emmanuel Macron défend "le tournant de la 5G" face au "retour à la lampe à huile" », *Le Monde*, 14 septembre 2020.

23 Sur le référé-suspension : Conseil d'État, ordonnance du 5 mars 2020, n° 438761, n° 438763, *Association Priartem et autre*. Sur les recours en excès de pouvoir : Cons. État, 6 octobre 2021, n° 446302, *Association Priartem et autre* ; Cons. État, 31 décembre 2021, n° 438240, n° 439204, n° 439590, n° 443136, *Syndicat CFE CGC Orange et autres*.

24 « La numérisation peut elle aussi contribuer à améliorer la disponibilité d'informations sur les caractéristiques des produits vendus dans l'UE » (Commission européenne, 2019, p. 9). Dernier exemple en date, l'UE s'apprête à instaurer un passeport numérique des produits durables pour améliorer leur traçabilité et permettre de connaître instantanément leurs caractéristiques environnementales (Commission européenne, 2022, p. 10).

25 Directive 2018/1972/UE du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen.

26 Art. 11 du TFUE.

27 En modifiant les articles L. 32, L. 32-4, L. 36-6, L. 36-11 et L. 40 du CPCE.

28 Art. L. 32-4, I, 2° *ter* du CPCE.

29 Arrêté du 16 décembre 2022 homologuant la décision n° 2022-2149 de l'ARECEP en date du 22 novembre 2022 relative à la mise en place d'une collecte annuelle des données environnementales auprès des opérateurs de communications électroniques, de centres de données et des fabricants de terminaux

30 Art. L. 36-6, 8° du CPCE.

31 D'après les art. 1, 3 et 6 de la décision n° 2022-2149 de l'ARCEP, l'obligation de transmission d'information concernent les opérateurs de communications électroniques qui disposent d'un nombre d'abonnements actifs supérieur à trois millions, ainsi que les opérateurs de centres de données et les fabricants de terminaux dont le chiffre d'affaires annuel en France est supérieur ou égal à 10 millions d'euros hors taxe.

32 Par exemple, seuls les opérateurs de centres de données doivent communiquer des données relatives à l'artificialisation des sols ou à la quantité d'eau consommée.

33 Après avoir adressé une mise en demeure préalable, l'ARCEP peut discrétionnairement déterminer un montant qui varie en fonction de la gravité du manquement constaté et des avantages qui en sont tirés, dans la limite des 3 % du chiffre d'affaires annuel (art. L. 36-11, III du CPCE).

34 À défaut, les acteurs du numérique pourraient préférer s'acquitter d'une sanction pécuniaire inconséquente plutôt que d'engager les coûts nécessaires au respect de leurs obligations, à l'instar de ce qui se passe en matière d'accessibilité des sites Internet aux personnes en situation de handicap. De nombreuses personnes publiques préfèrent écoper d'une peine d'amende allant jusqu'à 20 000 euros plutôt que de respecter l'obligation d'accessibilité des services de communication au public en ligne aux personnes handicapées (Conseil national du numérique, 2020b, p. 32).

35 Centres de données localisés en France, équipements vendus ou jetés sur le territoire français…

36 « En effet, aujourd'hui, quelques acteurs seulement utilisent une très large part de la bande passante : 55 % du trafic provient de quatre fournisseurs de contenus (Netflix, Google – dont Youtube –, Akamaï et Facebook) et les quinze plus gros fournisseurs représentent 80 % du trafic » (Chevrollier, Houllegatte 2020, p. 92).

37 Art. 4, 25 et 26 de la loi REENF.

38 Le gouvernement avait confié à l'ARCEP et à l'ADEME le soin de réaliser une étude conjointe sur l'évaluation de l'impact environnemental du numérique (ADEME/ARCEP, 2022).

39 En vertu de l'article 4 de la loi REENF, cet observatoire « analyse et quantifie les impacts directs et indirects du numérique sur l'environnement ainsi que la contribution apportée par le numérique, notamment l'intelligence artificielle, à la transition écologique et solidaire », « élabore une définition de la sobriété numérique » et peut fournir des « propositions visant à réduire les impacts environnementaux du numérique ».

40 Art. L. 135 du CPCE.

41 Art. L. 124-1 et suivants du Code de l'environnement.

42 Voir, par exemple, *Boavizta*, un groupe de travail inter-organisations dédié à la mesure de l'impact environnemental du numérique, [https://www.boavizta.org].

43 Les fournisseurs de services numériques pourraient être tentés d'utiliser des méthodes de mesure qui minimisent leurs impacts théoriques plutôt que d'adopter des pratiques plus respectueuses de l'environnement.

44 Art. 26 de la loi REENF.

45 Art. 13 de la loi n° 2020-105, précit.

46 En vertu de l'article 27 de la loi REENF, « le gouvernement remet au Parlement un rapport sur le développement des cryptomonnaies, sur ses enjeux et sur ses impacts environnementaux actuels et à venir ».

47 Voir article L. 541-9-2 du Code de l'environnement, arrêté du 29 décembre 2020 relatif aux critères, aux sous-critères et au système de notation pour le calcul et l'affichage de l'indice de réparabilité des ordinateurs portables, arrêté du 29 décembre 2020 relatif aux critères, aux sous-critères et au système de notation pour le calcul et l'affichage de l'indice de réparabilité des téléphones mobiles multifonctions.

48 Art. 13 de la loi n° 2020-105, précit.

49 Art. 26 de la loi REENF.

50 Cette extension renseigne les utilisateurs sur la quantité de gaz à effet de serre émis du fait de la navigation en ligne (ARCEP, 2020, p. 111).

51 La notion d'utilisateur comprend les consommateurs, les entreprises, l'administration et même les acteurs du numérique dont les activités requièrent d'acheter des biens et services numériques.

52 « En concluant plusieurs *Corporate Power Purchase Agreement* (CPPA, ou contrat d'achat d'énergie d'entreprise) ces derniers mois, Orange s'assure un approvisionnement en énergie verte sur le long terme, en cohérence avec les objectifs du plan stratégique Engage 2025 » (Orange, 2021). Concernant les centres de données, voir Moss (2020).

53 Art. 29 de la loi REENF créant l'art. L. 33-16 dans le CPCE. Un décret d'application est encore attendu pour mettre en œuvre cet article.

54 Art. 25 de la loi REENF.

55 Art. 26 de la loi REENF.

56 Pour la version la plus récente, voir Acton *et al.* (2019).

57 Proposition de loi visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France, enregistrée à la présidence du Sénat le 12 octobre 2020, art. 18.

58 *Ibid.*, art. 19.

59 *Ibid.*, art. 20.

60 Proposition de loi visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France, adoptée en première lecture par le Sénat le 12 janvier 2021, art. 16.

61 *Ibid.*, art. 16 bis.

62 Assemblée nationale, Amendement n° 301 présenté par le gouvernement – Article 16, Amendement n° 305 présenté par le gouvernement – Article 16 bis, Proposition de loi visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France (n° 4196), 7 juin 2021.

63 Assemblée nationale, Amendement n° 277 présenté par le gouvernement – Article 23, Proposition de loi visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France (n° 4196), 7 juin 2021.

64 En matière d'écoconception des services numériques ou encore d'engagements pluriannuels des opérateurs de communications électroniques.

Articles 16 et 16 bis de la proposition de loi visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France, précit.

65 En vertu de ce principe, un prestataire de services numériques doit seulement respecter le droit de l'État membre où il est établi (art. 3 de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur).

66 D'après l'UE, 65 milliards d'euros d'investissements par an en matière d'infrastructures et de réseaux numériques permettraient de « générer 14 % de croissance additionnelle cumulée du PIB d'ici 2030 » (Commission européenne, 2020a, p. 6).

67 « L'amélioration de l'efficacité énergétique – l'une des options disponibles à cet effet résidant dans une utilisation finale plus efficace de l'électricité – est considérée comme un facteur contribuant de manière substantielle à la réalisation des objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre dans la Communauté », considérant 6 de la directive-cadre de 2009, précit.

68 Règlement (UE) n° 617/2013 de la Commission du 26 juin 2013 portant application de la directive 2009/125/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les exigences d'écoconception applicables aux ordinateurs et aux serveurs informatiques.

69 « Les imprimantes et consommables tels que les cartouches seront également couverts [par des mesures réglementaires au titre de la directive sur l'écoconception], à moins que le secteur ne parvienne à un accord volontaire ambitieux dans les six prochains mois » (Commission européenne, 2020b, p. 8).

70 Considérant 18 de la directive-cadre de 2009, précit.

71 Voir règlement (CE) n° 1466/97 du Conseil du 7 juillet 1997 relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques : « Considérant que le pacte de stabilité et de croissance est fondé sur l'objectif de finances publiques saines en tant que moyen de renforcer les conditions propices à la stabilité des prix et à une croissance forte et durable, génératrice d'emploi. »

72 Considérant 18 de la directive-cadre de 2009, précit.

73 Bien que les initiatives autorégulatrices aient permis de réduire considérablement le nombre de solutions de recharge pour téléphone mobile, en passant de trente à trois (USB-C, micro-USB et *Lightning*), les chargeurs détruits ou inutilisés représentaient encore 11 000 tonnes de déchets électroniques en 2018 (Commission européenne, 2021a, p. 7 et p. 10).

74 Directive de 2022 modifiant la directive de 2014 relative à l'harmonisation des législations concernant le marché d'équipements radioélectriques.

RÉSUMÉ

Français

L'objet de cet article est d'analyser le rôle dévolu aux autorités de régulation françaises pour réduire l'empreinte environnementale du numérique, tout en questionnant leur capacité à mener à bien cet objectif. Depuis deux lois adoptées en 2021, l'ARCEP et l'ARCOM disposent de nouvelles prérogatives pour faire valoir la protection de l'environnement dans le fonctionnement du secteur du numérique. Face au refus du législateur de questionner la transition numérique au regard de sa trajectoire insoutenable, l'intervention des autorités de régulation françaises demeure ancrée dans le cadre juridique du marché intérieur européen et ses logiques économiques, à commencer par la poursuite d'une croissance verte. C'est pourquoi leur rôle se résume à accroître la transparence sur l'empreinte environnementale du numérique, tout en promouvant l'adoption d'engagements volontaires de la part des acteurs du secteur. Le législateur refuse toujours d'imposer des obligations d'agir à ces derniers en l'absence de données supplémentaires, que l'ARCEP a désormais la charge de collecter pour obtenir une connaissance plus fine de leurs impacts. Ces informations, valorisées grâce à une coopération entre les autorités de régulation, sont censées servir à la sensibilisation des utilisateurs pour qu'ils adoptent des usages numériques plus écologiques. Bien que la baisse de l'empreinte environnementale du numérique dépende toujours de la bonne volonté des acteurs du secteur, les autorités de régulation peuvent *a minima* suivre l'évolution de leurs performances environnementales. Dès lors, si ces acteurs ne réduisent pas leurs incidences cumulées sur l'environnement, ils pourraient s'exposer à l'adoption d'une réglementation européenne plus contraignante, et dont le respect pourrait être assuré par les autorités de régulation.

INDEX

Mots-clés

numérique, environnement, marché, transparence, régulation, réglementation

AUTEUR

Djilali Taïar
Doctorant, Univ Artois, Centre Droit Éthique et Procédures (CDEP – EA 2471) ;
djilali.taiar@gmail.com

De la régulation à l'autorégulation de l'empreinte environnementale du numérique

Dessanin Ewèdew Thierry Awesso

PLAN

1. Le développement autonome de l'autorégulation par rapport à la régulation de l'empreinte environnementale du numérique
   1.1. L'autorégulation volontaire reléguant la régulation
   1.2. La supplétivité de l'autorégulation par rapport à la régulation
2. L'assujettissement de l'autorégulation à la régulation de l'empreinte environnementale du numérique
   2.1. L'encadrement de l'autorégulation par la régulation
   2.2. L'association de l'autorégulation à la régulation : une corégulation
Conclusion

TEXTE

1 La remise en cause socio-économique permanente de l'efficacité de la régulation publique face aux problèmes environnementaux conduit à l'exploration de nouvelles approches juridiques encourageant la « *self-regulation* » – traduit par « autorégulation » ou « autoréglementation » – des activités régulées (Blumrosen, 1983, p. 1264). Le besoin de renouveau, exprimé par certains acteurs sociaux et économiques, influence donc la manière de (re)penser la régulation. Ce changement de paradigme, qui n'est pas récent, ne peut être exclu en matière de gestion de l'impact environnemental du numérique.

2 Quelques précisions sémantiques s'imposent d'entrée pour mieux appréhender la question de la régulation et de l'autorégulation de l'empreinte environnementale du numérique. La notion de régulation, polysémique (Chevallier, 1995 ; Frison-Roche, 1998) est parfois assimilée à son homonyme anglais « *regulation* » (Frison-Roche, 1998 ; Timsit, 2004), lequel devrait se traduire par « réglementation ». La terminologie française distingue donc régulation et réglementation (Boy, 2001 ; Marcou, 2006) ; « la régulation ne se confondant pas avec la réglementation, laquelle demeure comme un instrument disponible de la régulation » (Frison-Roche, 2001, p. 610). Un auteur souligne

qu'« appliquée à un marché, la régulation vise à créer et même à imposer un équilibre entre des forces ou des règles, dont le jeu spontané ne permettrait pas un fonctionnement satisfaisant […] » (Saint Pulgent, 2016, p. 3). Elle est souvent exercée par des autorités sectorielles de régulation. S'agissant de l'autorégulation, elle repose essentiellement sur la théorie de la « réflexivité » (Fallery, Rodhain, 2010, p. 22), qui soutient que la conscience de soi, à travers des systèmes de gestion et d'autres outils, peut accomplir plus que les mécanismes traditionnels de commande externe. Elle désigne ainsi un système apte à définir son équilibre par ses seules forces ou, s'il y a un dysfonctionnement en son sein, à le rétablir (Frison-Roche, 2011, p. 21). Bien qu'utile pour relever les défis environnementaux, y compris ceux du numérique, l'autorégulation peine encore à convaincre quant à ses capacités à atteindre des objectifs d'intérêt général. Or, le législateur considère qu'il convient de donner la priorité aux solutions alternatives, comme l'autorégulation par l'industrie, lorsqu'elles permettent d'atteindre plus rapidement les objectifs stratégiques, ou de manière moins onéreuse, que des exigences contraignantes[1]. On entend donc généralement par autorégulation, « la possibilité pour les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations, d'adopter entre eux et pour eux-mêmes des lignes directrices communes […] (notamment codes de conduite ou accords sectoriels) » (Parlement européen, Conseil de l'Union européenne et Commission européenne, 2003, p. 3).

3 Dans le cadre de cette réflexion, le numérique est considéré comme « un vaste tout » (Dubasque, 2019, p. 17-18) qui englobe indifféremment les outils, contenus, usages des technologies de l'information et de la communication, le secteur d'activité *per se*, même s'il est par nature transversal, voire le marché qui y est relatif (Vitali-Rosati, 2014). À ce titre, il convient de souligner qu'il serait assez réducteur de considérer que, en l'absence de textes spéciaux, il n'y avait point de régulation de l'empreinte environnementale du numérique[2]. En réalité, seule l'efficience des régulations existantes pourrait être remise en cause au vu des spécificités du numérique. En France, par exemple, avant l'adoption, en novembre 2021, de la loi visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique[3], dite loi REEN (Breteau, 2022 ; Rozenfeld, 2022), et de la loi climat et résilience d'août 2021, qui

touche le secteur de la publicité, il existait, à une échelle moins importante, une régulation publique de l'empreinte du numérique. On conviendra ainsi, au minimum, que les principes fondamentaux du droit de l'environnement (Gros, 2009) – les principes de prévention, de précaution et du pollueur-payeur (Sadeleer, 1999) –, mentionné à l'article L. 110-1 Code de l'environnement [4], donnent les moyens généraux de régulation des activités du numérique [5]. Certains acteurs sont d'ailleurs contraints de réaliser un *reporting* extra-financier [6], comme le prévoient les articles L. 225-102-1 et R. 225-105 du Code de commerce [7]. Celui-ci n'a pas pu être élargi à la transparence sur l'impact environnemental du numérique [8] en considération, notamment, d'une redondance avec les informations déjà contenues dans le rapport de gestion en matière environnementale. Toutefois, des auteurs relèvent que cette justification n'est pas convaincante (Teller, 2022, p. 337-338). Il est aussi possible de se référer à l'article L. 225-102-4 du Code de commerce relatif au devoir de vigilance qui peut s'appliquer aux grandes entreprises du numérique [9]. Plus récemment, à travers la loi Pacte de 2019, le législateur a précisé à l'article 1833 du Code civil que « la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ». Au niveau européen, on peut relever la directive de 1996 concernant les exigences en matière de rendement énergétique des réfrigérateurs, congélateurs et appareils combinés électrique à usage ménager [10], ainsi que celle de 2005 sur la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits consommateurs d'énergie [11].

4 En réalité, les crises majeures actuelles – climatiques, financières ou sanitaires – traduiraient une « faillite de la régulation ». Selon certains auteurs, « en déléguant aux acteurs les plus puissants le soin d'élaborer et d'appliquer les normes, [la régulation] aurait contribué à asservir la société tout entière aux appétits insatiables d'une caste sans foi mais surtout sans loi » (Bernard, 2009, p. 2289). L'autorégulation ne serait alors que « pure folie » (*ibid.*, p. 2289-2290). À titre d'illustration, l'échec de l'autorégulation des entreprises a été blâmé lors de la crise financière mondiale de 2008 déclenchée par la faillite de la banque d'investissement Lehman Brothers aux États-Unis. Cette faillite avait conduit l'autorité fédérale américaine de réglementation et de contrôle des marchés financiers à arrêter le Consolidated

Supervised Entities Program. Ce programme prévoyait, en effet, une supervision volontaire des cinq plus grands conglomérats de banques d'investissement américains. Il invitait les banques à fixer et à ajuster elles-mêmes les exigences de fonds propres sur la base de leurs propres évaluations internes des risques (Short, 2013, p. 22-23). En matière environnementale, l'autorégulation fut aussi mise en cause dans l'accident de la plateforme de forage *offshore* Deepwater Horizon, de British Petroleum, qui pollua le golfe du Mexique en 2010. De nombreuses critiques ont souligné un cadre d'autorégulation qui laissait les grandes sociétés pétrolières définir leur propre conduite (Gold, Power, 2010). Cependant, comme le remarquent certains auteurs, l'autorégulation n'était pas la seule coupable des deux catastrophes précitées, dès lors que la régulation étatique s'est révélée trop insuffisante, laxiste ou « complice » vis-à-vis des tares de la régulation privée (Short, 2013, p. 23).

5 Soulignons d'emblée que la présente analyse ne s'inscrit pas dans une approche néodarwinienne, qui consisterait à sonner le glas de la régulation au profit d'une autorégulation débridée de l'empreinte environnementale du numérique. Cette étude met plutôt en perspective les rapports existant entre autorégulation et régulation de l'empreinte environnementale du numérique. Elle permet, entre autres, de faire ressortir non seulement les oppositions, mais aussi l'influence que ces mécanismes ont chacun l'un sur l'autre. Il convient de relever que la présente réflexion n'a pas la prétention d'analyser exhaustivement toutes les spécificités du numérique, qui requièrent, à l'évidence, de la transdisciplinarité et de l'interdisciplinarité (Brunet, Zevounou, Bottini, 2022 ; Claverie, 2010). Cette réflexion se propose, avant tout, d'étudier les principaux mécanismes de régulation qui gouvernent, ou qui pourraient contribuer à gouverner, la réduction de l'impact environnemental du numérique. À ce propos, les auteurs identifient au moins trois grandes formes de régulation : la régulation étatique ou publique, la régulation privée ou l'autorégulation et la corégulation (Palzer, Scheuer, 2003). Néanmoins, par pure commodité de langage et d'écriture, le terme « régulation » sera ici principalement employé pour désigner la régulation étatique.

6 Dans la présente étude, il s'agira d'analyser les liens entre régulation publique et autorégulation sous le prisme des atouts et défis de cette dernière forme de régulation, qui suscite beaucoup de méfiance,

d'interrogations et de rejet. L'étude vise ainsi à analyser les enjeux, défis et perspectives de l'exploitation des capacités d'autorégulation de l'industrie du numérique – sujette à un renforcement de la régulation du fait de son empreinte écologique – pour accélérer sa transition environnementale. En effet, des interrogations émergent quant aux potentialités et limites de l'autorégulation du secteur du numérique, à la prise en compte de ces dernières dans l'objectif de réduction et de régulation de l'empreinte environnementale du numérique, ou encore à l'articulation de l'autorégulation et de la régulation étatique, qui sont potentiellement concurrentes. Ces interrogations conduisent à poser la question suivante : quelle est la place des mécanismes d'autorégulation face à la régulation publique dans l'objectif de réduction de l'empreinte environnementale du numérique ?

7 A *priori* (Bergé, 2021a, 2022), en raison de l'asymétrie informationnelle (Akerlof, 1970) importante qui existe en matière d'impact du numérique sur l'environnement, les acteurs privés seraient mieux placés que les pouvoirs publics pour se réguler. Cependant, l'autorégulation des acteurs privés peut être très critiquable et inefficace si elle implique une « perte de contrôle » (Bergé, 2021b, p. 65) pour l'État. Or, la régulation étatique n'est pas toujours efficace, surtout sur un marché fortement concurrentiel comme celui du numérique. À première vue, l'autorégulation pourrait suffire à une régulation efficace de l'impact environnemental du numérique. La régulation publique ne serait donc que surabondante, voire superflue. Toutefois, dans une quête d'efficacité, les limites consubstantielles à ces différents mécanismes conduisent à envisager leur « jumelage ». Sur un plan théorique, cette réflexion permet notamment de questionner la portée des concepts (Farjat, 1986 ; Racine, Siiriainen, 2007 ; Riem, 2020) de régulation et d'autorégulation, déjà éprouvée dans bien des domaines (Miller, 1985 ; Senden, 2005 ; Hirsch, 2010), dans la gestion des externalités environnementales négatives (Pigou, 1920) du numérique. En pratique, leur applicabilité pourrait positivement influencer le comportement des acteurs, publics comme privés, dans le sens d'une meilleure régulation (Silicani, 2018). Pour bien mener la présente analyse, il convient d'étudier le développement autonome de l'autorégulation par rapport à la régulation de l'empreinte environne-

mentale du numérique (1), puis son assujettissement à cette dernière (2).

1. Le développement autonome de l'autorégulation par rapport à la régulation de l'empreinte environnementale du numérique

8 L'autorégulation de l'empreinte environnementale du numérique se serait développée de manière totalement autonome, si l'on considère que les premières formes d'autorégulation ont pris corps bien avant les interventions régulatrices étatiques. Du fait de son caractère volontaire, et presque autosuffisant, l'autorégulation impliquerait une certaine relégation de la régulation étatique à un second rang (1.1). Néanmoins, on constatera que, le plus souvent, l'autorégulation peut aussi émerger de manière supplétive par rapport à la régulation publique existante ou naissante (1.2).

1.1. L'autorégulation volontaire reléguant la régulation

9 Il convient de rappeler que l'autorégulation repose sur la théorie de la réflexivité, qui soutient que la conscience de soi peut accomplir plus que les mécanismes traditionnels de commande externe, à l'instar de la régulation étatique (Teubner, 1994 ; Ogus, 1995, p. 97-98). Elle décrit ainsi l'autodiscipline de sa propre conduite par une régulation individuelle, prise à l'échelle d'une entreprise, ou comme membre d'un groupe d'entreprises qui s'autodisciplinent (Black, 1996, p. 26). C'est l'essence privée des systèmes d'autorégulation qui caractérise fondamentalement l'autorégulation des acteurs régulés (Priest, 1997) et leur évolution par rapport à la régulation publique. L'autorégulation se fonde sur la responsabilisation des acteurs et leur capacité à ériger leurs propres règles (Farjat, 1982, 1998 ; Larouer, 2018). On pourrait alors opposer – en raison de leur source – l'autorégulation volontaire, individuelle ou collective, à la régulation publique.

10 L'autorégulation implique donc qu'il y a, *a minima*, « une entreprise ou une organisation privée assumant la responsabilité de ses propres règles ou pratiques et supervisant les sanctions en cas de non-conformité […] » (Rubinstein, 2018, p. 504). Dans une autorégulation « pure », considérée comme étant « spontanée », excluant toute intervention étatique, les acteurs pèsent les avantages et les inconvénients afin de décider s'ils veulent s'autoréguler (Csink, Mayer, 2014, p. 406). L'autorégulation pure suit ici « une approche plutôt ascendante, car il s'agit d'un mécanisme de réglementation […] initié par les parties prenantes elles-mêmes, auxquelles elles ont recours indépendamment de l'adoption préalable d'un acte législatif » (Senden, 2005, p. 12). Comme l'écrit un auteur, « on invoque souvent l'idée que les professionnels préfèrent mettre de l'ordre dans leur maison plutôt que de voir l'État le faire plus lourdement. Ils agiraient ainsi par crainte du gendarme, pour éviter l'intervention de l'État » (Farjat, 1982, p. 51). La forme d'autorégulation qui nous intéresse repose principalement sur l'adoption volontaire de codes de conduite (Larouer, 2018, p. 21-23, n° 18 ; Desbarats, 2003 ; Racine, 1996 ; Osman, 1995). Elle correspond à l'autorégulation pure puisqu'elle englobe plus largement des normes non contraignantes, généralement sans supervision directe ou d'incitation étatique (Black, 1996, p. 27 ; Priest, 1997, p. 245).

11 À l'analyse, « le gouvernement par les règles de droit, contraignantes et assorties de sanctions […] fait de plus en plus place à la gouvernance par des normes telles que […] des chartes d'usagers, des codes de conduite, des codes d'éthiques, des normes[12] ISO, etc. » (Bernatchez, Bouchard, Bélanger, 2021, § 10). Le droit « souple » est donc convoqué (Virally, 1978 ; Sanders, 1982). Ainsi, on peut voir se développer des codes de conduite relatifs à l'impact environnemental des activités du numérique. Cela se traduit par l'application, individuelle ou collective, de politiques, de codes de bonnes pratiques, de normes (Boy, 1998, p. 184), d'écolabels[13], de déclarations environnementales, ainsi que par la contractualisation (Chevallier, 2008). À titre d'illustration, la norme ISO 14006 : 2020 aide les organismes à mettre en œuvre et à améliorer leur management de l'écoconception dans le cadre d'un système de management environnemental. La norme NF X30-264, produite par l'AFNOR, fournit également des lignes directrices pour tout type d'entreprise souhaitant initier une démarche d'écoconception.

12 Concernant les technologies émergentes, à fort impact énergétique et environnemental, telles que l'intelligence artificielle (IA) et la *blockchain*, des normes sont aussi en cours d'élaboration. Des stratégies de développement durable se développent également au sein, et avec le concours, des entreprises et des secteurs concernés. La norme ISO/IEC 23894 : 2023, relative au management du risque lié au développement de biens et services utilisant de l'IA, prend ainsi en compte l'impact environnemental de cette technologie. Sur le plan européen, les organisations de normalisation – le Comité européen de normalisation (CEN) et le Comité européen de normalisation en électronique et en électrotechnique (CENELEC) – développent, depuis janvier 2023, une norme volontaire relative à une IA verte et durable[14]. Cette norme établira un cadre pour la quantification de l'impact environnemental de l'IA et de sa durabilité, et encouragera les développeurs et utilisateurs à améliorer l'efficacité de l'exploitation de l'IA. Elle fournira un état de l'art de la technologie de l'IA pour le contrôle direct et l'optimisation de la consommation d'énergie. Enfin, elle donnera aussi un moyen d'évaluation du cycle de vie du développement, du déploiement et de l'utilisation de l'IA.

13 Les engagements d'autorégulation des géants du numérique, en matière de durabilité, sont aussi assez édifiants. Google s'est ainsi engagé à décarboner sa consommation d'énergie pour que, d'ici à 2030, l'entreprise fonctionne uniquement avec de l'énergie décarbonée[15]. Amazon déclare aussi qu'en 2021, l'ensemble de ses activités reposait à 85 % sur les énergies renouvelables et que la société pouvait atteindre 100 % d'ici à 2025, soit cinq ans plutôt que son objectif initial de 2030[16]. Dans la « crypto-économie », les principaux acteurs du protocole Bitcoin que sont les sociétés de minage[17] (Legeais, 2019, p. 24, n° 41) prennent aussi à bras-le-corps la question de l'impact énergétique[18] et environnemental du réseau (Vranken, 2017). Selon le Bitcoin Mining Council (BMC) – un regroupement de sociétés de minage représentant 48,4 % du réseau mondial –, le mix énergétique durable de l'industrie globale était de 58,9 % au quatrième trimestre 2022 (63,8 % pour les membres du BMC)[19]. L'efficacité technologique mondiale du minage a aussi augmenté de 16 % entre 2021 et 2022, ce qui traduirait plus de rendements pour la même quantité d'énergie consommée. Alors qu'il y a un débat sur la nécessité d'interdire, ou pas, le mécanisme de

consensus de la preuve de travail – Proof of Work (PoW)[20] –, utilisé par le protocole Bitcoin, le deuxième cryptoactif en termes de capitalisation, l'Ether, a volontairement changé de mécanisme. Ethereum a adopté la preuve d'enjeu – Proof of Stake (PoS)[21] – qui réduirait de 99,9 % la consommation du réseau[22]. Même si des raisons stratégiques, en dehors des questions énergétiques, ont justifié ce changement, on peut affirmer que ce choix volontaire n'a pas été imposé par le régulateur ou en anticipation de son intervention. On serait véritablement en présence d'une autorégulation pure ou spontanée.

14 Le secteur des centres de données (Ouffoue, Mesplede, 2023), nécessaire au développement de l'IA, et l'industrie satellitaire ne sont pas en reste. En matière d'efficacité énergétique, il existe un Code de conduite européen concernant l'efficacité énergétique des *data centers*. Ce référentiel, existant depuis 2008, est piloté par la Commission européenne. L'adhésion à ce code de conduite répond au critère de l'adoption de bonnes pratiques de gestion énergétique requis pour bénéficier de la réduction de la Taxe intérieure sur la consommation finale d'électricité (TICFE)[23]. Dans le secteur spatial, la problématique des débris spatiaux[24] occupe une place importante (Renault, Archambault, 2022) en raison de l'inefficacité des réponses en droit international[25]. C'est d'ailleurs l'un des risques évoqués lors de la consultation publique menée par l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ARCEP) pour la demande d'autorisation d'exploitation de fréquences introduite par Starlink[26], fournisseur d'accès à Internet par satellite. Dans les réponses aux critiques soulevées à l'encontre du projet *Starlink Constellation* de SpaceX, l'entreprise a décrit sa stratégie de durabilité spatiale visant à réduire la génération de débris spatiaux, dont l'efficacité serait supérieure aux standards américains et internationaux[27].

15 Il appert que les codes de conduites volontaires seraient plus efficaces lorsque les entreprises sont relativement grandes et matures. Ce sont ces dernières qui peuvent se permettre d'avoir une vision à long terme sans être contraintes par des objectifs à court terme (Priest, 1997, p. 298). Toutefois, une régulation étatique serait préférable aux codes volontaires lorsque les organisations d'autorégulation ne sont pas assez représentatives[28] ou si les membres de l'industrie ne parviennent pas à s'entendre. En outre, un code peut également

être difficile à élaborer et à appliquer quand il existe un déséquilibre de pouvoir entre les participants du mécanisme d'autorégulation (Priest, 1997, p. 298-299). Quoi qu'il en soit, l'entrain pour le développement volontaire de mécanismes d'autorégulation répond à différents enjeux. Ces derniers sont d'abord réglementaires, dès lors qu'il s'agit, entre autres, pour les entreprises d'anticiper des évolutions légales prévisibles dans leur secteur d'activité. L'autorégulation répond aussi à des enjeux économiques, en permettant aux entreprises novatrices de mieux se positionner sur un marché concurrentiel, surtout lorsque les enjeux environnementaux constituent un levier de croissance. Si l'autorégulation peut anticiper l'instauration d'une régulation plus contraignante, elle peut aussi suppléer celle existante, voire être considérée comme étant précurseure, dès lors que la régulation étatique ne répond pas aux spécificités et à la recherche d'efficience économique du marché du numérique.

1.2. La supplétivité de l'autorégulation par rapport à la régulation

16 L'autorégulation de l'empreinte environnementale du numérique peut suppléer[29] la régulation publique dans deux situations. La première est celle dans laquelle l'autorégulation est suscitée par les insuffisances de la régulation publique. La seconde situation est relative à la supplétivité « créée », directement ou indirectement, par la régulation elle-même. Dans le premier cas, l'autorégulation des entreprises remédie aux défaillances de la régulation étatique que certains qualifient de « vides réglementaires » ou « *regulatory voids* » (Short, 2013, p. 23). Cette notion intègre et s'étend au-delà du concept de « défaillance réglementaire ». Les vides réglementaires peuvent naître lorsque la régulation étatique échoue économiquement à atteindre ses objectifs ou crée des inefficacités du marché en atteignant ces objectifs à un coût élevé. La régulation peut aussi être perçue comme déficiente pour des raisons politiques et socio-culturelles (*ibid.*, p. 27). Il est possible d'établir une typologie de trois vides réglementaires – les « vides de connaissances », les « vides politiques » et les « vides institutionnels » – que l'autorégulation pourrait résoudre (*ibid.*, 2013, p. 27).

17 En réalité, l'autorégulation est avant tout considérée comme étant une solution aux vides de connaissances. Elle peut contribuer à combler les lacunes de connaissances en générant et en mettant en commun des informations, en permettant une synergie créatrice entre les différents acteurs de la régulation (Cohen, 2010, p. 362). Dans la présente analyse, ce vide de connaissances peut être l'existence d'une asymétrie informationnelle en défaveur des régulateurs[30] sur l'impact environnemental du numérique (ADEME/ARCEP, 2022, p. 208-209). S'agissant des vides institutionnels, il est admis que les pratiques organisationnelles d'autorégulation peuvent modifier le comportement interne des entreprises, conduisant ainsi à une meilleure conformité réglementaire (Short, 2013, p. 29). En revanche, en présence de vides d'origine politique, l'autorégulation peut produire l'effet inverse. En effet, un régulateur qui promeut l'autorégulation parce qu'il a été privé de ressources pour assurer la régulation ne peut pas maintenir l'autorité nécessaire pour une autorégulation efficace (Parker, 2006).

18 À l'analyse, l'autorégulation se justifierait par l'inefficience de la régulation dans un marché concurrentiel. Le législateur européen prévoit ainsi que les règles d'écoconception des produits liés à l'énergie peuvent être fixées par des mesures d'autoréglementation pertinentes apparaissant « comme un moyen d'atteindre les objectifs stratégiques plus rapidement ou à moindre coût que des exigences contraignantes[31] ». Il admet que l'autorégulation peut permettre des progrès rapides, en raison d'une mise en œuvre immédiate et efficace en termes de coûts, et qu'elle permet une évolution souple et adaptée aux options technologiques et aux sensibilités du marché concerné[32]. Par une telle mesure, le régulateur public reconnaît la possibilité que l'autorégulation soit plus performante, et donc plus efficace que la régulation publique. Les institutions européennes soulignent également qu'en général, ces initiatives volontaires n'impliquent pas de prise de position de leur part, surtout lorsqu'elles interviennent dans des domaines non couverts par les traités ou dans lesquels l'Union n'a pas encore légiféré (Parlement européen, Conseil de l'Union européenne et Commission européenne, 2003, p. 3). On entrevoit, dans l'exemple précédent, en matière d'écoconception la possibilité que le régulateur public crée, par lui-même, un terreau

fertile au développement de l'autorégulation de l'empreinte environnementale du numérique.

19 S'agissant particulièrement de la supplétivité engendrée, directement ou indirectement, le régulateur peut aussi y trouver son compte. En réalité, les pouvoirs publics ont également intérêt au développement de l'autorégulation. Elle leur permet d'influencer les comportements des acteurs sans être véritablement impliqués dans l'industrie concernée. Le régulateur exploite donc les ressources de l'industrie régulée. L'autorégulation permet aussi de « politiquement rassurer » sur la question de l'absence de régulation sans avoir à engager de responsabilité politique. De surcroît, l'autorégulation coûterait moins qu'une régulation publique similaire (Priest, 1997, p. 268-271). Par exemple, en matière de régulation environnementale des communications électroniques, l'AFRCEP et l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM) doivent définir un référentiel général d'écoconception des services numériques[33]. Ledit référentiel laisse la place aux mécanismes d'autorégulation, avant et après son adoption, dans la mesure où son application n'est pas obligatoire.

20 Sur le plan européen, en matière de régulation de l'IA (Benbouzid, Meneceur Smuha, 2022 ; Touzain, 2023), la proposition de règlement d'avril 2021[34] envisage la possibilité d'adoption de codes de conduite relatifs à la durabilité environnementale pour les systèmes d'IA qui ne sont pas à haut risque[35]. Sur le plan national, s'agissant de la publicité, le législateur incite aussi à l'adoption de codes de conduite environnementale sectoriels et transversaux, ci-après « contrats-climat ». L'article L. 229-67 du Code de l'environnement prévoit la publication de la liste des entreprises soumises à obligation de déclaration qui souscrivent, ou non, à des contrats-climat. Pour les activités non soumises à obligation de déclaration, il y a valorisation de leur engagement (*name and shine*). L'article 14, al. 1 de la loi de 1986 relative à la liberté de communication (loi Léotard) prévoit aussi que l'ARCOM peut prendre en compte les recommandations des autorités d'autorégulation, notamment l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP), dans son rapport annuel évaluant les actions en matière de santé publique et de lutte contre les comportements à risque et formulant des recommandations pour améliorer l'autorégulation sectorielle. L'alinéa 5 du même article dispose que l'ARCOM

promeut la conclusion des contrats-climat ayant pour objet la réduction significative des communications commerciales sur les biens et services ayant un impact négatif sur l'environnement. Ces codes de conduite sont rendus publics et comportent des objectifs et indicateurs permettant un suivi. L'article 18, 12° de la loi Léotard dispose que le rapport annuel de l'ARCOM comprend un bilan de l'efficacité des contrats-climat [36].

21 En matière de communication électronique, l'article L. 33-16 du Code des postes et des communications électroniques (CPCE) oblige certains opérateurs à publier des indicateurs clés de leurs politiques de réduction de leur empreinte environnementale, notamment en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre (GES) et d'écoconception des produits et services numériques. Ces indicateurs doivent s'inscrire en cohérence avec les objectifs fixés par la Stratégie nationale de développement à faible intensité de carbone, soit la Stratégie nationale bas-carbone (SNBC) 2050. Par ailleurs, l'article L. 38-6 du même Code dispose que l'ARCOM publiera une recommandation visant à informer les consommateurs de services audiovisuels de la consommation d'énergie et d'émissions de GES liée à la consommation de données sur ces services. Cette recommandation non contraignante laisse aussi une flexibilité aux acteurs régulés.

22 Il convient de rappeler que l'autorégulation porte sur un éventail de pratiques, de règles communes, de codes de conduite, et concerne aussi les accords volontaires que les acteurs privés concluent pour réguler et organiser leurs activités. Sur le plan européen, la Commission considère qu'il peut être jugé préférable de ne pas présenter de proposition législative lorsque de tels accords existent et peuvent servir à atteindre les objectifs recherchés. Néanmoins, dans une optique de contrôle de l'autorégulation, étudiée plus loin, la Commission peut proposer l'instauration d'une procédure permettant de surveiller les progrès réalisés. C'est le cas des exigences en matière d'écoconception applicables aux produits liés à l'énergie (Commission européenne, 2002, p. 7). La Commission peut aussi encourager ou reconnaître les accords d'autorégulation, voire proposer au législateur d'y recourir (CESE, 2013). Enfin, dans le cas de décisions purement spontanées dans des domaines où la Commission n'a pas proposé de mesure législative ni manifesté l'intention de légiférer, il est envisagé qu'aucune action ne soit nécessaire (Commission euro-

péenne, 2002, p. 7-8). Analyser l'intervention régulatrice faisant suite à l'émergence des mécanismes d'autorégulation conduit aussi à étudier la soumission progressive des autorégulées à la régulation étatique.

2. L'assujettissement de l'autorégulation à la régulation de l'empreinte environnementale du numérique

23 Les points d'intersection, présents et futurs, entre l'autorégulation et la régulation de l'empreinte environnementale du numérique sont nombreux. Puisque l'État doit toujours assumer son pouvoir régalien, le contrôle de l'essor de l'autorégulation s'impose comme une nécessité (2.1). Cependant, les limites manifestes des capacités de contrôle et de régulation étatique, ainsi que les faiblesses des mécanismes d'autorégulation conduisent à envisager une association de leurs atouts à travers une corégulation (2.2).

2.1. L'encadrement de l'autorégulation par la régulation

24 L'encadrement de l'autorégulation peut prendre différentes formes en fonction du régulateur concerné ou de son niveau d'engagement. Il peut s'agir du législateur – en considérant la réglementation comme instrument de régulation (Frison-Roche, 2001, p. 610) –, des autorités de régulation, mais aussi, et surtout, du juge-régulateur (Lepetit, 2004 ; Quéméner, 2016 ; Frison-Roche, 2018). Les présents développements se concentreront sur l'office des autorités de régulation (Marimbert, 2002). Néanmoins, il convient de relever que le juge-régulateur peut intervenir pour sanctionner et/ou « légitimer » des mécanismes d'autorégulations. Il sera sollicité pour sanctionner, outre le non-respect des engagements des opérateurs, les pratiques commerciales trompeuses (Chaiehloudj, 2022b ; Rochfeld, 2008), à l'instar du *greenwashing* (Peyen, 2021 ; Valette, Cann, 2022), en raison du manque de « véracité » et de sincérité des engagements d'autoré-

gulation (Desbarats, 2006 ; Daoud, Ferrari, 2012 ; Lobe Lobas, 2014 ; Leost, 2015). Le juge pourra aussi donner une certaine légitimité à une norme volontaire ou reconnaître la légitimité acquise (Cousy, 1985) en réprimant la non-application. Par ailleurs, une des récentes interventions marquantes du législateur européen a été l'imposition, au marché d'équipements radioélectriques, de la norme volontaire USB-C[37], considérée comme étant plus efficiente sur le plan énergétique.

25 S'agissant particulièrement des autorités de régulation, le contrôle se justifie, entre autres, par la nécessité de pallier les carences de l'autorégulation, de prévenir les pratiques anticoncurrentielles (London, 2003 ; Chaiehloudj, 2022a) et de garantir l'atteinte des objectifs d'intérêt général[38], ou « les buts monumentaux » (Maistre, 2022), fixés par le politique. L'intervention palliative du régulateur (Richevilain, 2022) permet ainsi de limiter les risques de capture du régulateur (Stigler, 1971 ; Bó, 2006). En réalité, certaines entreprises peuvent mettre en place des mécanismes d'autorégulation « cosmétiques » afin de « détourner les critiques sur leurs pratiques ou pour s'attirer les faveurs de diverses parties prenantes. Une telle adoption […] peut être utilisée plus cyniquement comme un moyen de saper les normes juridiques ou de masquer des malversations […] » (Short, 2013, p. 24). Cette assertion traduit une partie significative du risque lié au développement d'une autorégulation, de la réduction de l'empreinte environnementale du numérique, sans supervision étatique. En effet, on peut identifier plusieurs limites de l'autorégulation. La plus importante est la recherche de l'intérêt personnel. Les entreprises rechercheraient uniquement à éviter des formes plus contraignantes de régulation. L'autorégulation peut aussi être utilisée comme un outil anticoncurrentiel en limitant l'entrée sur un marché – par le durcissement des standards – ou encore en restreignant la concurrence (Priest, 1997, p. 271).

26 Par ailleurs, le risque de favoritisme est également présent. Les entreprises puissantes, contrairement aux plus petites, bénéficieraient alors d'une certaine immunité face à l'application des règles communes établies. En l'espèce, le « déséquilibre » du marché du numérique en faveur d'entreprises hyperpuissantes (Marty, 2021b), qui induit une certaine monopolisation (Benghozi, 2019), peut tout autant justifier de telles craintes en matière d'autorégulation secto-

rielle. L'autorégulation pourrait pareillement aboutir à une sous-réglementation ou à une surréglementation. Dans ce cas, il s'agirait de justifier l'existence d'un organisme d'autorégulation, son influence, ou encore de repousser l'intervention d'une autorité de régulation. La réduction de la reddition des comptes (*accountability*) des entreprises est aussi évoquée en raison du risque de disparition de mécanismes de contrôle, lorsque ces derniers relèveraient de la compétence exclusive des acteurs privés. Enfin, les coûts élevés de l'autorégulation sont aussi identifiés comme un désavantage, dès lors qu'ils sont souvent supportés par les clients (Priest, 1997, p. 271-273). Quoi qu'il en soit, étant donné que les conséquences d'une faillibilité de l'autorégulation sont trop importantes, les pouvoirs publics ne peuvent pas « abandonner » leurs responsabilités (*ibid.*, p. 233). Les auteurs identifient ainsi différents modèles d'autorégulation en fonction de l'implication étatique. La taxinomie qui semble la plus aboutie, retenue dans cette réflexion, est celle de Margot Priest. Elle comprend cinq modèles : l'autorégulation volontaire ou « *voluntary self-regulation* », l'autorégulation « statutaire » ou « *statutory self-regulation* », l'autorégulation définie par une entreprise ou « *firm-defined regulation* », l'autorégulation supervisée ou « *supervised self-regulation* » et l'autogestion réglementaire ou « *regulatory self-management* » (Priest, 1997, p. 239 ; Black, 1996, p. 28 ; Cafaggi, 2004, p. 31-32).

27 En pratique, les manifestations de l'intervention régulatrice du régulateur public peuvent prendre trois formes : la médiation entre les mécanismes d'autorégulation, l'encadrement et le « cautionnement » des systèmes d'autorégulation. En tant que « médiatrice », la régulation viendrait opérer un arbitrage entre différents mécanismes d'autorégulation, sans pour autant décrédibiliser celles considérées comme étant moins efficaces (Cafaggi, 2004, p. 29). L'intervention du régulateur oriente ici le marché vers le mécanisme le plus efficace (Autorité de la concurrence *et al.*, 2019). Dans la situation d'une régulation qui encadre ou cautionne l'autorégulation, l'une des illustrations, au niveau européen, est l'organisation de l'écoconception des produits liés à l'énergie. Pour faciliter l'élaboration et l'application des mesures d'autorégulation, la Commission européenne a publié des lignes directrices. Ces dernières prévoient que lesdites mesures doivent respecter, *a minima*, les critères relatifs à l'ouverture de la participation, la valeur ajoutée, la représentativité, les objectifs quan-

tifiés et échelonnés, la participation de la société civile, le suivi et les rapports, la durabilité et la compatibilité des incitations. Ces règles permettent de considérer que les mesures d'autorégulation sont de valables alternatives aux mesures d'exécution[39]. Concernant le cautionnement par le régulateur, il est admis que la Commission puisse « reconnaître » l'accord environnemental des entreprises au moyen d'un échange de lettres avec les représentants du secteur industriel concerné ou d'une recommandation. Cependant, cette reconnaissance n'implique pas un renoncement au droit d'initiative de la Commission et ne constitue pas un engagement (Commission européenne, 2002, p. 8).

28 Pour l'heure, au moins trois accords volontaires en matière d'écoconception de produits liés à l'énergie ont déjà été reconnus comme valables. Le premier concerne les exigences d'écoconception des décodeurs numériques complexes[40]. Le deuxième se rapporte aux équipements de traitement de l'image[41]. Le dernier est relatif aux consoles de jeux[42]. Parmi ces trois accords, seul le dernier est encore valide (Commission européenne, 2022, p. 3-5). Le premier n'a plus été reconduit par manque de représentativité des acteurs, et le suivant n'a pas été renouvelé en raison de l'insuffisance de ses capacités à atteindre les objectifs de l'Union[43]. L'accord volontaire dans le secteur consoles de jeux réuni les principaux acteurs du marché que sont Sony, Microsoft et Nintendo[44]. Il vise à réduire l'impact environnemental tout au long du cycle de vie, tout en réalisant des économies d'énergie, grâce à une meilleure conception des consoles. Cet accord fixe également des exigences en matière d'efficacité énergétique, d'efficacité matérielle et d'information des consommateurs.

29 Il existe, à l'évidence, une complémentarité entre autorégulation et régulation publique exploitable pour la réduction de l'empreinte environnementale du numérique. En effet, il est primordial que les pouvoirs publics arrivent à déterminer quand l'autorégulation doit être encouragée et le moment où il faudrait transférer des fonctions « quasi gouvernementales » aux acteurs privés. Sans pouvoir répondre exhaustivement à cette question, il est néanmoins possible de déterminer les principes directeurs à partir des modèles d'autorégulation identifiés. Selon des auteurs, la question essentielle à se poser est de se demander si la régulation est requise et non si l'autorégulation est requise. En réalité, il faut tout d'abord qu'un problème

existant puisse être résolu ou amélioré par la régulation. Si cette première condition n'est pas remplie, l'autorégulation ne devrait pas être envisagée. Toutefois, cela n'implique pas que l'autorégulation ne pourrait pas être l'instrument choisi lorsque la régulation publique serait irréalisable ou inefficace. L'autorégulation ne devrait pas non plus être justifiée parce qu'elle apparaîtrait comme une forme de régulation « plus douce » (Priest, 1997, p. 297-298). Partant, le besoin de régulation étant avéré en matière de réduction de l'empreinte environnementale du numérique, et que la régulation étatique peut être inefficace, du moins économiquement, le choix de l'autorégulation peut se justifier.

30 Somme toute, les suspicions que peut susciter l'autorégulation de l'impact environnemental du numérique sont légitimées par les risques que la société n'est plus prête à accepter. De surcroît, toute absence de contrôle serait contreproductive pour les objectifs d'intérêt général fixés par les politiques en la matière. Pour tirer avantage des points forts des deux systèmes de régulation que sont l'autorégulation et la régulation, il faudrait également penser à une corégulation de certaines questions pour accroître l'efficacité des politiques, publiques comme privées, de réduction de l'empreinte environnementale du numérique.

2.2. L'association de l'autorégulation à la régulation : une corégulation

31 Un auteur fait observer, à juste titre, que « l'idée d'une séparation rigoureuse entre autorégulation et régulation […] est une simplification excessive […]. Les interventions de la régulation "publique" sont de plus en plus motivées par l'intérêt des régulés. De façon symétrique, l'autorégulation considère de plus en plus l'intérêt général […] » (Cafaggi, 2004, p. 26). Fort de ces convergences, utiles à l'atteinte du « but monumental » que représente la protection de l'environnement, le régulateur étatique peut opter pour une « intégration » de l'autorégulation à la régulation publique, dans le cadre d'une corégulation (Degrave, 2007). En effet, la corégulation associe des mesures législatives ou réglementaires contraignantes à celles émanant des acteurs privés, en mettant à profit leur expérience. Il en résulte une plus large appropriation des politiques en question, car

ceux qui sont les premiers concernés participent à leur élaboration et au contrôle de leur exécution. Cet instrument de régulation allie donc régulation étatique et autorégulation du secteur privé (Rubinstein, 2018) afin de tirer profit des forces de ces deux mécanismes au sein d'un régime « hybride » (McAllister, 2012). D'aucuns considèrent d'ailleurs l'autorégulation « supervisée [45] » comme étant une forme de corégulation (Grabosky, Braithwaite, 1986, p. 83-84 ; Ayres, Braithwaite, 1992, p. 102-104 ; Priest, 1997, p. 240).

32 Selon le Comité économique et social européen (CESE), la corégulation a déjà été employée dans des domaines tels que le marché intérieur – pour adopter des normes de produits au titre des directives dites « nouvelle approche » – et l'environnement en matière de réduction des émissions polluantes des véhicules automobiles [46]. La Commission souligne qu'elle envisagera le recours à la corégulation lorsqu'il s'avérera être un moyen efficace d'atteindre les objectifs de l'Union (Commission européenne, 2001, p. 17). Elle reconnaît aussi que les formes de corégulation varieront selon les secteurs. Sur le plan national, la loi sur le devoir de vigilance a également été considérée comme reposant sur un mécanisme de corégulation (Sachs, 2017). Elle créerait un « mariage d'un plan de vigilance conçu par les entreprises (autorégulation) et d'inscription de ce plan dans un réseau de règles, dont certaines prévoient des sanctions étatiques […] » (Harnay, Sachs, 2018, p. 51). La réglementation étatique, instrument de régulation, remplit ici une double fonction. D'un côté, elle donne aux acteurs les moyens de réaliser « une régulation autonome ». D'un autre côté, la régulation permet à l'État, par l'entremise du juge, d'évaluer et de sanctionner la réalisation du devoir de vigilance (*ibid.*, 2018, p. 51).

33 En matière de réduction de l'empreinte environnementale du numérique, la corégulation offrirait aux entreprises « une marge considérable pour façonner les résultats réglementaires, le gouvernement conservant toujours la supervision générale de la conception » (Sinclair, 1997, p. 544). Certains auteurs identifient deux formes de corégulation. D'une part, l'État transpose un mécanisme existant dans la réglementation étatique et, d'autre part, l'État définit le cadre du processus d'autorégulation. La première forme signifie une corégulation « de bas en haut », où l'État « rejoint » le schéma d'autorégulation existant. La seconde implique une corégulation « du haut vers le

bas », où l'État est la source de la régulation, en définissant les objectifs et le cadre, mais elle laisse un espace à l'autorégulation pour développer ses propres règles (Csink, Mayer, 2014, p. 408). L'approche de corégulation, dans laquelle peut s'inscrire l'autorégulation, est adaptée pour « compléter » la régulation étatique. Lorsque la corégulation vise un objectif au-delà de la conformité, la régulation étatique peut constituer un standard de performance minimale (Ogus, 1995, p. 106), et le programme de corégulation, plus volontaire, peut encourager les entreprises à aller au-delà (Gunningham, Sinclair, 1999, p. 57). En revanche, lorsqu'elle vise uniquement la conformité, la corégulation peut être « séquencée » avec une régulation étatique, de sorte que, quand les acteurs privés n'ont pas atteint les objectifs attendus, le régulateur peut instaurer des exigences obligatoires (Gunningham, Sinclair, 1999, p. 66).

34 En tout état de cause, les auteurs s'accordent à considérer que l'autorégulation ne devrait pas être un moyen de réduction du « fardeau réglementaire du gouvernement moderne » (Chneiweiss, Schnunt, 2015). En réalité, l'autorégulation semble mieux fonctionner « dans "l'ombre" de l'action gouvernementale et il existe suffisamment de preuves d'échecs réglementaires pour indiquer que le gouvernement ne peut pas abdiquer […] ses responsabilités envers les autorégulateurs lorsqu'un problème réglementaire indique qu'une réponse […] gouvernementale est nécessaire » (Priest, 1997, p. 239). Par ailleurs, d'aucuns soulignent qu'il faut réunir des conditions minimales pour que l'autorégulation atteigne tous les objectifs d'intérêt public, plutôt que les objectifs propres aux personnes qui s'autorégulent (Short, 2013, p. 24). Cela n'est susceptible de se produire que dans trois conditions : les régulateurs doivent disposer des ressources nécessaires pour surveiller et sanctionner les autorégulées ; l'adhésion ne devrait pas se faire sous la contrainte ; enfin, un « consensus raisonnable » doit exister entre les régulateurs et les régulés sur les normes régissant le comportement (*ibid.*). Certains auteurs font aussi observer que les facteurs du succès de la corégulation dépendent d'un souci élevé de réputation, de la marge de flexibilité dans le détail des dispositions réglementaires, des capacités administratives et de l'autonomie du régulateur non gouvernemental, de la transparence du processus de réglementation et du sérieux de l'application des principes de responsabilité (Balleisen, Eisner, 2009, p. 131-134).

35 L'autorégulation des acteurs du numérique doit donc aller de pair avec un programme, interne et externe, de vigilance accrue. Il est important de souligner que la supervision étatique n'est pas seulement un moyen de sanctionner un manque de « compliance ». Au demeurant, la capacité des acteurs privés à se mettre en conformité avec les règles régissant leurs activités tout en respectant celles qu'ils se fixent n'est pas nouvelle. Pour garantir que les biens et services numériques seront conformes aussi bien à la régulation étatique qu'aux mécanismes d'autorégulation, il convient de s'assurer de leur compliance dès la conception (Granier, 2021). D'ailleurs, la compliance est appréhendée comme une forme d'autorégulation (Auby, 2008). Elle en serait même « une forme extrême, puisque son mécanisme loge au sein des entités régulées » tout en étant « la parfaite démonstration de ce que les autorégulations ne se détachent jamais pleinement des régulations étatiques […] » (Auby, 2017, p. 104). La supervision et l'obligation de reddition des comptes permettent aussi aux pouvoirs publics de considérer l'autorégulation, voire la corégulation, comme « une phase d'expérimentation, une phase de recherche de règles de juste conduite, une sorte de bac à sable réglementaire en attendant qu'une régulation extérieure puisse être mise en place » (Marty, 2021a, p. 79). En tout état de cause, il faut que les pouvoirs publics puissent « regarder et contrôler en permanence la façon dont les entreprises se structurent et se comportent pour […] satisfaire les buts monumentaux que le politique leur a imposés » (Frison-Roche, 2020, p. 106). Dans le cadre de cette réflexion, le but monumental est celui de contribuer significativement à la réduction de l'impact environnemental du numérique. Le rôle du juge sera tout aussi important car « le droit de la compliance est un droit si sévère et sous les foudres des sanctions, c'est auprès du juge que les entreprises veulent chercher refuge contre l'emprise des régulateurs » (Frison-Roche, 2018, p. 5). Il peut également retenir la responsabilité des acteurs privés qui auraient pu ou auraient dû agir (Frison-Roche, 2023).

36 Il faut néanmoins admettre que la corégulation est loin d'être une solution parfaite pour garantir la réduction de l'empreinte environnementale du numérique. En réalité, le succès de la corégulation dépend de plusieurs facteurs difficiles à maîtriser. Il s'agit, entre autres, de la transparence du système, de la représentativité et la

capacité des acteurs, de l'efficacité des mécanismes d'évaluation et de supervision, ainsi que des sanctions (Pegado Liz, 2015, p. 33). En outre, la supervision nécessitera la participation de plusieurs régulateurs à travers une interrégulation qui rendra plus efficace leurs interventions régulatrices. Par exemple, certains comportements peuvent à la fois intéresser la Commission nationale informatique et libertés (CNIL), eu égard au principe de minimisation de la collecte des données, et l'ARCEP, qui superviserait les engagements de réduction de l'empreinte environnementale de l'opérateur concerné. L'interrégulation permet donc de trouver des solutions qui prennent en considération « plusieurs régulations autarciques, égalitaires et divergentes, ayant chacune une légitimité à régir la situation en cause » (Frison-Roche, 2005, p. 70). Au-delà du dialogue des régulateurs, le procédé d'interrégulation, identifié par les auteurs, est celui de l'application du « principe de l'avis déterminant ». Il implique que, lorsqu'une spécificité d'un secteur régulé doit être prise en considération, alors l'autorité de régulation saisie aurait l'obligation de consulter préalablement l'autorité de régulation sectorielle. Cette dernière donnerait un avis déterminant puisque « l'autorité en prise avec la difficulté serait contrainte de reprendre l'avis sollicité » (Frison-Roche, 2001, p. 616).

37 Pour finir, il faut souligner que c'est l'évaluation continue de l'efficacité de l'autorégulation, dans un processus itératif continu, qui permettra de réajuster les mécanismes de corégulation de l'empreinte environnementale du numérique, ou de décider d'y mettre fin en cas de résultats insatisfaisants. C'est le cas, au niveau européen, du mode de fonctionnement du mécanisme d'autorégulation en matière de réglementation de l'écoconception des produits liés à l'énergie[47]. Puisqu'il est question d'atteindre un objectif d'intérêt général prédéterminé, c'est par rapport à ce dernier que devra continuellement être évaluée la nécessité de maintenir ou non, de manière totale ou partielle, l'autorégulation. Lorsque l'évaluation constate l'échec de l'autorégulation, et que la régulation étatique peut atteindre de meilleurs résultats en matière de réduction de l'empreinte du numérique, alors l'« hétérorégulation[48] » (Pegado Liz, 2015, p. 31) doit inévitablement reprendre le contrôle.

Conclusion

38 D'un côté, l'autorégulation des acteurs du numérique peut permettre des progrès rapides, en raison notamment d'une mise en œuvre immédiate, flexible et efficace, mais ne résoudra pas, à elle seule, la problématique de l'impact environnemental du numérique. D'un autre côté, l'hétérorégulation peut obliger les acteurs privés à atteindre des niveaux élevés d'ambition, avec une acceptabilité sociale plus grande, mais elle n'en serait pas pour autant efficiente face à une concurrence régulatrice grandissante (Mahmoud Mohamed Salah, 2001 ; Barbou des Places, 2004). Étant donné que l'autorégulation ne peut évoluer en toute autonomie de la régulation publique et que cette dernière ne peut, en étant esseulée, produire des résultats probants, la solution d'une régulation efficace de l'empreinte environnementale du numérique se trouverait à l'intersection de ces deux mécanismes de régulation. Cette jonction, qu'est la corégulation, garantie le meilleur des deux « mondes » en permettant de tirer profit de l'expérience éprouvée des acteurs privés du numérique sous l'œil vigilant et la poigne du régulateur.

39 La conciliation de la régulation publique et de l'autorégulation est cruciale et inévitable pour au moins deux raisons. La première est que les entreprises « gouvernent » le monde (Frison-Roche, 2015), surtout celui du numérique, et cette position les oblige à prendre leur responsabilité vis-à-vis de l'intérêt général (Robé, 2014). La seconde est que les pouvoirs publics doivent reconnaître l'existence d'une asymétrie, d'informations et de connaissances, qui les empêche de réguler de manière efficace sans porter atteinte à des intérêts dignes de protection. Il s'agit, entre autres, de la liberté d'entreprendre et d'innover. Malgré cela, il convient aussi d'admettre que la corégulation est loin d'être une solution parfaite (Balleisen, Eisner, 2009) pour atteindre l'objectif de réduction de l'empreinte environnementale du numérique. D'ailleurs, la solution parfaite n'existe pas (CESE, 2013, p. 36-37). Il faut donc garder à l'esprit que « la norme de la corégulation n'est pas l'efficacité, l'efficience ou la légitimité d'une seule partie, mais une interaction continue, nourrie par la confiance de chaque partie que les coûts à long terme en valent la peine » (Voort, 2022, p. 8). Gageons qu'à l'avenir la corégulation de l'empreinte environnementale du numérique permettra de matérialiser ce qu'il y a de

mieux dans les mécanismes d'autorégulation et de régulation étatique.

BIBLIOGRAPHIE

Les adresses Internet citées dans cet article ont été consultées le 29 février 2024.

ADEME/ARCEP, 2023, « Évaluation de l'empreinte environnementale du numérique en France. Analyse prospective à 2030 et 2050. 3e volet de l'étude », [https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/etude-prospective-2030-2050_mars2023.pdf]

ADEME/ARCEP, 2022, « Évaluation environnementale des équipements et infrastructures numériques en France. 2e volet de l'étude », [https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/etude-numerique-environnement-ademe-arcep-volet02_janv2022.pdf]

Akerlof G. A., 1970, « The market for "lemons": Quality uncertainty and the market mechanism », *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, n° 3, p. 488-500

Ouffoue G., Mesplede T., 2023, *Livre blanc. Datacenter, maîtriser et optimiser son impact environnemental*, Boulogne-Billancourt, Alliance Green IT [https://alliancegreenit.org/media/ressource-livre-blanc/livre-blanc-version-finale-1-6.pdf]

Auby J.-B., 2017, « Le dialogue de la norme étatique et de la compliance », dans M.-A. Frison-Roche, *Régulation, supervision, compliance*, Paris, Dalloz, p. 101-105

Auby J.-B., 2008, « Autorégulation et droit administratif », *Droit administratif*, n° 8-9, p. 23-28

Autorité de la concurrence et al., 2019, « Nouvelles modalités de régulation. La régulation par la donnée », [https://www.arcep.fr/fileadmin/user_upload/grands_dossiers/La_regulation_par_la_data/note-aai-regulation-par-la-data-juil2019.pdf]

Ayres I., Braithwaite J., 1992, *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate*, Oxford, Oxford University Press

Balleisen E. J., Eisner M., 2009, « The promise and pitfalls of co-regulation: How governments can draw on private governance for public purpose », dans D. Moss, J. Cisternino, *New Perspectives on Regulation*, Cambridge, The Tobin Project, p. 127-149

Barbou des Places S., 2004, « Contribution(s) du modèle de concurrence régulatrice à l'analyse des modes et niveaux de régulation », Revue française d'administration publique, n° 109, p. 37-47

Benbouzid B., Meneceur Y., Smuha N. A., 2022, « Quatre nuances de régulation de l'intelligence artificielle. Une cartographie des conflits de définition », *Réseaux*, vol. 2-3, n° 232-233, p. 29-64

Benghozi P.-J., 2019, « Faut-il démanteler les GAFA ? », *Regards croisés sur l'économie*, n° 25, p. 235-243

Bergé J.-S., 2022, « Que faire de nos *a priori* en droit ? Jalons pour une recherche antécédente », *D.*, n° 37, p. 1865-1871

Bergé J.-S., 2021a, « Comment penser en droit nos *a priori* ? L'exemple des situations en mouvement », dans *Mélanges en l'honneur de Pascal Ancel*, Bruxelles, Larcier, p. 33-47

Bergé J.-S., 2021b, *Les situations en mouvement et le droit : essai d'une épistémologie pragmatique*, Paris, Dalloz

Bernard A., 2009, « Le marché autorégulé, "une idée folle" ? », *D.*, n° 34, p. 2289-2296

Bernatchez S., Bouchard A., Bélanger S.-M., 2021, « Le droit de la gouvernance pour réguler la gouvernance algorithmique », *Éthique publique*, vol. 23, n° 2, p. 99-113

Black J., 1996, « Constitutionalising self-regulation », *The Modern Law Review*, vol. 59, n° 1, p. 24-55

Blumrosen A. W., 1983, « Six conditions for meaningful self-regulation », *American Bar Association Journal*, vol. 69, n° 9, p. 1264-1269

Bó E. D., 2006, « Regulatory capture: A review », *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 22, n° 2, p. 203-225

Boy L., 2001, « Réflexions sur "le droit de la régulation" (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », *D.*, chron. 37, p. 3031-3038

Boy L., 1998, « La valeur juridique de la normalisation », dans J. Clam, G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, p. 183-196

Breteau L., 2022, « Numérique durable : un cadre légal en construction », *Expertises*, n° 478, p. 139-141

Brunet, P., Zevounou, L., Bottini, E. (dir.), 2022, *Usages de l'interdisciplinarité en droit*, Nanterre, Presses universitaires de Paris Nanterre

Cafaggi F., 2004, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *Revue française d'administration publique*, n° 109, p. 23-35

CESE, 2013, *L'autorégulation et la corégulation européennes*, Bruxelles, Comité économique et social européen

Chaiehloudj W., 2022a, « Le droit de la concurrence est-il un frein à la protection de l'environnement ? », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 4, étude 6

Chaiehloudj W., 2022b, « Concurrence déloyale, micro-pratiques anticoncurrentielles et transition écologique. Ou l'angle mort de la doctrine juridique concurrentialiste », *D.*, n° 30, p. 1522-1527

Chevallier J., 2008, « Contractualisation et régulation », dans *La contractualisation de la production normative*, Paris, Mission de recherche Droit et Justice, p. 3-12

Chevallier J., 1995, « De quelques usages du concept de régulation », dans M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, p. 71-93

Chneiweiss A., Schnunt M., 2015, « Compliance, une illusion dangereuse », *Risques*, n° 102, p. 80-85

Claverie B., 2010, « Pluri-, inter-, transdisciplinarité : ou le réel décomposé en réseaux de savoir », *Projectics*, vol. 4, n° 1, p. 5-27

Cohen A. J., 2010, « Governance legalism: Hayek and Sabel on reason and rules, organization and law », *Wisconsin Law Review*, n° 2, p. 357-388

Commission européenne, 2022, Plan de travail « Écoconception et étiquetage énergétique » 2022-2024 », (2022/C 182/01)

Commission européenne, 2002, *Les accords environnementaux conclus au niveau communautaire dans le cadre du plan d'action « Simplifier et améliorer l'environnement réglementaire »*, COM (2002) 412 final, 17 juillet 2002

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

Cousy H., 1985, « Les normes techniques en doctrine et en jurisprudence », dans *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Bruxelles, Bruylant

Csink L., Mayer A., 2014, « How to regulate: The role of self-regulation and co-regulation », *Hungarian Yearbook of International Law and European Law*, vol. 3, p. 403-420

Daoud E., Ferrari J., 2012, « La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique », *La semaine juridique. Social*, n° 39, p. 13-21

Degrave E., 2007, « "Mieux légiférer" : la corégulation et l'autorégulation dans la politique législative européenne », *Journal de droit européen*, n° 142, p. 232-238

Desbarats I., 2006, « La valeur juridique d'un engagement dit socialement responsable », *La semaine juridique. Entreprise et affaires*, n° 5, p. 254-261

Desbarats I., 2003, « Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées, regard sur une pratique en expansion », *La semaine juridique. Édition générale*, n° 9, p. 337-343

Dubasque D., 2019, « Qu'est-ce que le "numérique" ? Regards sur le champ lexical qui l'accompagne », dans Id., *Comprendre et maîtriser les excès de la société numérique*, Rennes, Presses de l'EHESP, p. 17-22

Fallery B., Rodhain F., 2010, « Fondements théoriques pour une régulation d'Internet : la légitimation faible et la réflexivité forte », *Systèmes d'information management*, vol. 15, n° 3, p. 41-70

Farjat G., 1998, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », dans J. Clam, G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, p. 151-164

Farjat G., 1986, « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *Revue internationale de droit économique*, p. 9

Farjat G., 1982, « Réflexions sur les codes de conduite privés », dans *Le droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, p. 47-66

Frison-Roche M.-A., 2023, « Le juge, l'obligation de compliance et l'entreprise. Le système probatoire de la compliance », dans Id. (dir.), *La juridictionnalisation de la compliance*, Paris, Dalloz, p. 409-442

Frison-Roche M.-A., 2020, « La compliance », dans J.-B. Racine (dir.), *Le droit économique au* xxi *e siècle. Notions et enjeux*, Paris, LGDJ, p. 97-108

Frison-Roche M.-A., 2018, « Entreprise, régulateur, juge : penser la compliance par ces trois personnages », dans N. Borga, J.-Cl. Marin et J.-Ch. Roda (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Paris, Dalloz, p. 1-11

Frison-Roche M.-A., 2015, « Les entreprises "cruciales" et leur régulation », dans A. Supiot (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières. Perspectives économiques et juridiques*, Paris, Dalloz, p. 253-267

Frison-Roche M.-A., 2011, *Les 100 mots de la régulation*, Paris, PUF

Frison-Roche M.-A., 2005, « L'hypothèse de l'interrégulation », dans Id. (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Dalloz, p. 69-80

Frison-Roche M.-A., 2001, « Le droit de la régulation », *D.*, n° 7, p. 610-616

Frison-Roche M.-A., 1998, « Les différentes définitions de la régulation », *Petites affiches*, n° 82, p. 5-6

Gold R., Power S., 2010, « Oil regulator ceded oversight to drillers », *Wall Street Journal*, 7 mai 2010

Grabosky P., Braithwaite J., 1986, *Of manners gentle: Enforcement strategies of Australian business regulatory agencies*, Melbourne, Oxford University Press

Granier C., 2021, « L'originalité normative de la compliance by design », dans M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les outils de la compliance*, Paris, Dalloz, p. 267-277

Gros M., 2009, « Quel degré de normativité pour les principes environnementaux ? », *Revue du droit public*, n° 2, p. 425-448

Gunningham N., Sinclair D., 1999, « Regulatory pluralism: Designing policy mixes for environmental protection », *Law & Policy*, vol. 21, n° 1, p. 49-76

Harnay S., Sachs T., 2018, « La régulation de la gouvernance d'entreprise : de l'autorégulation à la corégulation ? », *Revue d'économie financière*, vol. 130, n° 2, p. 41-53

Hirsch D. D., 2010, « The law and policy of online privacy: Regulation, self-regulation, or co-regulation », *Seattle University Law Review*, vol. 34, n° 2, p. 439-480

Larouer M., 2018, *Les codes de conduite, sources du droit*, Paris, Dalloz

Legeais D., 2019, *Blockchain et actifs numériques*, Paris, LexisNexis

Leost R., 2015, « Le mépris de l'engagement volontaire en faveur de l'environnement sanctionné par le quasi-contrat », *Droit de l'environnement*, n° 240, p. 427-430

Lepetit J.-F., 2004, « État, juge et régulateur », dans M.-A. Frison-Roche (dir.), *Droit et économie de la régulation. Vol. 1 : Les régulations économiques : légitimité et efficacité* Paris, Presses de Sciences Po, p. 118-127

Lobe Lobas M., 2014, « L'engagement volontaire RSE au service de la preuve pénale », *Environnement*, n° 3, p. 19-22

London C., 2003, « Concurrence et environnement : Une entente écologiquement rationnelle ? », *RTD Eur.*, n° 2, p. 267-286

Mahmoud Mohamed Salah M., 2001, « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux. Réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation », *Revue internationale de droit économique*, n° 3, p. 251-302

Maistre R.-O., 2022, « Quels buts monumentaux pour le régulateur dans un paysage audiovisuel et numérique en pleine mutation », dans M.-A. Frison-Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, Paris, Dalloz, p. 47-54

Marcou G., 2006, « La notion juridique de régulation », *AJDA*, n° 7, p. 347-353

Marimbert J., 2002, « L'office des autorités de régulation », *Les petites affiches*, n° 110, p. 73

Marty F., 2021a, « Une perspective de droit économique sur les engagements volontaires des firmes en matière d'éthique et de conformité », *Revue internationale de droit économique*, n° 3, p. 73-83

Marty F., 2021b, « Les entreprises hyperpuissantes : Géants et titans, la fin du modèle global ?, François Lévêque », *Concurrences*, n° 3, [https://www.concurrences.com/fr/review/issues/no-3-2021/livres/les-entreprises-hyperpuissantes-geants-et-titans-la-fin-du-modele-global]

McAllister L. K., 2012, « Co-regulation in Mexican environmental law », *Utah Environmental Law Review*, vol. 32, n° 2, p. 181-210

Miller S. S., 1985, « Self-regulation of the securities markets: A critical examination », *Washington and Lee Law Review*, vol. 42, n° 3, p. 853-888

Ogus A., 1995, « Rethinking self-regulation », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 15, n° 1, p. 97-10

Osman F., 1995, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD Civ.*, n° 3, p. 509-531

Palzer C., Scheuer A., 2003, « Self-regulation, co-regulation, public regulation », dans U. Carlsson, C. von Feilitzen (dir.), *Promote or protect: Perspectives on media literacy and media regulation*, Göteborg, The International Clearinghouse on Children, Youth and Media, p. 165-178

Parker C., 2006, « The "compliance" trap: The moral message in responsive regulatory enforcement », *Law & Society Review*, vol. 40, n° 3, p. 591-622

Parlement européen, Conseil de l'Union européenne et Commission, 2003, *Accord interinstitutionnel. « Mieux légiférer »*, 2003/C 321/01

Pegado Liz J., 2015, *Avis du Comité économique et social européen sur le thème « Autorégulation et corégulation dans le cadre législatif de l'Union européenne » (avis d'initiative)*, (2015/C 291/05), p. 29-39

Peyen L., 2021, « La publicité, l'argument environnemental et la loi climat et résilience : halte au *greenwashing* ? », *La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, n° 38-39, p. 24-28

Pigou A. C., 1920, *The economics of welfare*, London, Macmillan

Priest M., 1997, « The privatization of regulation: Five models of self-regulation », *Ottawa Law Revue*, vol. 29, n° 2, p. 233-302

Quéméner M., 2016, « Le magistrat, régulateur ponctuel, régulateur final », dans M.-A. Frison-Roche (dir.), *Internet, espace d'interrégulation*, Paris, Dalloz, p. 167-181

Racine J.-B., 1996, « La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement », *Revue juridique de l'environnement*, n° 4, p. 409-424

Racine J., Siiriainen F., 2007, « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », *Revue internationale de droit économique*, n° 3, p. 259-291

Renault N., Archambault L., 2022, « Les débris spatiaux : les enjeux juridiques et techniques », *Expertises*, n° 482, p. 299-303

Richevilain E., 2022, « L'interrégulation des autorités internationales, européennes et nationales de régulation bancaire et financière », *Revue trimestrielle de droit financier*, n° 1, p. 57-63

Riem F., 2020, « L'analyse substantielle », dans J.-B. Racine (dir.), *Le droit économique au* xxi *e siècle. Notions et enjeux*, Paris, LGDJ, p. 75-95

Robé J.-P., 2014, « Comment s'assurer que les entreprises respectent l'intérêt général », *L'économie politique*, vol. 64, n° 4, p. 22-35

Rochfeld J., 2008, « Protection du consommateur. Pratiques commerciales déloyales ou trompeuses », *RTD Civ.*, n° 4, p. 732

Rozenfeld S., 2022, « Réduire la pollution numérique. Une loi pionnière », *Expertises*, n° 478, p. 133-138

Rubinstein I. S., 2018, « The future of self-regulation is co-regulation », dans E. Selinger, J. Polonetsky, O. Tene (dir.), *The Cambridge handbook of consumer privacy*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 503-523

Sachs T., 2017, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *Revue de droit du travail*, n° 6, p. 380-390

Sadeleer N. de, 1999, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution : essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant

Saint Pulgent M. de, 2016, « Les besoins d'interrégulation engendrés par Internet. Propos introductifs », dans M.-A. Frison-Roche (dir.), *Internet, espace d'interrégulation*, Paris, Dalloz, p. 3-5

Sanders P., 1982, « Codes of conduct and sources of law », dans *Le droit des relations économiques internationales : études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, p. 281-298

Senden L. A. J., 2005, « Soft law, self-regulation and co-regulation in european law: Where do they meet? », *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 9, n° 1

Short J. L., 2013, « Self-regulation in the regulatory void: "Blue moon" or "bad moon"? », *The Annals of the American*

Academy of Political and Social Science, vol. 649, p. 22-34

Silicani J.-L., 2018, « Mieux légiférer en matière environnementale », *Énergie Environnement Infrastructures*, n° 11, p. 1-2

Sinclair D., 1997, « Self-regulation versus command and control? Beyond false dichotomies », *Law & Policy*, vol. 19, n° 4, p. 529-559

Stigler G. J., 1971, « The theory of economic regulation », *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, n° 1, p. 3-21

Teller M., 2022, « De la RSE à la RNE, la petite lettre qui change tout », dans J.-J. Daigre, B. Bréhier (dir.), *Droit bancaire et financier. Mélanges AEDBF France*, Paris, RB Édition, p. 333-339

Teubner G., 1994, *Droit et réflexivité : l'auto-référence en droit et dans l'organisation*, Paris, LGDJ

Timsit G., 2004, « La régulation. La notion et le phénomène », *Revue française d'administration publique*, vol. 1, n° 109, p. 5-11

Touzain A., 2023, « Les risques générés par l'intelligence artificielle », *Responsabilité civile et assurances*, n° 2, p. 13-16

Valette E., Cann L., 2022, « Le *greenwashing* à l'épreuve des pratiques commerciales trompeuses », *La semaine juridique. Édition générale*, n° 38, p. 1750-1751

Virally M., 1978, « Les codes de conduite, pourquoi faire ? », dans J. Touscoz, *Transferts de technologie : sociétés transnationales et nouvel ordre international*, Paris, PUF

Vitali-Rosati M., 2014, « Pour une définition du "numérique" », dans M. Vitali-Rosati, M. E. Sinatra (dir.), *Pratiques de l'édition numérique*, Montréal, PUM, p. 63-75

Voort H. G. van der, 2022, « Confrontations of co-regulation. An essay on governance among public regulators, private regulators and regulated industries », *Policy*, n° 19, p. 4

Vranken H., 2017, « Sustainability of bitcoin and blockchains », *Current Opinion in Environmental Sustainability*, vol. 28, p. 1-9

NOTES

1 Considérant 18 de la directive n° 2009/125/CE du 21 octobre 2009 établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits liés à l'énergie.

2 Le calcul de l'empreinte environnementale couvre plusieurs indicateurs au-delà des gaz à effet de serre (GES). Il peut comprendre la consommation de ressources abiotiques, l'artificialisation des sols et la pollution de l'eau.

3 Loi n° 2021-1485 du 15 novembre 2021 visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France.

4 La loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement (dite loi Barnier) pose les principes fondamentaux du droit de l'environnement.

5 Par exemple, en France, il existe une filière de collecte et de recyclage des déchets d'équipements électriques et électroniques (DEEE) opérationnelle depuis 2005 pour les DEEE professionnels et 2006 pour les DEEE ménagers. En outre, du fait de leur taille, la construction de *data centers* peut être soumise à évaluation environnementale. Voir la catégorie de projet 39 du tableau annexé à l'article R. 122-2 du Code de l'environnement (Travaux, constructions et opérations d'aménagement).

6 Voir aussi la directive n° 2022/2464 du 14 décembre 2022 modifiant le règlement n° 537/2014 et les directives n° 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises.

7 En vertu de ces dispositions, la déclaration de performance extra-financière (DPEF) insérée dans le rapport de gestion doit comprendre, entre autres, des informations relatives aux conséquences sur le changement climatique de l'activité de la société et de l'usage des biens et services qu'elle produit.

8 Voir l'article 4 la proposition de loi initiale, d'octobre 2020, visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France.

9 Voir également l'article 116, I. de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. Voir aussi la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, COM(2022) 71 final.

10 Directive n° 96/17/CE du 3 septembre 1996 concernant les exigences en matière de rendement énergétique des réfrigérateurs, congélateurs et appareils combinés électriques à usage ménager.

11 Directive n° 2005/32/CE du 6 juillet 2005 établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits consommateurs d'énergie. Voir l'article 15, § 3, b de ladite directive.

12 La norme est considérée comme un document technique n'ayant aucune valeur juridique. En réalité, les normes sont de « véritables » sources du

droit, en étant notamment rendues obligatoires par le législateur, des contractants ou le juge.

13 Voir le label « Numérique Responsable » (NR), [https://label-nr.fr/numerique-responsable/].

14 Voir les travaux du CEN/CLC/JTC 21 Artificial Intelligence: Information Technology. Artificial Intelligence. Green and Sustainable AI prCEN/TR XXX-JT021010.

15 Voir [https://sustainability.google/commitments/].

16 Voir [https://durabilite.aboutamazon.fr/environnement/empreinte-carbone].

17 Dans les *blockchains* publiques, les mineurs sont ceux qui valident les transactions opérées contre rémunération. Ils créent des *pools* de minage dans les pays où l'électricité est peu onéreuse.

18 Voir le Cambridge Bitcoin Electricity Consumption Index (CBECI), qui mesure la demande énergétique du réseau Bitcoin ainsi que l'émission de GES, [https://ccaf.io/cbeci/index].

19 Sur le rapport du BMC, voir [https://bitcoinminingcouncil.com/bitcoin-mining-council-survey-confirms-year-on-year-improvements-in-sustainable-power-mix-and-technological-efficiency-in-q4-2022/].

20 Le consensus est le mécanisme permettant de s'assurer que chaque nœud du réseau dispose de la même information avant d'enregistrer définitivement une opération dans la *blockchain*. Ce qui rend énergétivore le PoW est que cette méthode de validation sollicite, en même temps, tous les mineurs du réseau. C'est ce qui a conduit le Parlement européen à proposer d'interdire ledit mécanisme lors de l'étude de la Proposition de règlement sur les marchés de crypto-actifs de 2020 (MICA) : Rapport concernant la proposition de règlement sur les marchés de crypto-actifs, n° A9-0052/2022, mars 2022.

21 Le PoS est un mécanisme de consensus qui demande aux utilisateurs souhaitant valider des transactions la preuve qu'ils possèdent un certain montant du crypto-actif circulant sur le réseau. Dans ce système, plus un validateur dépose des crypto, plus il a de chances d'être tiré au sort pour valider et donc recevoir une rémunération.

22 Voir [https://ethereum.org/fr/energy-consumption/].

23 L'article L. 312-70 Code des impositions prévoit que relève d'un tarif réduit de l'accise l'électricité consommée par l'infrastructure qui répond,

entre autres, aux conditions cumulatives suivantes : elle est consacrée au stockage physique, au traitement, au transport et à la diffusion de données numériques, l'exploitant adhère à un programme reconnu de mutualisation des bonnes pratiques de gestion énergétique des centres de données.

24 Aux termes de l'article premier de l'arrêté relatif à la réglementation technique, du 31 mars 2011, pris en application de la loi n° 2008-518 du 3 juin 2008 relative aux opérations spatiales, un débris spatial est « tout objet spatial non fonctionnel d'origine humaine, y compris des fragments et des éléments de celui-ci, en orbite terrestre ou rentrant dans l'atmosphère terrestre ».

25 Voir le traité du 27 janvier 1967 sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes. Le législateur français a encadré la responsabilité des opérateurs du secteur spatial en cas de dommages causés aux tiers aux articles 13 à 20-1 de la loi du 3 juin 2008 relative aux opérations spatiales.

26 Voir [https://www.arcep.fr/actualites/actualites-et-communiques/detail/n/frequences-020622.html].

27 La stratégie de SpaceX repose notamment sur un désorbitage rapide des satellites non manœuvrables et des débris en cinq ou six ans (comparativement aux standards de vingt-cinq ans) ainsi qu'un système d'évitement de collision.

28 Les lignes directrices de la directive européenne sur l'écoconception des produits liés à l'énergie fixent la représentation du secteur proposant l'autorégulation au minimum à 80 % des acteurs du marché concerné : recommandation n° 2016/2125 de la Commission du 30 novembre 2016 concernant des lignes directrices relatives aux mesures d'autoréglementation adoptées par les entreprises en vertu de la directive 2009/125/CE, précit.

29 Il s'agit ici de mettre à la place d'une autre qui fait défaut, ou qui est insuffisante, une chose qui en tient lieu. Il s'agit aussi d'ajouter ce qui manque, corriger ce qui est défectueux, remédier aux défauts de quelque chose.

30 Voir les limites des études de l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME) et de l'ARCEP, de janvier 2022 et de mars 2023, portant sur l'évaluation de l'impact environnemental du numérique en France. Le rapport de 2022 précise que « la détermination précise et exhaustive des impacts environnementaux des équipements et infra-

structures numériques en France est une tâche complexe qui fait face à de nombreuses limites du fait de l'accès des données et des incertitudes associées ». L'étude mentionne aussi que certaines actions de réduction d'impact liée à l'utilisation d'électricité verte n'ont pas été prises en compte « du fait du manque de données, notamment concernant l'autoconsommation d'électricité ». Les nouvelles prérogatives de l'ARCEP pour la collecte de données (art. L. 32-4, 2° et L. 32-4, 2° *ter* du CPCE) ainsi que la création d'un Observatoire des impacts environnementaux du numérique (art. 4 de la loi REEN) devraient contribuer à réduire l'asymétrie informationnelle. Voir aussi les articles 14 et suivants, sur la mise à disposition de données en raison d'un besoin exceptionnel, notamment une mission d'intérêt public, de la Proposition de règlement fixant des règles harmonisées pour l'équité de l'accès aux données et de l'utilisation des données (*Data Act*), COM(2022) 68 final.

31 Considérant 18 de la directive n° 2009/125/CE, précit.

32 Considérant 44 de la Proposition de règlement établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits durables, COM(2022) 142 final, 30 mars 2022.

33 Art. L. 38-5 du CPCE.

34 Considérant 81 et article 69 de la Proposition de règlement établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle), COM(2021) 206 final, 21 avril 2021.

35 Pour les systèmes d'IA à haut risque, on pourrait considérer que, si la marge de manœuvre des personnes concernées est restreinte, eu égard aux utilisations pouvant impacter directement l'environnement, à l'instar d'une pollution, rien ne devrait s'opposer à l'adoption de codes de conduite relatifs à la réduction de l'empreinte environnementale qui est un impact, plus ou moins, indirect.

36 Le dernier alinéa de l'article 18 dispose que le bilan des contrats-climat est présenté annuellement par le président de l'ARCOM devant chaque assemblée parlementaire. L'article 14, III de la loi climat et résilience prévoit que, dans un délai de deux ans à compter de la promulgation de la loi, le gouvernement doit présenter au Parlement un rapport sur la mise en place des codes de bonne conduite et leur efficacité. De plus, il ressort des débats parlementaires que des règles plus contraignantes sont envisagées en l'absence d'engagements et d'indicateurs ambitieux de la part des acteurs

privés. Un durcissement de l'utilisation du pouvoir réglementaire de l'ARCOM peut être aussi envisagé.

37 La technologie de l'USB Type-C a été adoptée au niveau des instances internationales de normalisation et a été transposée par la norme européenne EN IEC 62680-1-3:2021.

38 La Commission européenne a pu sanctionner une entente, entre des constructeurs automobiles, portant sur des restrictions de concurrence concernant l'épuration des gaz d'échappement émis par des voitures à moteur diesel. L'entente visait à restreindre l'accès à des technologies innovantes permettant de réduire l'émission de gaz d'échappements au-delà du niveau exigé par la législation européenne : Commission européenne, 8 juillet 2021, *BMW*, *Volkswagen*, *Audi*, *Porsche c/ Commission européenne*, aff. AT.40178.

39 Voir la recommandation n° 2016/2125 du 30 novembre 2016 concernant des lignes directrices relatives aux mesures d'autoréglementation adoptées par les entreprises en vertu de la directive 2009/125/CE, précit.

40 Commission européenne, Rapport de la Commission relatif au système volontaire d'écoconception pour décodeurs numériques complexes, COM(2012) 0684 final, 22 novembre 2012.

41 Commission européenne, Rapport de la Commission relatif au système volontaire d'écoconception pour les appareils de traitement d'images, COM(2013) 023 final, 29 janvier 2013.

42 Commission européenne, Rapport de la Commission relatif au régime volontaire d'écoconception pour les consoles de jeux, COM(2015) 178 final, 22 avril 2015.

43 Concernant le matériel d'imagerie, la Commission a évalué la révision de l'accord volontaire proposée par les représentants du secteur et a considéré qu'elle ne permettrait pas d'atteindre les objectifs envisagés dans le plan d'action pour une économie circulaire. De ce fait, elle ne peut pas être considérée comme conforme aux lignes directrices relatives aux mesures d'autoréglementation.

44 En vertu de l'accord volontaire et des règles européennes, chaque signataire soumet un rapport annuel de conformité à un tiers indépendant, [https://efficientgaming.info/eu-voluntary-agreement/eu-voluntary-agreement.]

45 L'autorégulation supervisée implique une délégation de pouvoirs à un organisme d'autorégulation. Contrairement à l'autorégulation statutaire, il y a ici une supervision continue d'un organisme public doté de compétences quasi juridictionnelles, essentiellement une autorité de régulation.

46 Voir les considérants de la recommandation de la Commission n° 1999/125/CE du 5 février 1999 concernant la réduction des émissions de CO_2 des voitures particulières.

47 En matière d'imagerie, par exemple, la Commission a décidé d'élaborer des mesures réglementaires après avoir considéré que l'accord sectoriel était insuffisant.

48 L'hétérorégulation, ou « *straight regulation* », désigne l'ensemble de normes créé par les États et ayant une base étatique et gouvernementale.

RÉSUMÉ

Français
À chaque crise – sociale, économique, sanitaire ou encore environnementale –, l'État se voit contraint d'apporter une réponse régulatrice. Les pouvoirs publics doivent assouvir une demande sociale de durcissement de la régulation pour prévenir, anéantir ou conjurer les nouveaux risques. Parmi ces risques figure celui d'une croissance déraisonnée du numérique au mépris de l'environnement. Or, il faut se rendre à l'évidence, la régulation étatique ne doit pas et ne peut pas tout faire. D'ailleurs, les acteurs concernés, au premier chef, par un durcissement de la régulation de leur marché sont censés mieux savoir ce qui est bon pour ce dernier. Il arrive donc qu'ils précèdent, complètent et inspirent la régulation publique à travers leur autorégulation. Cependant, l'autorégulation ne garantit pas toujours des résultats probants et est aussi difficilement admise puisqu'elle impliquerait un affaiblissement du contrôle étatique. En effet, si la régulation peut rassurer la société, elle ne garantit pas l'efficience du marché concerné ; et si l'autorégulation peut créer un marché efficient, elle ne rassure pas toujours la société. Dès lors que la régulation aura besoin de s'appuyer sur l'autorégulation et que l'autorégulation doit donner des gages de crédibilité, ces deux mécanismes de régulation sont appelés à composer ensemble dans une corégulation. Cette dernière, qui permet à l'État de déléguer certaines fonctions régulatrices aux acteurs privés, tout en gardant la capacité de contrôle, comblerait les faiblesses de ces différents mécanismes, pris individuellement. C'est peut-être là que se trouve la solution aux problèmes de régulation de l'empreinte environnementale du numérique.

INDEX

Mots-clés
numérique, empreinte environnementale, marché efficient, régulation, autorégulation, corégulation

AUTEUR

Dessanin Ewèdew Thierry Awesso
Doctorant en droit privé, Univ Côte d'Azur (GREDEG – UMR 7321), Université de Lomé (ED731 – DEG) ; dessanin.awesso@gmail.com

La corbeille numérique, vers un tri et une régulation des déchets virtuels ?

Vanelle Dimitri Onchi Ngongang

PLAN

1. La notion de « déchet »
   1.1. Une conception restrictive des déchets numériques
   1.2. Une nécessaire prise en compte des déchets virtuels
2. Les outils d'encadrement des déchets virtuels
   2.1. La transposition des normes existantes aux déchets virtuels
   2.2. L'esquisse d'outils nouveaux spécifiques aux déchets virtuels

TEXTE

1 Les déchets semblent consubstantiels aux activités de l'homme. Aucune activité humaine, que ce soit sur terre, en mer, dans l'espace ou encore dans le monde numérique, n'échappe à la production des déchets (Lecompte, 2017 ; Monsaingeon, 2017). La réglementation des déchets ne date pas d'hier[1]. Certains déchets, en raison de leur extrême dangerosité aussi bien pour la santé humaine que pour les générations futures, font l'objet d'une réglementation spécifique et même internationale[2]. Il est principalement fait référence aux déchets radioactifs[3], toxiques, nucléaires (Balaguer, 2019), biologiques, aux déchets médicaux ou encore aux déchets humains avec les articles L. 2223-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales sur l'aménagement des lieux d'inhumation et des cimetières (Zachayus, 2019 ; Brunot, Thompson, 2010). Il faut dire que ces déchets ont ceci de commun qu'ils sont physiques, matériels et tangibles[4].

2 Il existe cependant une catégorie de déchets liés aux activités de l'homme qui demeure inexplorée, sinon peu étudiée aussi bien par la doctrine juridique que par les législations de part et d'autre du globe. Pourtant, les déchets virtuels ou déchets numériques immatériels, ou encore en anglais *digital trash*, sont tout aussi responsables de l'émission de dioxyde de carbone (CO_2), de la pollution et du réchauffement climatique. Les études sur le numérique[5] se contentent d'établir la

consommation énergétique des outils numériques, ainsi que leur émission de CO_2 sans rechercher la part imputable aux déchets virtuels. Elles relèvent généralement que le numérique consomme 10 % de l'énergie au niveau mondial et établissent une répartition en fonction des outils employés. En effet, ces 10 % se répartissent approximativement entre 30 % pour les *data centers*, 30 % pour les équipements terminaux des utilisateurs, notamment les ordinateurs, et 40 % pour les réseaux de télécommunications. En France, les téléphones, tablettes et autres écrans connectés sont responsables de plus de 10 % de la consommation énergétique française, ce qui équivaut selon l'Agence de la transition écologique (ADEME) à la consommation annuelle de près de 8,3 millions de foyers. De même, l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ARCEP), dans son rapport *Pour un numérique soutenable*[6], se limite à préciser que le numérique représente aujourd'hui de 3 à 4 % des émissions de gaz à effet de serre dans le monde et que ces émissions pourraient augmenter de 60 % d'ici à 2040. Il appert clairement que ces études sur l'empreinte carbone et énergétique du numérique n'intègrent pas un rôle éventuel des déchets virtuels, ce qui aurait été pertinent pour l'identification précise des différentes sources de pollution numérique.

3 Le souci de crédibilité et d'efficacité des politiques de préservation de l'environnement et de transition écologique commande de ne pas négliger cette nouvelle catégorie de déchets qui connaît une importante prolifération depuis l'adoption des mesures consécutives à la Covid-19 et plus précisément du télétravail[7]. De plus, avec l'avènement du métavers, de l'identité numérique[8], des *smarts cities*, des objets connectés, des *cryptocurrencies* et des *non-fungible token* (NTF), il est certain que ces déchets virtuels seront appelés à pulluler. Ces derniers devraient par conséquent être au centre des réflexions juridiques. S'ils sont proches des déchets sonores[9], ils ne doivent en aucun cas être confondus avec les déchets numériques résultats de l'obsolescence programmée matérielle. Ils sont parfois qualifiés d'objets juridiques non identifiés[10] (Djazouli-Bensmain, 2019) et ont la particularité d'être intangibles, immatériels et difficiles à conceptualiser.

4 Si l'objectif premier est d'explorer cette réalité qui tire ses fondations dans l'espace immatériel et d'insister sur la nécessité pour les

pouvoirs publics de se saisir de cette dernière, l'analyse de la part des déchets virtuels aussi bien dans la pollution numérique que dans la dégradation de l'environnement est un préalable. Il est crucial que le droit du numérique tout comme le droit de l'environnement se saisissent des déchets virtuels. Pour le premier, à l'image des déchets matériels [11], les déchets virtuels ralentissent et bouchent les canaux numériques, les flux de données et menacent par voie de conséquence l'attractivité et la fluidité de la « vie virtuelle [12] ». Pour le second, les déchets numériques matériels et immatériels seront dans les dix prochaines années l'un des principaux émetteurs de CO_2 et consommateurs d'énergie (Bordage, 2019).

5 Ainsi, il est question de sensibiliser dans les lignes suivantes sur cette catégorie de déchets numériques qui est tout aussi à l'origine du réchauffement climatique. Pour ce faire, il sera, d'une part, question de revenir sur l'approche juridique des déchets, d'apporter des précisions sur la notion de déchets virtuels, de décrire la part de ces déchets dans la pollution numérique (1) et, d'autre part, de proposer, à partir des mesures normatives existantes, de possibles outils d'encadrement tenant compte de la spécificité de ces déchets (2).

1. La notion de « déchet »

6 Si, dans l'usage quotidien, ce qui est déchet ne laisse généralement que peu de place à l'équivoque, il en est autrement lorsqu'on y ajoute le qualificatif « virtuel ». Ce n'est guère étonnant dans la mesure où le déchet virtuel n'est pas rattaché à une matière physique et tire ses fondations dans un espace immatériel. Le mot « déchet » dérive de l'étymologie « déchoir » et du bas latin *cadere* qui signifie tomber. Selon Baptiste Monsaingeon est déchet ce qui gît dans la poubelle, ce qui encombre les décharges, ce qui pollue la nature (Monsaingeon, 2017).

7 La réglementation actuelle, bien que dense, fournit une définition des déchets (1.1) qui fait fi des données indispensables à la description et à la classification en typologie des déchets numériques et plus précisément des déchets virtuels (1.2).

1.1. Une conception restrictive des déchets numériques

8 La directive (UE) 2018/851 du 30 mai 2018 modifiant la directive 2008/98/CE relative aux déchets appréhende le déchet comme « toute substance ou tout objet, ou plus généralement tout bien meuble, dont le détenteur se défait ou dont il a l'intention ou l'obligation de se défaire ». Cette définition reprise par l'article L. 541-1-1 du Code de l'environnement a également inspiré la convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontaliers de déchets dangereux et de leur élimination[13]. Si ces différents textes ont le mérite de ne pas faire de la matière tangible l'élément consubstantiel ou caractéristique du déchet, il faut néanmoins relever qu'il existe en pratique une disparité dans l'encadrement des déchets. En effet, la réglementation en la matière apparaît déséquilibrée et se fait au détriment des déchets virtuels.

9 Alors que les déchets matériels des activités humaines, notamment les déchets ménagers et d'activités économiques, sont l'objet d'un cadre juridique[14], les déchets des activités humaines dans l'espace numérique sont encore dépourvus aussi bien de réglementation que de régulation. Et pourtant, le monde virtuel copie le monde réel avec son goût pour les déchets. La corbeille présente dans nos ordinateurs et les fonctions de nos messageries en sont une parfaite illustration. Quand bien même le législateur s'intéresse à la production numérique des déchets, ce n'est que pour saisir leur aspect visible et donc matériel[15]. Ce qui se matérialise d'ailleurs dans les politiques de collecte, de recyclage et de valorisation des terminaux tels que les téléphones, les tablettes et les ordinateurs portables dont les consommateurs souhaitent se défaire[16]. Le législateur ne s'intéresse en réalité qu'aux outils matériels délaissés permettant ou qui permettaient le numérique et qui sont qualifiés par certains auteurs de « décharges numériques » (Creane, 2015).

10 La directive de 2018 et le Code de l'environnement abondent dans le même sens lorsqu'ils mettent essentiellement l'accent sur « la lutte contre l'obsolescence programmée » des équipements électriques et électroniques. Par ailleurs, si les lois n° 2021-1485 du 15 novembre 2021 visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en

France et n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire ont le mérite d'intégrer la dimension immatérielle « écoconception des services numériques » dans l'étude de la pollution numérique, il faut dire qu'elles ne font néanmoins pas exception. Elles retiennent également une approche principalement matérielle des déchets numériques. C'est ainsi que l'article 13 du premier texte dispose que

> « lorsque cela est nécessaire pour atteindre les objectifs de collecte qui leur sont fixés en application de la présente section et afin de réduire les stocks d'équipements usagés inutilisés, les producteurs d'équipements électriques et électroniques ou leur éco-organisme mènent, chaque année, des opérations de collecte nationale accompagnées d'une prime au retour pour les particuliers qui rapportent les équipements dont ils souhaitent se défaire, pour les téléphones, les tablettes et les ordinateurs portables ».

11 En réalité, si la réglementation actuelle se focalise sur les déchets numériques matériels, c'est principalement parce qu'ils sont visibles et moins abstraits. La catégorie virtuelle ou immatérielle des déchets numériques est donc la grande oubliée de la transition écologique bien qu'elle soit tout autant à l'origine de l'émission de CO_2 que de la pollution environnementale. Il semblerait d'ailleurs que ces déchets jouent un rôle considérable dans la consommation énergétique de nos outils informatiques (Andrae, 2020).

12 Les déchets numériques matériels et immatériels sont à l'origine de l'empreinte carbone du numérique. Si la part des terminaux dans cette empreinte est visible et considérable[17], la prise de conscience de l'existence des déchets virtuels est essentielle pour faire du numérique un levier de la transition écologique conformément aux objectifs poursuivis par la Convention citoyenne pour le climat[18].

1.2. Une nécessaire prise en compte des déchets virtuels

13 Cet article s'inscrit dans la même lignée que les réflexions sur la souveraineté dans l'espace numérique dans la mesure où il s'agit d'une certaine manière pour un État de contrôler, voire de maîtriser, la production des déchets dans son espace virtuel. L'appel à une

conception plus complète des déchets numériques se fait ainsi ressentir. Autrement dit, à une conception qui ne se réduit plus uniquement à la catégorie matérielle de ces déchets mais qui englobe l'aspect immatériel dont l'obsolescence programmée logiciel serait l'amplificateur.

14 L'étude des déchets virtuels ne peut révéler toute sa pertinence qu'avec l'appréhension de la notion de « corbeille ». Ce mot polysémique n'est pas étranger au droit et plus précisément au droit de la concurrence[19](Arhel, 2002). La corbeille numérique est appréhendée ici comme une forme de zone de transit destinée à recevoir tous les blocs de données dont on a l'intention de se défaire[20]. La présence des déchets dans cette zone dépend de la volonté de l'utilisateur de l'outil numérique. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les déchets virtuels subis échappent encore à la corbeille numérique.

15 Le déchet virtuel peut tout d'abord s'entendre comme un ensemble stable et structuré de données altérées présentes dans la corbeille numérique ou dans la mémoire morte d'un terminal. Cette approche du déchet virtuel n'est pas éloignée de la définition fournie par l'article L. 541-1-1 du Code de l'environnement puisqu'elle met l'accent sur l'action et la volonté du détenteur ou de l'auteur du fichier. La présence dans la corbeille numérique de ce bloc structuré et stable de données traduirait sans équivoque la volonté, l'intention de l'utilisateur ou de l'auteur de les abandonner ou de s'en dessaisir. Le déchet virtuel est facilement identifiable ici puisque tout dépend de l'action de l'auteur du fichier.

16 Le déchet virtuel s'entend ensuite comme tout résidu d'une activité en ligne à l'origine d'une surconsommation énergétique et d'une surémission de CO_2 relativement à ce qui est nécessaire pour la réalisation d'une tâche numérique déterminée. Cette activité peut consister à un processus de traitement de textes ou à une activité sur un moteur de recherche. Il n'y a pas ici une volonté identifiable de l'auteur ou du consommateur numérique de s'en défaire ou de l'abandonner puisqu'il n'a généralement pas conscience de leur existence. La production de cette typologie de déchet est généralement fonction de l'éco-usage numérique propre à chaque personne physique ou morale.

17 Le déchet virtuel peut enfin s'entendre comme toute perte qu'un fichier ou une donnée éprouve dans sa quantité et/ou sa qualité et rendant impropre son exploitation. La perte de valeur d'un fichier peut parfois provenir de leur duplication ou encore du traitement du bloc stable et structuré des données.

18 Il découle de ces différentes approches que les déchets virtuels peuvent faire l'objet de classifications selon qu'ils sont voulus ou subis par le consommateur numérique. Il est aussi possible de les distinguer selon qu'ils sont flottants ou inertes[21]. Les déchets virtuels inertes sont des déchets qui ne circulent pas et qui ont très peu d'incidence sur les canaux numériques. Ils sont propres à leur outil numérique source et source de surconsommation en énergie de celui-ci. À l'inverse, les déchets flottants sont des blocs de données altérés ou résidus de données qui circulent dans les canaux numériques, les flux de données et qui ont perdu de leur intérêt relativement à leur destinataire, à un traitement numérique. Afin de rendre plus concrète la matière, il est nécessaire d'examiner les situations de production des déchets virtuels.

19 En effet, si les déchets sont des choses abandonnées ou délaissées, les comptes utilisateurs qui sont délaissés (en raison du décès de l'utilisateur) ou volontairement abandonnés constitueraient de véritables déchets virtuels qui sont non seulement source de pollution de l'espace public numérique mais aussi de surconsommation énergétique des serveurs[22]. C'est dans cet esprit que le réseau social Facebook est d'ailleurs qualifié de cimetière mondial en raison du nombre de profils abandonnés et qui ne sont pas voués à être supprimés conformément au Règlement général sur la protection des données[23]. Si la difficulté ici se situe dans l'identification de ce que l'on pourrait qualifier de profils déchets, elle peut être surmontée par l'analyse et l'évaluation de l'activité du compte-profil pendant une certaine période. Il s'agira par exemple de définir un régime de prescription à l'issue de laquelle le compte basculera dans la catégorie de déchets et sera ainsi voué à la suppression. Ainsi, les différents comptes inactifs sur les réseaux sociaux en raison principalement du décès de leurs propriétaires s'apparenteront à des choses laissées-pour-compte, abandonnées[24].

20 Par ailleurs, si le déchet est entendu comme une chose de laquelle on se défait, un fichier Word, PDF ou dossier présent dans la corbeille d'un terminal matérialise l'intention de son auteur de s'en défaire et s'apparente par conséquent à un déchet virtuel. Il constitue ainsi une parfaite illustration du cas où un utilisateur a clairement décidé de se séparer d'une image, d'un fichier. C'est également un excellent exemple de déchets inertes [25]. Il convient de signaler que le fait pour un utilisateur de vider sa corbeille ne met pas pour autant fin à l'existence de ces déchets [26]. En outre, si la corbeille une fois vidée fait disparaître les déchets qui y étaient présents, il faut dire que ces derniers continuent néanmoins à générer une surconsommation d'énergie. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle ils peuvent être reconstitués (Djazouli-Bensmain, 2019). C'est dans cette optique que les opérateurs ont développé des processus et logiciels destinés à la suppression définitive de données stables et structurés des équipements numériques [27]. Lorsque l'ADEME, dans son nouveau guide *En route vers la sobriété numérique* [28], conseille de désencombrer les ordinateurs de « données inutiles » tels que le téléchargement, l'historique ou encore les cookies, il y a une indexation implicite du rôle des déchets virtuels inertes sur la fluidité numérique et dans l'empreinte carbone du numérique.

21 L'ouverture de plusieurs fenêtres ou moteurs de recherche, la lecture de contenus numériques en ligne et la mise en veille d'un outil numérique génèrent une variété de résidus. Ces résidus ou pertes résiduelles de données ou fichiers résiduels de caches et de flots de données produits au cours d'une tâche numérique sont, s'ils ne sont pas éliminés, à l'origine de la surcharge des *data centers* et donc de la surconsommation en électricité de ces derniers. Ils appartiennent à la catégorie de déchets flottants en raison de leur incidence sur la circulation des données [29]. Lorsque l'ADEME préconise de limiter le nombre de programmes ou d'onglets ouverts et inutilisés, il y a cette fois une forme d'indexation des déchets virtuels flottants dans la pollution numérique [30].

22 De plus, la consommation en énergie liée au fonctionnement des outils numériques et principalement des smartphones a longtemps été un sujet de préoccupation des fabricants. Ces derniers ont développé une série de logiciels de nettoyage des déchets virtuels [31]. C'est dans l'optique de réduire la surcharge de ses *data centers* et de faire

des économies sur la consommation en électricité de ses serveurs que les algorithmes de la plateforme You Tube « interrompent » une lecture en ligne en cas d'inactivité sur l'outil numérique durant une certaine période. Ce faisant, ils réduisent la production des pertes résiduelles. L'obsolescence programmée génère également des déchets virtuels flottants puisqu'elle rend les blocs stables de données inopérants, inutiles et impropres à une exploitation.

23 Il ressort clairement que le numérique est à l'origine d'une évolution dans la conception des déchets et que ces derniers ne sauraient se concevoir uniquement comme une *res derelicta* puisqu'ils englobent ici bien plus que la seule chose délaissée ou vouée à l'être.

2. Les outils d'encadrement des déchets virtuels

24 Les déchets virtuels ne se rapprochent pas des déchets matériels seulement en ce qui concerne la volonté ou l'intention de leurs détenteurs de s'en défaire. Certaines mesures d'encadrement de la production des déchets tangibles peuvent s'étendre aux déchets virtuels (2.1). Cependant, la spécificité des déchets immatériels commande d'esquisser de nouveaux outils (2.2).

2.1. La transposition des normes existantes aux déchets virtuels

25 Bien que la législation sur les déchets et les différents travaux[32] sur l'écoconception des logiciels et des plateformes numériques ne prenne pas en compte les déchets virtuels dans l'évaluation de la pollution numérique, certaines des mesures qui y sont préconisées ou imposées peuvent s'appliquer aux déchets virtuels.

26 Il en est par exemple des politiques de tri, de recyclage et de traitement (toute opération de valorisation ou d'élimination, y compris la préparation qui précède la valorisation ou l'élimination) des déchets[33]. Dans cette perspective, le tri des déchets virtuels consistera à séparer les blocs stables et structurés de données de lecture simple ou cachés et les blocs stables et structurés de données écritures en vue de leur traitement. Plus simplement, il s'agira de

regrouper les fichiers altérés des corbeilles en fonction de leur nature, de leur extension. Un fichier Word pourra par exemple faire l'objet d'un recyclage en réécriture. Pour les fichiers dont la revalorisation semble impossible, il serait utile de préconiser l'exploitation de logiciels de suppression de données inutiles, y compris de fichiers caches.

27 De même, l'encadrement de la production des déchets virtuels pourrait se faire par le dispositif « Oui Pub » institué par le décret du 28 novembre 2022[34]. Ce dispositif pourrait prendre la forme d'une fonctionnalité destinée à matérialiser l'intention d'un utilisateur de recevoir ou non des mails publicitaires. En effet, ces mails sont généralement déposés dans les messageries en dépit du souhait de l'utilisateur de s'en soustraire. Ils deviennent ainsi des déchets virtuels ayant un impact carbone non négligeable.

28 Par ailleurs, « le dispositif d'affichage de l'impact environnemental des biens et services » de la loi du 22 août 2021[35] peut également jouer un rôle dans la réduction des déchets virtuels et, partant, leur encadrement. Il est question d'apporter aux consommateurs des informations non seulement sur les émissions en CO_2 des activités numériques (une requête sur un moteur de recherche émet l'équivalent de 5 à 7 grammes de CO_2 ; l'envoi d'un mail avec une pièce jointe d'un méga octet émet environ 19 grammes de CO_2 ; il en est de même de la lecture des vidéos en ligne, du stockage des photos, du streaming ; The Shift Project relève que la vidéo en ligne génère 300 millions de tonnes de CO_2 par an[36]), mais également sur les déchets immatériels générés par les outils et les tâches numériques. Pour ce faire, il est nécessaire d'identifier leur part dans l'empreinte carbone du numérique. Tâche qui s'avère difficile et c'est à juste titre que Françoise Berthoud soulignait qu'il était « difficile de se faire une idée précise de l'état de nos connaissances sur les impacts environnementaux des technologies numériques » (Berthoud, 2017). L'ARCEP abonde dans le même sens lorsqu'elle relève que « 5 % de l'empreinte environnementale du numérique est imputable aux réseaux et les informations sont encore trop peu nombreuses pour permettre la décomposition de cet impact et d'identifier finement les leviers d'action ».

29 C'est dans ce sens que différentes études [37] établissent la consommation énergétique des outils numériques, ainsi que leur émission en CO_2 sans rechercher la part imputable aux déchets virtuels. Elles relèvent généralement que le numérique consomme 10 % de l'énergie au niveau mondial et établissent une répartition en fonction des outils employés. En effet, ces 10 % se répartissent approximativement entre 30 % pour les *data centers*, 30 % pour les équipements terminaux des utilisateurs, dont les ordinateurs, et 40 % pour les réseaux de télécommunications. En France, les téléphones, tablettes et autres écrans connectés sont responsables de plus de 10 % de la consommation énergétique, ce qui équivaut, selon l'ADEME, à la consommation annuelle de près de 8,3 millions de foyers.

30 Analyser la part des déchets virtuels dans la pollution numérique ou dans l'empreinte environnementale du numérique reviendrait tout d'abord à évaluer ou à estimer les grammes de CO_2 découlant de la présence de ces déchets dans un terminal ou dans les canaux de données. En réalité, il s'agira d'analyser pour une tâche numérique précise la quantité de CO_2 produite selon que le terminal permettant le numérique est « neutre » ou inondé de multiples déchets virtuels. En effet, les enquêtes de terrain ont permis de constater qu'une requête sur un moteur de recherche à partir d'un ordinateur neuf ou faisant l'objet d'une gestion numérique écoresponsable émettrait moins de CO_2 et consommerait moins d'énergie qu'un ordinateur contenant une panoplie de fichiers dans la corbeille ou encore ayant plusieurs fenêtres ouvertes. Cette différence dans la consommation d'énergie et dans l'émission de CO_2 permet d'apprécier la pollution numérique imputable aux déchets virtuels. Si les déchets virtuels ne sont pas explicitement cités, l'accent mis sur le comportement des utilisateurs à travers le concept « sobriété numérique » vise en réalité à réduire la production de ces déchets [38].

31 Il convient de souligner que tout outil numérique dès sa première mise en marche génère des déchets virtuels mais la quantité et la fréquence dans la production dépend en partie du comportement de l'utilisateur et de la conception des codes informatiques. C'est la raison pour laquelle certains travaux indexent la configuration des applications pour justifier le décalage dans l'émission des CO_2 ou dans la consommation d'énergie pour une tâche donnée [39] et préconisent l'écoconception des sites et applications pour réduire

l'empreinte carbone numérique. Il convient de noter que l'enjeu ne saurait être de dissuader l'usage des outils numériques mais d'assurer une gestion durable des déchets virtuels.

2.2. L'esquisse d'outils nouveaux spécifiques aux déchets virtuels

32 Un essai d'encadrement des déchets virtuels ne saurait fait fi des interrogations sur les sources de ces déchets ainsi que sur les responsabilités susceptibles d'en découler. Qui produit les déchets virtuels ? Est-ce l'usager du numérique ? ou alors la plateforme qui, en conservant les données sur ses serveurs participe à la pollution numérique ? Il s'agit en réalité d'identifier la source des déchets ou son producteur et, par conséquent, l'acteur auquel il reviendra en fin de compte de traiter ces déchets virtuels. Autrement dit, l'acteur sur lequel pèseront l'obligation de recyclage, d'élimination et le règlement d'une éventuelle taxe de pollution numérique.

33 Plusieurs responsabilités peuvent être retenues. Celle de la plateforme qui continue de sauvegarder dans ses *data centers* les données délaissées par les usagers ou à propos desquelles l'auteur a manifesté une intention claire de s'en défaire. Ces données non éliminées par la plateforme entraînent une surconsommation énergétique, en eau et une surémission de CO_2. Il est clair qu'ici l'avenir de ces déchets, notamment leur recyclage, revalorisation ou élimination, dépend de la plateforme. Il est donc logique de faire peser sur cette dernière une obligation de minimiser la production des déchets virtuels. C'est d'ailleurs dans ce sens que des études préconisent d'inciter les opérateurs à cesser leur politique de conservation quasi automatique des données abandonnées ou éliminées par les utilisateurs. Ce qui ne manquera pas d'interroger de nombreuses législations, spécialement celles sur la conservation des données de connexion ou encore sur les données médicales et le renseignement [40].

34 La responsabilité des utilisateurs peut être retenue lorsque l'usage du numérique ou des outils numériques ne fait pas l'objet d'une gestion écoresponsable. Si la sobriété numérique semble constituer pour l'instant un droit mou, la régulation par la donnée favorisera le passage à un droit dur. La régulation par la donnée s'entend comme une modalité de régulation qui consiste à exploiter la puissance de

l'information afin de mieux atteindre les objectifs de protection de l'environnement, en particulier de réduction des déchets[41]. Elle permettra de distinguer le consommateur écoresponsable dans l'usage des outils et services numériques des autres. Il sera aisément possible de connaître la masse de déchets virtuels produits par ménage et par outil numérique. C'est dans cette perspective qu'il peut être introduit un quota dans la production des déchets virtuels et une imposition en cas de dépassement de celui-ci ou alors en fonction de la masse de données stockées par les plateformes. Il convient toutefois de signaler les difficultés et notamment juridiques auxquelles ferait face une régulation par la donnée. En effet, l'accès aux données sur les déchets virtuels produits par les consommateurs peut s'apparenter à un traitement au sens du Règlement général sur la protection des données[42] dans la mesure où, bien que déchets virtuels, ces derniers pourraient être considérés comme des données à caractère personnel. La forme de déchet des données n'exclut ainsi pas *a priori* l'application de la législation sur la protection des données. Cependant, l'impérieuse nécessité de protéger l'environnement, la santé et de ne pas compromettre le bien-être des générations futures commande d'appréhender ces données abandonnées sous un autre angle[43]. Plus concrètement, il pourrait s'agir d'accorder aux déchets virtuels un statut particulier qui permettrait de les soustraire de l'application du RGPD.

35 L'encadrement de la production des déchets virtuels pourrait également passer par la mise en place d'une obligation de « *put off* » ou de « désactivation » des services Internet ou de la connexion Internet après une certaine période d'inactivité sur un outil numérique. La règle n'est ainsi plus destinée seulement à garantir la sécurité de l'outil numérique mais également et désormais à réduire l'émission des déchets virtuels, et donc à protéger l'environnement. En effet, l'activation permanente des données Internet sur un appareil mobilise les *data centers* qui stockent des données, consomment de l'électricité, de l'eau et émettent du CO_2. Les *data centers* sont ainsi sollicités du fait d'une demande énergétique en augmentation liée à ces pratiques énergivores. C'est dans le même raisonnement que s'inscrit le règlement (UE) 2023/826 de la Commission du 17 avril 2023 établissant les exigences d'écoconception relatives à la consommation d'énergie en mode arrêt, en mode veille et en veille avec main-

tien de la connexion au réseau des équipements ménagers et de bureau électriques et électroniques, conformément à la directive 2009/125/CE du Parlement européen et du Conseil.

36 Le caractère intangible des déchets virtuels impose une approche renouvelée dans la gestion et dans la prévention de la production des déchets. La régulation par la donnée est essentielle pour le contrôle et la répression de la production des déchets virtuels. En effet, les outils techniques rendent possible l'analyse de la consommation énergétique et d'émission de CO_2 des ordinateurs et des téléphones. Apple a d'ailleurs développé, bien avant la loi AGEC (anti-gaspillage pour une économie circulaire) et la loi de 2021 visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France, un logiciel diagnostic capable d'établir le nombre de fois qu'un appareil a été rechargé depuis sa mise en service (le pourcentage de batterie au moment de la mise en charge), le nombre de réinitialisations, de mises en veille d'un appareil, ainsi que le nombre de fois qu'il a été éteint. Cet outil vise notamment à identifier les dysfonctionnements de la batterie qui relèveraient du défaut de fabrication ou alors du mauvais usage ou entretien de l'utilisateur. Les conclusions de ce logiciel conditionnent le déclenchement de la garantie réparation ou l'exonération de l'opérateur. Un tel outil pourrait servir à l'évaluation de la sobriété numérique d'un consommateur ou d'un ordinateur [44]. Il ressort ainsi deux leviers d'action pour l'encadrement des déchets virtuels. L'un centré sur les acteurs privés et l'autre centré sur l'action des pouvoirs publics.

BIBLIOGRAPHIE

Les adresses Internet citées dans cet article ont été consultées le 19 janvier 2024.

Andrae A. S. G., 2020, « Hypotheses for primary energy use, electricity use and CO_2 emissions of global computing and its shares of the total between 2020 and 2030 », WSEAS *Transactions on Power Systems*, vol. 15, p. 50-59

Arhel P., 2002, « La pratique de la corbeille de la mariée rattrapée par… le juge pénal », *Petites affiches*, n° 79, p. 4

Balaguer F., 2019, « Les déchets nucléaires, ou les cailloux dans la chaussure de l'économie circulaire », *Droit et ville*, n° 87, p. 227- 247

Berthoud F., 2017, « Numérique et écologie », *Annales des mines.*

Responsabilité et environnement, vol. 87, n° 3, p. 72-75

Brunot A., Thompson C., 2010, « La gestion des déchets d'activité de soins à risques infectieux par les professionnels de santé libéraux : étude de pratiques », *Société française de santé publique*, vol. 22, p. 605-615

Creane D., 2015, « The digital dump: The problem of electronic waste », DevelopmentEducation.ie, [https://developmenteducation.ie/infographic/the-digital-dump/]

Djazouli-Bensmain, 2019, « Le déchet numérique : objet juridique non identifié », *Droit et ville*, n° 81, p. 147-160

Bordage F., 2019, *Empreinte environnementale du numérique mondial*, Greenit.fr, [https://www.greenit.fr/etude-empreinte-environnementale-du-numerique-mondial/]

Lecompte E., 2017, « Les déchets sont aussi un problème dans l'espace », *Sciences et avenir*, 19 avril, [https://www.sciencesetavenir.fr/espace/debris-spatiaux-les-dechets-sont-aussi-un-probleme-dans-l-espace_112267]

Monsaingeon B., 2017, *Homo detritus. Critique de la société du déchet*, Paris, Seuil

Zachayus A., 2019, « Le traitement des déchets d'activité de soins : vers une écologie sanitaire », *Droit et ville*, n° 87, p. 161-177

NOTES

1 Comment ne pas se rappeler des fameux arrêtés pris en 1884 par le préfet de la Seine, Eugène-René Poubelle, qui organisait déjà le ramassage et le tri des déchets pour des raisons de salubrité et de santé publique ; la directive-cadre n° 75/442/CEE du 15 juillet 1975 relative aux déchets (JOCE L 194, 25 juillet 1975) ; la loi n° 75-633 du 15 juillet 1975 relative à l'élimination des déchets et à la récupération des matériaux (JORF, 16 juillet 1975) ; la directive-cadre n° 2008/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative aux déchets et abrogeant certaines directives (JOUE L 312, 22 novembre 2008) ; l'ordonnance n° 2010-1579 du 17 décembre 2010 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine des déchets (JORF n° 0293, 18 décembre 2010, p. 22301, texte n° 10).

2 Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination. [https://www.basel.int/TheConvention/Overview/TextoftheConvention/tabid/1275/Default.aspx].

3 Loi n° 2006-739 du 28 juin 2006 de programme relative à la gestion durable des matières et déchets radioactifs.

4 À l'exception des bruits et des odeurs.

5 Rapport de l'ARCEP, décembre 2020, *Pour un numérique soutenable* ; rapport d'information n° 555 (2019-2020) de la Commission de l'aménagement du territoire et du développement durable, 24 juin 2020, *Pour une transition numérique écologique* ; étude de Green IT, 2019, *Empreinte environnementale du numérique mondial*.

6 L'ADEME, qui organise régulièrement des semaines européennes de réduction des déchets (SERD) qui visent à mettre en lumière les bonnes pratiques de consommation allant dans le sens de la prévention des déchets, ne s'intéresse pas aux déchets virtuels (la SERD 2023 a été consacrée au thème des emballages, celle de 2022, au thème du textile). Les déchets virtuels semblent négligés par les institutions en charge de la protection de l'environnement ; ils sont les grands oubliés de la transition écologique.

7 Et plus précisément les politiques de télétravail.

8 Décret n° 2022-676 du 26 avril 2022 autorisant la création d'un moyen d'identification électronique dénommé « Service de garantie de l'identité numérique » (SGIN) et abrogeant le décret n° 2019-452 du 13 mai 2019 autorisant la création d'un moyen d'identification électronique dénommé « Authentification en ligne certifiée sur mobile », [https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000045667825].

9 Le régime des déchets virtuels, en raison de leur nature immatérielle, pourrait s'inspirer de celui du bruit. Cette approche semble pertinente tant les effets de ces deux éléments tendent à engendrer des nuisances concrètes sur l'environnement, sur le réchauffement climatique sans pour autant être tangibles ; voir les articles L. 571-1 à L. 571-19 du Code de l'environnement.

10 Le dramaturge Rafael Spregelburd rappelle dans sa pièce *Spam* que le monde virtuel copie le monde réel pour essayer de sembler crédible. Alors il copie aussi son goût pour les déchets. Comment expliquer autrement sinon les spams et là très coûteuse industrie des antivirus, des nettoyeurs, des filtres et des pare-feux qui ne sont que la grotesque réplique d'une immense déchetterie, ou celle de cette île de plastique qui tourbillonne au milieu du Pacifique, ou encore celle des déchets nucléaires ensevelis dans le désert du Nouveau Mexique.

11 En particulier, les déchets ménagers qui bouchent les canalisations d'évacuation des eaux usées.

12 Cette pollution peut également avoir un impact sur la circulation des données dans la cité virtuelle, sur le flux des données (bugs, surcharge des datas), la consommation d'électricité et l'attractivité du monde numérique.

13 Elle définit à son article 2 les déchets comme « des substances ou objets qu'on élimine, qu'on a l'intention d'éliminer ou qu'on est tenu d'éliminer en vertu des dispositions du droit national ».

14 Articles 1520 à 1526 du Code général des impôts relatif à la taxe d'enlèvement des ordures ménagères et article 1636 sur les taux différents en cas de distinction de zones de ramassage ; articles L. 2224-13 à L. 2224-17-1 du Code général des collectivités territoriales sur la gestion de la collecte des déchets ménagers et assimilés et articles L. 2333-76 à L. 2333-80 sur la redevance d'enlèvement des ordures ménagères, redevance sur les terrains de camping, redevance spéciale.

15 Loi n° 2021-1485 du 15 novembre 2021 visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France ; l'article L. 541-10-20 du Code de l'environnement est complété par un point III ainsi rédigé : « III. Les objectifs de recyclage, de réemploi et de réparation fixés par les cahiers des charges des éco-organismes ou des systèmes individuels agréés en application de l'article L. 541-10 sont déclinés de manière spécifique pour certains biens comportant des éléments numériques, au plus tard le 1er janvier 2028 » ; de la loi n° 75-633 du 15 juillet 1975 relative à l'élimination des déchets et à la récupération des matériaux jusqu'à la directive du 19 novembre 2008 relative au déchet, l'histoire de l'appréhension juridique du déchet a été celle de son extension et de sa clarification ; directive n° 2002/96/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux déchets d'équipements électriques et électroniques (DEEE) du 17 janvier 2003 ; loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire instaure un indice de réparabilité des produits électriques et électroniques ; directive n° 2012/19/UE du 14 juillet 2012, transposée par le décret n° 2014-928 du 19 août 2014 relatif aux déchets d'équipements électriques et électroniques et aux équipements électriques et électroniques usagés, qui impose la reprise gratuite des petits équipements par les magasins de plus de 400 m² dédiée à la vente d'équipements électriques et électroniques. Dernièrement, le remplacement des équipements électriques et électroniques (EEE) s'est accéléré et les EEE sont devenus une source de déchets de plus en plus importante. Le décret relatif à l'information du consommateur sur les qualités et caractéristiques environnementales des produits générateurs de déchets a fixé le délai d'écoulement des

stocks au 1er janvier 2023. L'écoulement des stocks consacré est une mesure de sécurité juridique qui permet aux producteurs et aux importateurs de continuer de commercialiser pendant un certain délai des produits non conformes aux exigences d'informations environnementales de l'article L. 541-9-1 du Code de l'environnement à condition qu'ils aient été fabriqués ou importés avant la date de publication du dudit décret.

16 En raison, par exemple, de la détérioration significative des capacités du produit.

17 Les terminaux sont à l'origine d'une très grande part des impacts environnementaux du numérique. Selon Green IT, ils « représentent 63 % des gaz à effet de serre émis par le secteur, 75 % des ressources consommées, 83 % des consommations en eau. À l'échelle de l'empreinte carbone nationale, cette proportion est encore plus forte puisque 81 % des émissions du numérique français proviennent des terminaux. Et cette part pourrait s'accroître à 82 % en 2040. Les terminaux sont d'autant plus émetteurs qu'ils sont très fréquemment renouvelés. Selon l'étude, la durée de vie actuelle d'un smartphone serait de seulement 23 mois » (Bordage, 2019).

18 La Convention citoyenne pour le climat (CCC) a été constituée en octobre 2019 par une lettre de mission du Premier ministre adressée au Conseil économique, social et environnemental. La CCC regroupe des citoyennes et citoyens tirés au sort et a pour objectif de « définir les mesures structurantes pour parvenir, dans un esprit de justice sociale, à réduire les émissions de gaz à effet de serre d'au moins 40 % d'ici 2030 par rapport à 1990 », [https://propositions.conventioncitoyennepourleclimat.fr].

19 La corbeille de la mariée est une pratique par laquelle un acteur de la distribution prend prétexte d'une augmentation de sa puissance d'achat pour exiger de ses fournisseurs, sans contrepartie réelle, des avantages tarifaires supplémentaires.

20 En tant que zone de transit, la corbeille offre une seconde chance aux fichiers avant leur élimination ou destruction définitive.

21 Ils ne s'entendent pas ici au sens de l'article R. 541-8 du Code de l'environnement, même s'ils répondent à plusieurs égards aux critères contenus dans cet article, c'est-à-dire comme « tout déchet qui ne subit aucune modification physique, chimique ou biologique importante, qui ne décompose pas, ne brûle pas, ne produit aucune réaction physique ou chimique, n'est pas biodégradable et ne détériore pas les matières avec lesquelles il

entre en contact d'une manière susceptible d'entraîner des atteintes à l'environnement ou à la santé humaine ».

22 Ces profils utilisateurs « inactifs » continuent de mobiliser les *drives* et *clouds*.

23 HUB Institute, 2019, « Facebook, nouveau cimetière numérique ? », [https://www.hubinstitute.com/articles/facebook-nouveau-cimetiere-numerique].

24 La question à se poser est de savoir si ces déchets, tout comme les déchets physiques, peuvent faire l'objet d'appropriation. La réponse à cette question semble dépendre de la nature et de la sensibilité des données abandonnées et surtout de la finalité de l'appropriation. En pratique, le statut juridique imprécis de ces déchets permet une appropriation. Celle-ci se matérialise par le traitement dont ils font régulièrement l'objet.

25 Dans la mesure où ils sont propres à l'outil numérique source et sont à l'origine de la surconsommation en énergie de ce dernier. Ils ne circulent pas et n'ont que très peu d'incidence sur les canaux numériques.

26 Digital Cleanup Day: « *The digital trash creates digital pollution that continues to consume energy even when we have forgotten it. Digital trash sits in the backups on servers that provide us with cloud service and continue consuming electricity* », [https://www.digitalcleanupday.org].

27 Si la suppression définitive de ces déchets est favorable à la protection de l'environnement, elle ne manque pas d'inquiéter la criminologie, notamment en ce qui concerne la recherche de preuves en cas d'enquête criminelles.

28 ADEME, 2022, « En route vers la sobriété numérique », [https://librairie.ademe.fr/cadic/6555/guide-en-route-vers-sobriete-numerique-202209.pdf].

29 Les déchets flottants sont des blocs de données altérés ou résidus de données qui circulent dans les canaux numériques, les flux de données et qui ont perdu de leur intérêt relativement à leur destinataire, à un traitement numérique.

30 ADEME, 2022, « En route vers la sobriété numérique », précit.

31 Digital Cleanup Day, précit.

32 Voir le rapport d'information fait au nom de la Commission de l'aménagement du territoire et du développement durable par la Mission d'information sur l'empreinte environnementale du numérique.

33 L'ensemble des opérations réalisées sur des déchets qui permet de séparer ces déchets des autres déchets et de les conserver séparément, par catégorie, en fonction de leur type et de leur nature.

34 Modifiant le décret n° 2022-764 du 2 mai 2022 relatif à l'expérimentation d'un dispositif interdisant la distribution d'imprimés publicitaires non adressés en l'absence d'une mention expresse et visible sur la boîte aux lettres ou le réceptacle du courrier.

35 Portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets.

36 *The Shift Project*, juillet 2019 « Climat : l'insoutenable usage de la vidéo en ligne. Résumé aux décideurs », [https://theshiftproject.org/wp-content/uploads/2019/07/R%C3%A9sum%C3%A9-aux-d%C3%A9cideurs_FR_Linsoutenable-usage-de-la-vid%C3%A9o-en-ligne.pdf].

37 Voir note 5.

38 La sobriété numérique désigne un changement des usages marqué par la réduction de l'empreinte carbone qui implique d'acheter moins d'appareils et de réduire la consommation.

39 Laure Cailloce, 16 mai 2018, « Numérique : le grand gâchis énergétique », CNRS *Le journal*, [https://lejournal.cnrs.fr/articles/numerique-le-grand-gachis-energetique].

40 Décret n° 2021-1361 du 20 octobre 2021 relatif aux catégories de données conservées par les opérateurs de communications électroniques, pris en application de l'article L. 34-1 du Code des postes et des communications électroniques ; loi n° 2021-998 du 30 juillet 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement.

41 Autorité de régulation des transports, « Nouvelles modalités de régulation. La régulation par la donnée », [https://www.autorite-transports.fr/wp-content/uploads/2019/07/note-sur-les-nouvelles-modalites-de-regulation-la-regulation-par-la-donnee.pdf].

42 Traitement renvoie à toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données à caractère personnel, comme la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction.

43 Il est question de ne pas appréhender les données abandonnées sous le strict angle du droit des déchets actuel.

44 Par exemple, le calculateur Green Algorithms peut être utilisé pour estimer l'empreinte carbone d'une tâche en fonction de ces paramètres, [www.green-algorithms.org].

RÉSUMÉ

Français

Les déchets virtuels font l'objet de peu d'études juridiques et pourtant, à l'instar des déchets numériques matériels, ils jouent un rôle considérable dans l'empreinte carbone du numérique. Ils sont le grand oublié des législations et des politiques de transition écologique. Cet article met en exergue la disparité dans l'encadrement des déchets et établit une typologie des déchets virtuels. Il est ainsi possible de distinguer les déchets virtuels volontaires, subis, flottants et inertes. Il ressort clairement que le numérique est à l'origine d'une évolution dans la conception des déchets dans la mesure où ces derniers ne sauraient désormais être conçus uniquement comme une *res derelicta.* Ils englobent ainsi bien plus que la seule chose délaissée ou vouée à l'être. La rationalisation de la production des déchets virtuels passera inéluctablement par une régulation par la donnée. Celle-ci facilitera et organisera le tri, le recyclage, la taxation et le régime de responsabilité des propriétaires et producteurs des déchets virtuels.

INDEX

Mots-clés

déchets numériques, déchets virtuels, corbeille numérique, écologie, environnement, régulation, données, taxation

AUTEUR

Vanelle Dimitri Onchi Ngongang

Docteur en droit, ATER, Université de Lille, Centre de recherche droits et perspectives du droit (CRDP – ULR 4487) ; vanelledimitri.onchi@univ-lille.fr

Obsolescence logicielle et environnement : une inefficacité juridique assumée ? Étude des législations françaises et européennes

Esther Noël

PLAN

1. Le constat préliminaire d'une insuffisance législative : la difficile qualification juridique du concept d'obsolescence logicielle
   1.1. Les essais du droit français à l'isolation du concept
   1.2. L'ambiguïté terminologique latente du droit européen
2. L'inefficacité d'une interdiction de l'obsolescence logicielle
   2.1. Des essais législatifs d'interdiction annihilés : les lois françaises de 2015 et de 2021
      2.1.1. L'imprécision rédactionnelle du législateur français
      2.1.2. L'inaboutissement des plaintes
   2.2. L'insuffisance des obligations d'information du consommateur
      2.2.1. Les obligations introduites par la loi française de 2021
      2.2.2. Les limites des obligations d'information pointées par les institutions européennes
3. L'efficacité partielle d'un encadrement de l'obsolescence logicielle
3.1. Les obligations de durabilité du produit : l'économie circulaire
      3.1.1. L'initiative française : la loi dite anti-gaspillage pour une économie circulaire
      3.1.2. La concrétisation législative européenne : la proposition de directive de 2022
   3.2. Les obligations de conception du produit : l'éco-conception européenne
Conclusion

TEXTE

1 Le développement du consumérisme, en tant qu'attitude sociologique, s'inscrit dans un mouvement plus large de la société de consommation telle que caractérisée depuis le milieu du XXe siècle et aboutit aujourd'hui au constat indéniable d'une surproduction et d'une surconsommation. Le caractère érosif du numérique et de ses produits ne fait qu'accentuer ces mouvances, la recherche de perfectionnement technologique incessante poussant certains fabricants à

provoquer la fin de leurs produits pour en créer de nouveaux. Cette pratique de l'obsolescence, relativement ancienne – le président du géant américain General Motors déclarait en 1934 à l'égard des voitures : « [N]otre grand travail est d'accélérer l'obsolescence » – devient progressivement un modèle de consommation, ancré dans les habitudes des fabricants, qui ne cesse de se renouveler et se détache désormais sous une forme logicielle. À la suite des dérives économiques et sociologiques de ces pratiques, l'heure est au constat de leurs conséquences sur l'environnement.

2 Pris dans une spirale infernale de consommation de produits électroniques répondant à des besoins ponctuels ou durables, les consommateurs sont aujourd'hui tous confrontés à la fin, prématurée ou non, de leurs produits. La plus récente étude Eurobaromètre 503, publiée en 2020 par la Commission européenne et portant sur les « Attitudes à l'égard de l'impact de la numérisation sur la vie quotidienne », atteste que 30 % des consommateurs européens achètent un nouveau produit en raison d'une détérioration des performances de l'ancien. Pour 19 % d'entre eux, ce rachat fait suite à l'arrêt du fonctionnement des applications ou des logiciels, soit à l'obsolescence logicielle de leurs appareils.

3 Contrairement à ce que l'on pourrait imaginer compte tenu de l'envolée de la consommation dans nos sociétés actuelles, le concept d'obsolescence ne connaît aucune traduction terminologique claire. Au contraire, « la notion d'obsolescence n'en est pas moins restée un concept théorique et pratique n'ayant jamais été clairement et profondément développé, illustré et stabilisé, à savoir fondé » (Rollot, 2016, p. 16). En effet, les penseurs et les législateurs « restent plus préoccupés par la dénonciation que par l'approfondissement de l'idée elle-même, et ne questionnent guère son sens » (*ibid.*). Pour autant, ce défaut terminologique n'a freiné ni le développement des pratiques ni leur dénonciation, poussant d'ailleurs les législateurs à réagir sur la question.

4 C'est par la prise en compte juridique du concept qu'une première forme d'éclaircissement de ses contours est apparue. L'avancée juridique s'est produite en deux temps. Dans un premier temps, l'obsolescence logicielle n'est considérée que comme un aspect, une composante de l'obsolescence programmée ; définir cette dernière

apparaît dès lors comme une étape indispensable à la compréhension de son pendant logiciel. Elle est entendue comme la « somme de techniques industrielles et commerciales visant à un seul but : entretenir le cycle de consommation afin de faire tourner les usines et les flux de marchandises. Pour ce faire, le plus simple reste encore de réduire le cycle de vie » (Lapoix, 2011). À partir de cette définition, différentes catégories d'obsolescence peuvent être énumérées : une obsolescence directe (fonctionnelle ou technique), majoritairement liée à des défauts fonctionnels du produit, incluant les transformations logicielles capables de rendre les produits indisponibles ; une obsolescence indirecte par laquelle des produits en état de marche deviennent obsolètes et renvoyant aux techniques ayant pour finalité d'empêcher la réparabilité du produit ; une obsolescence esthétique, orientée sur la psychologie des consommateurs, lorsqu'un fabricant commercialise à un rythme effréné de nouveaux produits ; et même, plus récemment, face à des produits qui polluent et consomment de l'électricité ainsi qu'à la tendance des consommateurs à se tourner vers des modes de consommation « éthiques », une obsolescence écologique. Dans un second temps, l'obsolescence logicielle bénéficie d'une définition propre. En effet, le développement des techniques et services numériques, ainsi que des logiciels a progressivement mené à la prise en compte d'une forme isolée d'obsolescence qui leur serait dédiée. Ce type d'obsolescence peut être défini comme une technique numérique cyclique à l'origine d'un renouvellement, presque automatisé, des logiciels et des systèmes d'exploitation, réduisant leur durée de vie, et qui se caractérise principalement par des mises à jour. À défaut et en raison de l'indisponibilité ou du dysfonctionnement du logiciel ou du système d'exploitation, l'usage de l'appareil est réduit.

5 Le caractère atypique de cette nouvelle perspective logicielle de l'obsolescence mérite aujourd'hui un approfondissement en droit pour deux raisons. L'une est juridique : les fabricants tentent, par cette technique logicielle, de se délier des obligations en matière d'obsolescence programmée matérielle. L'autre est environnementale : l'impact de cette technique logicielle, rapide et de faible coût, sur la planète est colossal, en raison notamment de ses besoins en énergie, de sa production de déchets et de différentes formes de pollution. De ce fait, une analyse de ce mécanisme et de ses

pratiques, réalisée dans une perspective juridique environnementale apparaît indispensable, et est d'ailleurs inédite. Le risque environnemental que représente l'obsolescence logicielle n'est plus à prouver : la fabrication d'appareils numériques, à la suite de leur renouvellement, représentait, en 2021, 75 % des impacts environnementaux du secteur numérique[1] (d'après le ministère de l'Économie français). Néanmoins, l'interdiction – ou du moins le strict encadrement – qui devrait logiquement en découler, est longtemps restée utopiste en droit, et l'est toujours en pratique. Aujourd'hui considérée en droit de la consommation, il semble nécessaire que la pratique d'obsolescence soit désormais saisie par le droit de l'environnement. En ce sens, la perspective environnementale donnée au droit français et au droit européen depuis quelques années conforte les éventualités d'une solution d'« encadrement juridique vert » de l'obsolescence logicielle.

6 Encore faut-il que les normes environnementales dégagées soient efficaces et effectives. Juridiquement définie, l'efficacité « mesure un résultat en fonction d'un objectif et dans des conditions données » (Rangeon, 1989), là où l'effectivité renvoie au « degré de réalisation dans les pratiques sociales des règles énoncées par le droit » (André-Jean, 1993, p. 217). Les termes étant très souvent entremêlés (Mincke, 1998), la seule efficacité de la norme sera préférée pour le cadre environnemental. À cet égard, « pour rendre une norme environnementale efficace, il faut intervenir à deux moments : en amont, lors de l'élaboration de la règle, et en aval, à l'occasion de son application » (Boskovic, 2010, p. 128). Souvent accusé d'inefficacité – notamment dans son pendant international (Maljean-Dubois, 2003) – le droit de l'environnement semble progresser vers des voies positives d'efficience du droit (Pâques, Faure, 2003 ; Boskovic, 2010) dans lesquelles pourrait s'inscrire l'encadrement de l'obsolescence logicielle. Et, si l'inefficacité continuait de primer, ne faudrait-il pas mieux un cadre juridique, même inefficace, plutôt qu'un vide juridique sur la pratique ? La présente communication entend se saisir de cette question et y répondre. Le premier constat est assez préoccupant : les textes, français et européens, témoignent d'une défaillance dans la qualification juridique de l'objet, l'obsolescence logicielle (1). À cette insuffisance s'ajoutent les doutes sur l'efficacité environnementale de ces textes. Leur analyse approfondie démontre une certaine progression : alors que les premiers efforts, infructueux, visaient à interdire

la pratique de l'obsolescence logicielle (2), un mouvement renouvelé d'encadrement semble apparaître et laisser place à une efficacité partielle, dont il conviendrait sans doute de se contenter (3).

1. Le constat préliminaire d'une insuffisance législative : la difficile qualification juridique du concept d'obsolescence logicielle

7 L'imprécision terminologique du concept d'obsolescence logicielle, tel qu'entendu dans sa forme numérique, s'est répercutée dans le cadre juridique. Prudents ou trop peu expérimentés, les législateurs ont d'abord largement entrepris de qualifier[2] le concept sous son seul pendant matériel. Néanmoins, l'accroissement des phénomènes logiciels pratiqués par les fabricants a accentué la nécessité d'isoler l'obsolescence logicielle dans la loi. À défaut, le législateur s'éloignerait des réalités. En effet, l'obsolescence logicielle est au centre de nombreuses polémiques environnementales autour des pratiques de géants du numérique. En 2021, par exemple, le Cigref et trois autres associations, allemande, belge et néerlandaise, ont interpellé l'entreprise américaine Microsoft sur sa pratique d'obsolescence logicielle et sur ses conséquences environnementales et sécuritaires. Selon eux, Windows 10 se distinguerait comme l'un des exemples les plus probants d'obsolescence logicielle. De telles dénonciations poussent, en outre, les législateurs à réagir. Ambitieux, le législateur français a recherché à isoler le concept d'obsolescence logicielle pour tenter de lui attribuer, progressivement, une qualification propre (1.1). Le législateur européen, en revanche, ne s'est jamais réellement intéressé à la question et conserve une qualification large et une interchangeabilité des termes (1.2).

1.1. Les essais du droit français à l'isolation du concept

8 La prise en compte de l'obsolescence logicielle dans l'ordre juridique français a été relativement tardive face au développement des

pratiques, illustrant la classique distorsion entre l'évolution du droit et l'évolution des activités numériques. Son appréhension sous l'angle environnemental l'est d'autant plus que numérique et environnement n'ont été que très récemment associés dans les politiques publiques françaises. Bien que plusieurs engagements récents, tels que l'Accord de Paris de 2016 ou la Convention citoyenne pour le climat de 2019 – à laquelle répond la feuille de route « Numérique et environnement » de 2020[3] – s'intéressent à l'obsolescence et prévoient des mesures visant à la durabilité des produits, son inscription dans la loi a témoigné de plus grandes difficultés. Jusqu'en 2021, l'obsolescence logicielle n'était pas appréhendée de façon isolée par le droit français : elle était assimilée et réprimée par une loi de 2015[4] sous la forme d'une obsolescence programmée.

9 En 2015, l'initiative d'une loi sur la transition énergétique apparaît comme une véritable révolution quant à sa forme, mais aussi et surtout quant à son contenu. Tout d'abord, elle se distingue comme l'une des premières lois à vocation environnementale qui se saisit de la question de l'obsolescence. Toutefois, la réelle avancée se situe dans l'intégration, par cette loi, de l'obsolescence comme un délit dans le Code de la consommation (C. consom). L'article L. 213-4-1 de ce code est pionnier en ce sens : il définit la pratique d'obsolescence programmée et la sanctionne. Sera désormais condamné « le recours à des techniques par lesquelles le responsable de la mise sur le marché d'un produit vise à réduire délibérément la durée de vie pour en augmenter le taux de remplacement ». Pour cette première définition juridique de la notion d'obsolescence, le législateur a opté pour une définition large répondant de son caractère éclectique. Perçue dans sa conception technique, l'obsolescence revêt en effet plusieurs formes dont il convient de se saisir (obsolescence de fonctionnement, esthétique, d'incompatibilité ou encore écologique). Bien que certaines de ces formes soient déjà encadrées par le droit (l'obsolescence indirecte étant prévue à l'article R. 113-4 du C. consom.), il apparaît nécessaire pour le législateur d'envisager une régulation homogène exigeante, notamment une conception large de la technique. Encore trop éloigné des déclinaisons du concept, le législateur ne cible néanmoins pas l'obsolescence logicielle, laissant cette imprécision profiter aux fabricants. S'il ne l'isole pas, le législateur ne

l'exclut pas pour autant : la loi considère l'ensemble de ses formes, y compris les éventuelles évolutions à venir [5].

10 Ce n'est que quelques années plus tard, et pour répondre aux obligations de transposition des lois européennes sur les mises à jour logicielles [6], que le législateur français a envisagé une prise en compte de l'obsolescence logicielle en tant que problématique à part entière. Début 2021, le gouvernement a remis au Parlement un rapport sur l'obsolescence logicielle, l'incitant à se pencher sur son encadrement juridique (Castellazzi, Moatti, Flury-Harard, Schwob, 2021). Puis la loi du 15 novembre 2021 visant à réduire l'emprunte environnementale du numérique en France (n° 2021-1485) – à laquelle est associée la loi du 23 décembre de la même année, visant à renforcer la régulation environnementale du numérique par l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ARCEP) [n° 2021-1755] – a marqué un véritable pas en avant. Elle remplace l'article L. 213-1 du C. consom. (abrogé en 2016) et consacre une extension de la définition du délit d'obsolescence programmée pour intégrer et préciser le caractère « logiciel » de la technique employée par le fabricant, à l'article L. 441-2 du C. consom. (dans sa version en vigueur) [7]. En d'autres termes, le texte maintient un délit d'obsolescence programmée qui s'appliquera désormais au « recours à des techniques, *y compris logicielles* ». Une qualification juridique propre au concept apparaît en demi-teinte : il est désormais possible de pénaliser la *technique logicielle*, au même titre que la technique matérielle. De son côté, et malgré sa connaissance des dérives logicielles de l'obsolescence, le droit européen ne s'est jamais réellement prononcé sur une distinction claire entre les pratiques.

1.2. L'ambiguïté terminologique latente du droit européen

11 La politique environnementale européenne sur l'obsolescence logicielle s'est également mise en place progressivement. Si sa concrétisation remonte à l'intégration de ces questions dans l'Acte unique européen de 1987, la perspective numérique de l'environnement est quant à elle beaucoup plus récente. Dès la fin des années 2010, les institutions européennes commencent à prendre conscience d'une

attitude contestable des fabricants au détriment des consommateurs. Les réflexions autour de la reconnaissance d'une définition commune de l'obsolescence émergent progressivement, en deux temps.

12 Dans un premier temps, les premières réflexions juridiques qui apparaissent se tournent vers la durée de vie des produits. Sous cette perspective, les termes employés sont volontairement abstraits, associés au besoin de régulation sur des problématiques techniques encore peu connues. En 2013, l'avis d'initiative adopté par le Comité économique et social européen (CESE), dénommé « Pour une consommation plus durable : la durée de vie des produits de l'industrie et l'information du consommateur au service d'une confiance retrouvée »[8], réalise une simple mention de l'obsolescence d'incompatibilité engendrée du fait d'un logiciel. La pratique n'en est pour autant pas qualifiée juridiquement. En 2017, cet avis sert au Parlement européen pour proposer une résolution sur la durée des vies des produits et apporte une précision sur les termes. Par ce projet, le Parlement souhaite reconnaître une « définition au niveau européen de l'obsolescence programmée pour les biens physiques et logiciels »[9]. En outre, la dernière disposition du texte vise à « prémunir les rapports contre l'obsolescence des logiciels », traduisant une prise en compte concrète de ces problématiques dans le cadre européen. Par cette résolution de 2017, le Parlement demande également à la Commission européenne de légiférer sur le sujet, ce qui laisse entrevoir une piste pour la qualification juridique du concept. Cette dernière n'a néanmoins toujours pas eu lieu.

13 Dans un second temps, une lutte contre l'obsolescence est engagée par l'intermédiaire de l'économie circulaire mais ne permet pas d'éclaircir les termes. L'ensemble des textes adoptés mentionnent principalement l'obsolescence programmée, laissant à l'interprétation du lecteur l'assimilation de son pendant logiciel. En 2019, la Commission intègre les questions logicielles dans deux directives : la directive européenne « vente de biens »[10] et la directive européenne « sur les contenus numériques »[11], mais n'identifie ni ne définit la pratique d'obsolescence logicielle en elle-même. L'initiative du Pacte vert fin 2019[12] avance assez vaguement qu'il « luttera contre l'obsolescence programmée des appareils, en particulier dans le domaine de l'électronique ». En 2020, dans son rapport *Façonner l'avenir du numérique*[13], la Commission expose la nécessité « d'éviter l'obso-

lescence programmée », bien que sans référence au pendant logiciel. La largesse des termes employés et l'absence de qualification concrète dans les directives et rapports laissent en suspens l'intérêt du cadre européen pour qualifier juridiquement les concepts.

14 Si le risque environnemental actuel de la pratique logicielle de l'obsolescence requiert qu'elle soit envisagée par le législateur de façon isolée, ces premières insuffisances n'en ont pas moins empêché l'apparition de cadres juridiques réprimant la pratique, sous la qualification d'obsolescence programmée. Toute la question reste de déterminer si de tels instruments, français et européens, permettent de répondre aux ambitions environnementales posées par les politiques publiques. Une évolution se profile à ce sujet.

2. L'inefficacité d'une interdiction de l'obsolescence logicielle

15 Bien que les lois existent, leur appréciation juridique approfondie permet de relativiser leur réelle utilité au regard de l'objectif environnemental fixé : interdire la pratique de l'obsolescence pour en réduire ses risques. En effet, « il est permis de douter de la capacité du dispositif à atteindre les objectifs annoncés » (Martin, 2015), et ce pour deux raisons, que le droit français, relativement représentatif, illustrera pour notre démonstration. D'une part, si les lois prévoient une interdiction de la pratique de l'obsolescence, leur exécution s'avère beaucoup plus compliquée, ce qui laisse au fabricant une confortable marge de manœuvre (2.1). D'autre part, si ces lois sont présentées par les autorités publiques comme de véritables « lois environnementales », elles visent principalement à modifier le Code de la consommation et l'attitude des consommateurs. Autrement dit, elles n'aboutissent ni à des changements significatifs du Code de l'environnement ni à la mise en place de mécanismes de protection de l'environnement. L'intervention du législateur français ne semble donner à ces lois qu'une simple « coloration environnementale ». Le Code de l'environnement, lui, n'est affecté que par l'insertion d'obligations d'information du consommateur, amplement assouplies (2.2).

2.1. Des essais législatifs d'interdiction annihilés : les lois françaises de 2015 et de 2021

16 Si le droit européen ne l'a, pour le moment, jamais distinctement envisagé, le droit français s'est penché à deux reprises, en 2015[14] et en 2021[15], sur l'interdiction de l'obsolescence programmée – puis logicielle – par la pénalisation de cette dernière. Bien que ses ambitions soient fortes, l'imprécision rédactionnelle dont a fait preuve le législateur dans ces deux lois (2.1.1) n'aura jamais permis aux consommateurs français de pénaliser un fabricant pour la pratique d'une obsolescence programmée – ni logicielle – pourtant interdite (2.1.2).

2.1.1. L'imprécision rédactionnelle du législateur français

17 La loi de 2015 est sans doute la plus représentative des imprécisions rédactionnelles qui entraînent l'inefficacité de la loi au regard de l'objectif environnemental. S'il n'est pas à regretter qu'une définition ait été pensée et retranscrite à l'article L. 213-4-1 C. consom.[16], plusieurs de ses éléments demeurent ambigus. Premièrement, l'expression « durée de vie du produit » apparaît extrêmement floue. Certaines questions restent en suspens : s'agit-il du moment où le produit ne peut plus fonctionner ou doit-on y inclure la dégradation des performances du produit ? En pratique, l'appréciation de la durée de vie d'un produit dépend de considérations techniques (renvoyant aux capacités matérielles du produit) et économiques (faisant référence à la stratégie du fabricant – certains admettent librement, dans leurs politiques, dégrader les performances de leurs produits) ; ce qui justifie probablement que le législateur ait préféré ne pas intervenir pour préciser cet élément. Ne serait-il pas possible, dès lors, d'apprécier le caractère raisonnable de la durée de vie du produit ? Or, un nouveau problème se présente : la raisonnabilité dépend d'une série importante de facteurs liés au produit ou au producteur, et peut différer selon le point de vue du producteur ou du législateur. Par conséquent, au vu de ces imprécisions, la question se pose de savoir quel est l'intérêt de conditionnaliser la durée de vie du produit comme l'a fait la loi ? Deuxièmement, une crainte similaire émerge

vis-à-vis de l'expression « taux de remplacement du produit ». L'indétermination de son contenu et la subjectivité de son appréciation (selon la stratégie économique et commerciale du fabricant) complexifient les actions fondées sur l'obsolescence. Par exemple, ce taux de remplacement pourrait inclure ou non les justifications financières apportées par le fabricant à l'égard de sa pratique, selon l'objectif qu'il présente.

18 Dès lors, les consommateurs sont confrontés à des difficultés probatoires du délit au regard, notamment, de deux éléments. D'une part, du fait de la largesse et de l'absence de définition des termes proposés et, d'autre part, du fait de la position dans laquelle la formulation de la loi laisse le consommateur : il a l'obligation de prouver l'ensemble du comportement du fabricant pour obtenir sa condamnation pénale. En effet, c'est à lui de prouver le recours à la technique de l'obsolescence par le fabricant, sa volonté de réduire délibérément la durée de vie du produit, mais aussi l'objectif du fabricant d'augmenter le taux de remplacement du produit. Or, la recherche de toutes ces preuves est, incontestablement, longue et coûteuse pour le consommateur. Déterminer la durée de vie d'un produit nécessiterait aussi bien de demander l'intervention d'experts pour l'analyser, que d'apprécier l'attitude initiale du producteur dans la conceptualisation de ce dernier. Cette situation préoccupe d'autant plus que les fabricants ayant recours à l'obsolescence programmée et/ou logicielle sont des géants du numérique, extrêmement puissants face à des consommateurs qui ne sont pas toujours rassemblés dans des associations. Or, quel est le poids d'un consommateur face à un fabricant qui avance de nombreux avantages, économiques, techniques voire de prévention des risques ? De ce fait, le fabricant sera très souvent à même d'avancer une position crédible capable d'anéantir les arguments des consommateurs.

19 Face à ces apories, il est apparu nécessaire de redéfinir le délit, en le simplifiant, pour qu'il puisse être mis en œuvre par le juge. C'est en 2021 que le législateur français affiche ses nouvelles prétentions. Dès la proposition de loi, dite Chaize[17], du nom de son initiateur, le projet est ambitieux. Il envisage l'adoption de mécanismes permettant d'enfermer les fabricants dans des obligations relativement strictes à l'égard de l'usage des technologies. Le texte tel qu'adopté, quant à lui, « vise à orienter le comportement de tous les acteurs du numérique,

qu'il s'agisse des consommateurs, des professionnels du secteur ou encore des acteurs publics afin de garantir le développement en France d'un numérique, sobre, responsable et écologiquement vertueux » (Chevrollier, Houllegatte, 2020, p. 7). La pratique est définie par les parlementaires comme suit :

> « L'ensemble des techniques conduisant à une dégradation de la performance des terminaux en raison de mises à jour de contenus ou de services numériques ou de l'indisponibilité de celles-ci. Elle constitue en cela une forme d'obsolescence programmée poussant le consommateur à renouveler son smartphone ou son ordinateur. » (*ibid.*, p. 32)

20 L'objectif affiché par les rédacteurs est plus précisément celui de lutter contre la tendance initiée depuis quelques années d'une obsolescence *marketing* des smartphones. Ainsi, la loi de 2021 s'illustre comme un revirement dans la prise en compte par l'État des risques environnementaux engendrés par ces activités numériques. Après avoir pris conscience des différentes menaces notamment au regard de la pollution environnementale et de la réduction des ressources, il fut admis que « la réduction de cette pollution passe, entre autres, par une réponse législative » (Delpech, 2021). En cela, la loi affiche, par ses articles, une finalité distinctement environnementale qui intéresse notre étude. Ces articles intègrent la lutte contre l'obsolescence logicielle et renforcent le délit et la sanction. Plus précisément, la loi entreprend une simplification du délit et supprime, pour le consommateur, la preuve de l'augmentation délibérée du taux de remplacement (ou critère d'intentionnalité). Concrètement, cela se traduit par un inversement de la charge de la preuve : ce n'est plus au consommateur mais à la partie défenderesse, soit le fabricant, de prouver que la réduction de la durée de vie du produit n'est pas délibérée. Cette modification est une véritable avancée pour le consommateur qui n'a plus à prouver cet élément obscur, face à un fabricant qui tentait toujours de s'en défaire. Désormais, le fabricant devra agir et mettre en avant le fait que le remplacement découle d'éléments objectifs extérieurs à toute stratégie d'augmentation du taux de remplacement. Par cela, le législateur cherche à « rendre le délit d'obsolescence programmée plus dissuasif » (*ibid.*). Ce changement ne vaut néanmoins pas pour les

affaires en cours. Or, il n'y a à ce jour aucune nouvelle plainte déposée sur le fondement repensé de la loi de 2021. En tout état de cause, les plaintes déposées sur le fondement de la précédente loi n'ont, quant à elles, pas abouti, et interrogent de nouveau son efficacité.

2.1.2. L'inaboutissement des plaintes

21 Dans la pratique, deux plaintes ont été déposées sur le fondement de l'article L. 213-4-1 du C. consom. tel qu'introduit par la loi de 2015. Ces plaintes ont toutes été engagées par l'association HOP (Halte à l'obsolescence programmée) à partir de témoignages de consommateurs. Cependant, aucune de ces plaintes n'a abouti à la pénalisation des fabricants assignés sur ledit fondement, ce qui démontre les limites du mécanisme pénal mis en place et de son efficacité. Plus précisément, ces plaintes révèlent la complexité à laquelle les consommateurs font face lorsqu'il s'agit de prouver l'intention délibérée d'un fabricant de prévoir l'obsolescence d'un produit.

22 La première plainte a été engagée pour obsolescence programmée et pratique commerciale trompeuse, en février 2017, contre les quatre *leaders* de fabricants d'imprimantes – bien que le procès se soit plus précisément tourné contre l'entreprise japonaise EPSON. L'association a accusé l'entreprise de pratiquer une obsolescence programmée des cartouches d'encre en empêchant les imprimantes de fonctionner. À la suite de cette accusation, le procureur de la République a parallèlement ouvert une enquête en décembre 2017 sous la compétence de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF). Cette plainte n'est pas la plus significative juridiquement en ce qu'elle est encore en suspens, mais est l'une des plus importantes médiatiquement puisqu'elle démontre l'inefficacité de la loi face à des pratiques qui continuent de perdurer. Aujourd'hui, même si la Commission européenne semble avoir pris conscience de cette affaire, aucune évolution juridique à l'égard des produits d'imprimantes n'est constatée.

23 La seconde plainte est probablement la plus caractéristique des obscurcissements de la loi : elle a été engagée contre Apple en décembre 2017 pour obsolescence programmée logicielle des téléphones portables après mises à jour du système d'exploitation par le consommateur. Elle est la seule à avoir abouti, quoique partiellement

en réalité au regard de la loi de 2015. En effet, Apple a été condamnée par la DGCCRF à une amende de 25 millions d'euros au seul titre d'une pratique commerciale trompeuse par omission et non sur constatation d'un véritable délit pénal d'obsolescence réalisé par l'entreprise. En effet, ce dernier n'a pu être caractérisé faute de démonstration par les consommateurs de l'intention de l'entreprise Apple de procéder à l'obsolescence logicielle. Ce refus est d'autant plus étonnant que l'entreprise a reconnu à l'occasion de cette affaire – et également dans le cadre d'une *class action* menée aux États-Unis – ralentir la vitesse des processeurs de ses téléphones, donc de la fonctionnalité du produit, pour préserver leur batterie. Cette absence de délit pénal traduit une certaine inefficacité juridique et fait également obstacle à ce que les consommateurs soient suffisamment dédommagés.

24 Par conséquent, ces deux plaintes permettent d'aboutir à la même conclusion : la mise en œuvre de la pénalisation de l'obsolescence programmée est pour le moment quasi nulle, ce qui traduit l'inefficacité et l'ineffectivité de la loi. Plus encore, il s'agirait d'un cercle vicieux. Les plaintes ne semblent pas aboutir du fait de l'absence d'une jurisprudence sur le délit d'obsolescence programmée mais, dans le même temps, ni le juge ni le législateur n'agissent pour l'appliquer. Au contraire, ces derniers favorisent d'autres régimes juridiques existants, tels que celui de la pratique commerciale trompeuse. Ainsi, ces lois créent, par l'interdiction pénale, un double régime qui réduit, une nouvelle fois, leur efficacité potentielle. La loi de 2021 n'a d'ailleurs, de ce point de vue, rien changé. Elle a en revanche renforcé les obligations d'information du fabricant à l'égard du consommateur, notamment en matière environnementale. Mais l'absence de contrainte réelle sur la pratique de l'obsolescence perdure.

2.2. L'insuffisance des obligations d'information du consommateur

25 L'importance de la protection environnementale et l'attribution d'une responsabilité aux pouvoirs publics en la matière ont fait de l'obligation d'information l'un des fondements de leur action. L'obsolescence n'échappe à ces mesures et sa perspective logicielle renforce, au contraire, ces obligations d'information. Introduites dans le droit

français en 2021 (2.2.1), elles sont néanmoins très souvent dénoncées pour leur souplesse. Tel est l'avis, que nous partageons, de certaines institutions européennes (2.2.2).

2.2.1. Les obligations introduites par la loi française de 2021

26 À défaut d'avoir renoncé à l'obsolescence, les fabricants sont, depuis 2021, obligés d'informer le consommateur des pratiques auxquelles ils s'adonnent sur leurs produits. L'inscription de ces mesures dans le Code de l'environnement intéresse particulièrement notre démonstration : traduit-elle une concrète volonté environnementale du législateur ? Si la loi de 2015 avait introduit une faible mention à une mesure de transparence visant à ce que le fabricant « garanti[sse] la qualité de l'information environnementale mise à la disposition du consommateur », à l'article 90 du C. environnement, l'objectif environnemental est réellement apparu dans le droit européen. En 2017, à l'occasion de l'avis du Parlement européen sur la durée de vie des produits, sont introduits de nouveaux angles de réflexion par le biais de mesures portant sur la transparence vis-à-vis du consommateur, sur l'encadrement des mises à jour de sécurité et sur la durabilité des logiciels ; trois éléments qui composeront d'ailleurs le cadre juridique de référence pour l'obsolescence logicielle. Dans les législations européennes de 2019 « vente de bien » et « contenus numériques », précédemment mentionnées, les obligations sont précisées : les fabricants doivent offrir des garanties de conformité du bien aux consommateurs et leur fournir des mises à jour logicielles pour que le produit reste conforme pendant la durée du contrat ou pendant une période durant laquelle le consommateur peut raisonnablement s'attendre à ce que le produit fonctionne.

27 Pour se conformer à ces préceptes européens, le droit français a introduit, en 2021, une série d'obligations à l'égard les fabricants qui leur imposent d'informer les consommateurs de l'impact environnemental de leurs pratiques. La loi contient tout d'abord un pan assez important de sensibilisation du consommateur et entreprend de le former à une utilisation sobre des outils et des ressources numériques. Par une modification de l'article L. 217-22 du C. consom. (dans sa version en vigueur entre le 17 novembre 2021 et

le 1er janvier 2022[18]), la loi impose différentes obligations aux fabricants qui vont permettre « au consommateur de dissocier des mises à jour nécessaires de celles qui ne le seraient pas » (Fonbaustier, 2022, p. 291). En pratique, ces derniers doivent prévenir le consommateur des mises à jour de conformité du bien réalisées automatiquement sur le produit et distinguer les mises à jour fonctionnelles (dites évolutives) des mises à jour de sécurité (dit correctives). Ce biais permettrait également de répondre à « l'objectif sous-jacent [qui] est d'éviter que les logiciels et leurs mises à jour rendent par ricochet obsolète l'équipement matériel lui-même du fait de son incapacité à les "prendre en charge". Cette crainte que le *software* conditionne le *hardware* […] » (*ibid.*, p. 290). L'article L. 217-33 du C. consom. (abrogé[19]) semble même encore aller plus loin en consacrant un droit de réversibilité au consommateur, c'est-à-dire la possibilité de refuser une mise à jour logicielle. Ce même article exige que toutes les mises à jour soient gratuites et consenties, et d'informer le consommateur des conséquences négatives de celles-ci sur le fonctionnement du terminal de son produit. En outre, la loi du 23 décembre 2023 a introduit l'article L. 111-6 du C. consom. (dans sa version en vigueur) qui impose au producteur de biens numériques d'informer le vendeur de la durée pendant laquelle les mises à jour logicielles sont compatibles avec la fonctionnalité du produit, information que le vendeur doit ensuite transmettre au consommateur. Une véritable avancée législative apparaît : les obligations imposées engagent une attitude proactive du consommateur pour contrer, dans une certaine mesure, l'obsolescence logicielle. L'une des seules limites tient à la volonté et à la capacité[20] de ce dernier à agir.

2.2.2. Les limites des obligations d'information pointées par les institutions européennes

28 En se prononçant sur la proposition de directive sur l'économie circulaire du Parlement et du Conseil de 2022[21] – qui fera l'objet d'une appréciation dans la suite de cette étude, le CESE fait état des limites dans la prise en compte juridique et environnementale de l'obsolescence, et plus précisément des obligations d'information. Dans son avis à la Commission, il recommande, à juste titre selon nous, un renforcement des dispositions juridiques sur l'obsolescence logicielle.

Pour lui, les obligations d'information comme seule arme juridique contre l'obsolescence ne peuvent plus suffire. Si l'information au consommateur est certes nécessaire, une intervention des pouvoirs publics pour interdire les pratiques l'est encore plus. Le Comité exprime très clairement à cet égard que :

> « les mises à jour logicielles proviennent souvent de logiciels trop gourmands en mémoire et en énergie qui réduisent la durée de vie des équipements connectés. La législation ne doit pas uniquement exiger du fabricant qu'il informe le consommateur des effets indésirables d'une mise à jour. Là encore, on peut aisément imaginer comment cette information peut être cachée au milieu d'un flot d'informations positives sur cette mise à jour, conduisant le consommateur à accepter[22] ».

29 Les critiques ici adressées à la Commission paraissent pouvoir s'étendre à l'ensemble de la politique environnementale de Union européenne (UE), voire de la France. En effet, cette dernière doit plus distinctement choisir son camp : soit conserver sa vision libérale et considérer qu'encadrer l'attitude des consommateurs par l'information finira par payer en ce que ces derniers pourront prendre conscience des problématiques environnementales – à cet égard, les doutes sont permis – ; soit considérer que l'urgence est trop grave et importante, et agir par l'intermédiaire de l'interdiction des pratiques et du placement de l'intérêt environnemental comme d'un intérêt public – ce qui apparaît plus souhaitable au regard des enjeux portés par cette pratique.

30 L'ensemble des difficultés énoncées dans cette première analyse de la législation française conduit certains auteurs de doctrine, suivant la même continuité que cette contribution, à s'interroger sur l'effectivité de ces législations. D'abord, au regard de la pénalisation ; au point de considérer que l'obsolescence logicielle ne serait qu'un « délit virtuel » (Dupont, 2016). Même si, pour d'autres auteurs, le risque pénal pesant sur les fabricants serait néanmoins suffisant pour les dissuader de toute violation du cadre (Robaczewski, 2022). Ensuite, au regard des obligations d'information, laissant au consommateur une marge de manœuvre importante dans sa détermination à réduire les conséquences environnementales. En outre, l'attitude des fabricants actuels semble plutôt s'inscrire dans une pensée

marchande : les entreprises ne s'attachent pas ou peu à réduire leur pratique d'obsolescence, préférant le profit qu'elle leur apporte. La solution doit alors être recherchée ailleurs : comment contraindre le fabricant sans lui interdire la pratique ? L'encadrement strict de cette pratique pourrait être une piste de refonte des mécanismes qui permettrait, par là même, au législateur de renouer avec l'objectif environnemental.

3. L'efficacité partielle d'un encadrement de l'obsolescence logicielle

31 L'échec patent des législations françaises traduit une forme d'incapacité des États à mettre en place une réelle stratégie environnementale à l'égard de l'obsolescence logicielle. De plus, l'ouverture internationale de l'action des entreprises numériques a appelé une réponse plus générale que celle proposée par les seuls ordres internes. Bien que la globalité des phénomènes environnementaux soit souvent mise en parallèle avec la souveraineté des États, la coopération proposée par le droit européen permet ici d'offrir une réponse adéquate (Petit, 2011). Les institutions européennes ont intensifié leurs réflexions sur la corrélation entre le numérique et l'environnement et font de cette perspective l'un des piliers de leur développement pour les années à venir. L'UE perçoit clairement ici le double enjeu : le numérique sert la concrétisation des politiques environnementales européennes, mais ne peut être développé au détriment de l'écologie. Divers rapports de la Commission européenne adoptés depuis 2019 façonnent ces évolutions, tels le Pacte Vert, le rapport *Une nouvelle stratégie industrielle pour l'Europe*[23] et le rapport *Façonner l'avenir du numérique de l'Europe*[24], tous deux datant de 2020. En outre, fin 2020, le Conseil européen sur la transformation numérique au bénéfice de l'environnement a appelé la Commission à présenter une proposition « visant à améliorer la réparabilité des produits des [technologies de l'information et de la communication (TIC)], y compris les mises à jour des logiciels[25] ». Depuis lors, il est possible d'admettre que l'élan de la réflexion environnementale sur l'obsolescence logicielle provient du cadre européen. Si des efforts en

ce sens ont rapidement été engagés, l'angle choisi diffère du droit français : « l'approche directe et coercitive du législateur français n'a pas encore totalement convaincu le législateur européen » (Michel, 2021). L'analyse des textes démontre une forme de sectorialisation : entre économie circulaire (3.1) et éco-conception [26] (3.2).

3.1. Les obligations de durabilité du produit : l'économie circulaire

32 La première piste envisagée par les institutions pour se saisir de l'obsolescence logicielle est de l'encadrer par des dispositions visant à contraindre le fabricant à la durabilité des produits : c'est l'économie circulaire, qui consiste à produire des biens durables et éviter le gaspillage. Cet élan a d'abord été impulsé par la Commission européenne dans ses stratégies environnementales, puis traduit dans le droit français en 2020 (3.1.1), avant d'être concrétisé plus récemment dans un texte juridique européen (3.1.2).

3.1.1. L'initiative française : la loi dite anti-gaspillage pour une économie circulaire

33 La loi anti-gaspillage pour une économie circulaire qui « entend accélérer le changement de modèle de production et de consommation afin de limiter les déchets et préserver les ressources naturelles, la biodiversité et le climat » (d'après les termes du ministère de la Transition écologique), peut être identifiée comme un second modèle de législation française qui tente d'encadrer la pratique de l'obsolescence logicielle. Pour certains auteurs, « la lutte contre l'obsolescence logicielle fut engagée par la loi du 10 février 2020 » (Fonbaustier, 2022, p. 290). Cette dernière contient une série d'articles qui se concentrent indirectement sur la lutte contre cette pratique et impose des mesures à cette fin. Deux articles prévoient notamment de nouvelles obligations qui font, sans toujours la mentionner, directement référence à l'obsolescence logicielle et qui, de ce fait, méritent une appréciation approfondie.

34 D'une part, la loi concrétise des obligations tenant à la réparabilité du produit, associées à l'obsolescence elle-même. L'article 25 prévoit l'interdiction de « toute technique, y compris logicielle, par laquelle

un metteur sur le marché vise à rendre impossibles la réparation ou le reconditionnement d'un appareil hors de ses circuits agréés » (modification de l'article L. 441-3 du C. consom., dans sa version en vigueur). L'objectif apparent est celui de palier la fin immédiate du produit qui serait provoquée par une technique logicielle. Une plainte a d'ailleurs été engagée, en décembre 2022, sur ce fondement (et sur celui de l'article L. 441-4 du C. consom.) par l'association HOP à l'encontre de l'entreprise Apple, permettant au Parquet de Paris d'ouvrir une enquête en mai 2023. Cette dernière est accusée de pratiques commerciales trompeuses et de délits assimilés à de l'obsolescence programmée, tels que décrits dans cet article. L'association dénonce des entraves à la réparation et au reconditionnement pour les pièces détachées et les informations, y compris logicielles, qui permettent la réparation des iPhones. D'autre part, la loi met en place des obligations tenant à la durée de vie des produits, ce qui, indirectement, fait obstacle à la possibilité pour les fabricants de réduire la fonctionnalité de ces derniers, par des moyens logiciels. En d'autres termes, l'article 27 créé une forme de « garantie logicielle » « en obligeant les fabricants à proposer à leurs clients des mises à jour correctives du système d'exploitation compatibles avec l'usage du produit, jusqu'à dix ans après sa mise sur le marché » (création des articles L. 217-21 à L. 217-23 du C. consom., dans leur version en vigueur entre le 12 février 2020 et le 1er octobre 2021). La loi crée ainsi une obligation pour les fabricants d'informer de la durée au cours de laquelle les mises à jour restent compatibles avec l'usage normal du bien. En plus de démontrer l'importance de cette mesure, envisager une protection longue contre les mises à jour permettra de sanctionner les détournements des fabricants par ce procédé ainsi que le manque de transparence à l'égard des consommateurs.

35 Cependant, et une fois de plus, ces deux articles viennent surtout modifier l'attitude vis-à-vis du consommateur en renforçant les obligations d'information à son égard. Ce qui devrait, par ricochet seulement, avoir un effet bénéfique sur l'environnement. L'article 28 de la loi l'explique ainsi : ces pratiques détournées de la part des producteurs peuvent avoir des conséquences sur la durée de vie des appareils, sur le choix et l'attitude des consommateurs, ce qui justifie d'imposer une certaine transparence, qui pourrait aboutir *in fine* à réduire l'obsolescence logicielle. En pratique, toutefois, les fabricants

peuvent respecter au minimum ces obligations ou les détourner pour continuer de procéder à l'obsolescence. L'efficacité législative est alors questionnée. La seule évolution notable tient dans l'encadrement de la réparabilité du produit. Grâce à cette perspective, « non seulement il n'est pas permis d'anticiper la mort du produit, mais, au-delà, il doit être possible de lui donner une seconde vie » (Dubois, Leroux-Campello, 2020). En outre, dans ces dispositions, le législateur mentionne la nature « technologique » ou « logicielle » des produits. Enfin, la loi entraîne une modification du Code de l'environnement : l'article L. 110-1-1 mentionne désormais « l'allongement de la durée du cycle de vie des produits » (dans sa version en vigueur), qui semble pouvoir également s'appliquer aux problématiques d'obsolescence. Toutes ces dispositions se saisissent ainsi de problèmes connexes à l'obsolescence, sans jamais la condamner distinctement, mais en essayant de la limiter. L'élan est poursuivi au niveau européen pour entériner la pratique.

3.1.2. La concrétisation législative européenne : la proposition de directive de 2022

36 Le plan d'action pour l'économie circulaire de la Commission européenne remonte à 2020 et s'est concrétisé en 2022 par l'adoption de diverses mesures. L'objectif affiché par la Commission est de contribuer à une économie européenne circulaire, verte et propre, en permettant aux consommateurs d'agir directement en faveur d'une consommation plus durable et en leur délivrant les informations nécessaires pour ce faire. Pour ce qui intéresse l'obsolescence, l'UE prévoit notamment la révision de deux directives européennes qui protègent les intérêts des consommateurs : la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales et la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs.

37 Cette ambition fut entérinée dans la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil de 2022, précédemment mentionnée, dans laquelle la prise de conscience de l'UE quant à l'importance des enjeux semble réelle et certaine. L'objectif du texte est de protéger le consommateur contre les pratiques des fabricants qui portent atteinte à l'environnement. La Commission conçoit une « interdiction de l'obsolescence programmée » par son introduction

dans la liste noire des pratiques déloyales. Elle vise précisément la pratique qui consiste à « ne pas informer des fonctionnalités introduites pour limiter la durabilité d'un bien, par exemple un logiciel conçu pour bloquer ou dégrader le fonctionnement d'un bien après un certain laps de temps ». Suivant cette conception serait néanmoins sanctionnée l'absence d'information du fabricant à l'égard des consommateurs et non la pratique d'obsolescence elle-même. Selon la proposition, il est désormais prévu que le fabricant se doit de prévenir le consommateur lorsqu'une « mise à jour logicielle aura une incidence sur l'utilisation de biens comportant des éléments numériques ou sur certaines fonctionnalités de ces biens, même si cette mise à jour améliore d'autres fonctionnalités[27] ». Le but incident de cette mesure est d'imposer une transparence au fabricant qui le forcera, indirectement, à réduire le nombre de mises à jour logicielles. En outre, la Commission examine des exemples précis, tels que ceux énoncés dans les premières lignes de cette contribution sur le contentieux relatif à l'obsolescence des cartouches d'imprimantes et fait état d'un regret à l'égard des pratiques visant à « presser le consommateur, *via* les paramètres de l'imprimante, de remplacer les cartouches d'encre avant qu'elles ne soient effectivement vides, afin de stimuler l'achat de cartouches supplémentaires ». À cet égard, elle va même jusqu'à proposer l'interdiction de la commercialisation des imprimantes concernées, affirmant une prise de position stricte face à ces détournements.

38 Bien que les deux questions soient liées, la Commission européenne mène en parallèle une réflexion plus précise sur l'éco-conception des produits logiciels, qui se présente également comme une piste intéressante.

3.2. Les obligations de conception du produit : l'éco-conception européenne

39 De récentes théories européennes – le droit français n'ayant pas encore traduit cette perspective – envisagent de freiner l'obsolescence par un encadrement de la conception même du produit. L'idée est d'admettre que certains produits doivent respecter des critères minimums de conception, qui vont avoir pour objectif de protéger l'environnement tout au long du cycle de vie du produit. Si des initia-

tives européennes en cette matière existent depuis 2010, elles ne prévoient principalement que des règles concernant l'étiquetage des produits. L'actualisation de cette théorie pour répondre à l'obsolescence logicielle date quant à elle de mars 2022. Deux projets coexistent.

40 D'une part, dans le cadre du *Green deal* de la Commission européenne, l'UE a envisagé de réviser la directive éco-conception des produits énergétiques de 2009. Elle a adopté une nouvelle proposition de règlement « sur l'éco-conception des produits durables[28] » concédant que la conception du produit dicte considérablement son impact environnemental tout au long de son cycle de vie. Cette proposition projette en réalité d'étendre la liste des produits de la directive européenne sur l'éco-conception de 2009 à une série de nouveaux produits, notamment numériques. La croissance du nombre de produits numériques (comprenant les produits électroniques) et les conséquences environnementales de nombre d'entre eux justifient l'extension de la loi à leur égard. Une nouvelle consultation publique sur ce projet de règlement a été lancée récemment par la Commission (du 31 janvier au 12 mai 2023) et vise à recenser les nouveaux produits qui vont désormais être introduits dans le cadre législatif de l'éco-conception. La proposition en elle-même poursuit la procédure législative : le Conseil de l'UE[29] et le Parlement[30] ont, chacun, au cours de l'année 2023, accueilli favorablement le texte et vont commencer un travail de négociation du règlement. La position du Parlement est la plus intéressante pour notre étude : elle proposerait d'interdire explicitement l'obsolescence programmée dans le texte. L'UE développerait alors un régime juridique semblable à la France. Reste à connaître la forme et la force qui seront attribuées à cette interdiction.

41 D'autre part, la Commission européenne travaille également sur un projet de règlement d'éco-conception spécifique, portant sur les téléphones mobiles et les tablettes[31] ; des produits extrêmement touchés par la pratique de l'obsolescence logicielle. Pour ne prendre que l'exemple le plus marquant, on peut citer Apple, qui a engagé une double stratégie de réduction de la durée de vie de ses téléphones et de ses tablettes : d'une part, volontaire, par l'intermédiaire d'une obsolescence logicielle (par des mises à jour) ; et involontaire, par une obsolescence esthétique de ses produits (et la sortie d'un nouveau

design chaque année). Plus largement, comme le reconnaît l'association HOP dans plusieurs de ses articles, « l'obsolescence logicielle est aujourd'hui un frein à la durabilité des smartphones et des tablettes ». Si certains produits comme les ordinateurs et les serveurs[32], ou encore les serveurs et produits de stockage de données[33] sont encadrés par des règlements européens, les téléphones et les tablettes ne le sont toujours pas, et ne sont d'ailleurs liés par aucune disposition de la directive 2009 sur l'éco-conception.

42 L'article 6 du projet de la Commission engage deux axes :

> « *The energy consumption of the product and any of the other declared parameters shall not deteriorate after an operating system software update or a firmware update when measured with the same test standard originally used for the declaration of conformity*[34]. » (§ 2)

> « *A software update shall never have the effect of changing the product's performance in a way that makes it non-compliant with the ecodesign requirements applicable for the declaration of conformity*[35]. » (§ 3)

43 À cet égard, la Commission demande que les fabricants réalisent des tests de performance du produit à la suite des mises à jour logicielles. L'objectif serait, à terme, d'obliger les fabricants à informer des conséquences d'une mise à jour, et notamment de son impact négatif sur la fonctionnalité du produit. Plus précisément, le projet encadre les mises à jour logicielles par plusieurs obligations temporelles. Les entreprises seront désormais obligées de fournir des « mises à jour de sécurité » pendant au moins cinq ans et des « mises à jour de fonctionnalité » pendant trois ans. Face à cette évolution, de nombreuses entreprises, et notamment celles qui utilisent le système d'exploitation Android, vont être contraintes de modifier leur stratégie de production. En effet, Android propose actuellement des mises à jour pendant une période de 2,5 ans – là où le système d'exploitation d'Apple prévoit déjà une durée minimale de cinq ans – et sera donc contraint d'allonger cette durée de vie. Notons néanmoins que certaines entreprises ont déjà réagi : depuis 2021, Samsung propose une période de quatre ans pour ses mises à jour du système d'exploitation Android. Reste que tous les fabricants devront néanmoins

s'adapter à la nouvelle distinction opérée entre la sécurité et la fonctionnalité (Castellazzi, Moatti, Flury-Harard, Schwob, 2021).

44 Plusieurs éléments pourraient encore être améliorés dans cette proposition de règlement. En effet, bien que les changements opérés soient notables, ils restent timides. Sur le cadre temporel, plusieurs associations mettent en avant la nécessité d'une durée minimale de cinq ans pour n'importe quelle mise à jour, pouvant aller jusqu'à sept ans pour les mises à jour de fonctionnalité. En effet, encadrer la durée de vie d'un produit sur une période de trois ans reste encore trop peu ambitieux au regard du nombre de téléphones et de tablettes produits (et vendus) et de leurs conséquences environnementales. Aussi, le texte reste-t-il encore éloigné des réalités pratiques auxquelles font face les consommateurs. De ce point de vue, les associations regrettent l'absence de dissociation nette entre les mises à jour de conformité et de fonctionnalité, et plus précisément que les premières ne puissent pas être isolées des secondes. Les dissocier permettrait au consommateur de s'assurer de la sécurité de son appareil sans qu'il soit forcé de mettre à jour des fonctionnalités dont il n'aurait pas la nécessité (HOP, 11 octobre 2022).

45 Ces propositions européennes s'inscrivent dans la prise de conscience d'un encadrement nécessaire de la pratique de l'obsolescence logicielle. Pour autant, deux limites se font jour. D'une part, ces ambitions sont limitées par leur objet. En effet, chacun des projets présentés est précis et sectorialisé, voire appliqué à un seul produit déterminé (comme c'est le cas avec les téléphones et tablettes). La réflexion engagée ne l'est en réalité qu'au gré des revendications sociétales et commerciales. D'autre part, ces évolutions restent, pour certains points, subordonnées aux choix des consommateurs. Seuls les derniers textes semblent repenser, à la source, l'attitude du fabricant. La politique européenne reste néanmoins indispensable pour la prise en compte constante des problématiques numériques et environnementales, l'actualisation des lois existantes, voire l'introduction de nouvelles perspectives.

Conclusion

46 Malgré les textes, une série de limites se dessine face à la régulation de l'obsolescence logicielle. En effet, si les réglementations françaises

et européennes intégrant de près ou de loin l'obsolescence logicielle ne doivent pas être ignorées, le chemin vers un cadre juridique clair, déterminé et efficace est encore long. Tout d'abord, ces réglementations semblent pour l'heure manquer de perspective environnementale. Comme cette contribution tente de le démontrer, l'angle choisi tient principalement dans le droit de la consommation pour le droit français, et reste intimement lié au marché intérieur pour le droit européen. Le type d'obligation choisi dans ces textes pose également problème : la perspective d'un encadrement positif du fabricant ayant vocation à protéger le consommateur n'apparaît pas la plus optimale pour prendre en compte les problématiques environnementales engendrées par l'obsolescence logicielle. La multiplication des obligations d'information reflète, de ce point de vue, le principal défaut des cadres de régulation envisagés. Leur efficacité juridique, qui demande traditionnellement une adéquation entre les normes émises et l'objectif de ces normes (André-Jean, 1993, p. 219) n'est pas optimale : l'objectif environnemental n'est pas entièrement atteint. Il conviendrait plutôt de multiplier et de rendre effectives les interdictions concrètes de pratique (de production et de commercialisation) imposées aux fabricants. En droit, la recherche d'une effectivité relève de la réalisation concrète de la règle énoncée (Carbonnier, 1958), ce qui reste, comme tend à le démontrer cette contribution, encore relativement rare, aussi bien dans le droit français que dans le droit européen.

47 En outre, répondre à un objectif environnemental demande de le placer au cœur des observations. La très récente réflexion autour de l'*ecology by design* offre de réelles possibilités d'avancées qualitatives qui pourraient réduire la pratique d'obsolescence logicielle. Ce mécanisme, né dans les réflexions académiques et pour l'heure peu connu, s'inscrit dans une pratique récente visant à encadrer la conception du produit par une conditionnalité juridique déterminée. En cela, ce principe s'inspire directement du *privacy by design* et se développe aux côtés de nouveaux concepts comme la *security by design* ou encore l'*ethics by design*. Reste que le *privacy by design* est le seul à avoir été juridiquement traduit[36]. Dans notre cas, l'*ecology by design* reviendrait à prendre en compte la protection environnementale dès le stade de la conception des produits numériques. Le respect de l'environnement serait le fondement et la condi-

tion au développement d'un produit sur le marché. Ce principe s'inscrit dans une recherche constante et nouvelle de sobriété numérique pour les concepteurs et les fabricants. L'*ecology by design* aurait pour avantage de pouvoir conditionner, et interdire, la pratique de l'obsolescence gravement attentatoire à l'environnement. Restreints par des limitations d'émission de déchets, de pollution ou encore de consommation énergétique, les fabricants seraient largement contraints de réduire leur pratique d'obsolescence favorisant chacun de ces points. Pour la première fois, il s'agit de faire apparaître les restrictions à l'obsolescence logicielle comme l'un des éléments constitutifs de la production d'un produit numérique. Du point de vue juridique, droit de l'environnement, droit numérique – et même dans une certaine mesure le droit de la propriété intellectuelle – seraient associés pour répondre aux nouveaux enjeux de l'obsolescence logicielle. En effet, il s'agirait plus globalement d'encadrer toute innovation dans le respect des normes de protection de l'environnement. Pour l'heure, l'obsolescence logicielle n'est réellement prévue ni par le droit français ni par le droit européen, bien que, pour certains avocats-conseils sur ce sujet, l'intégration d'une *ecology by design* serait induite par la loi française de 2021 sur la transition numérique. En effet, le référentiel d'écoconception des services numériques prévu dans l'article 25 de cette loi pourrait s'apparenter à ce qui existe dans le Règlement général sur la protection des données (RGPD) en matière de protection des données. La concrétisation de cette pensée reste néanmoins à prouver. De son côté, si l'UE réalise des avancées considérables dans l'instauration de ces notions dans le cadre numérique – elle a également intégré la conception d'*ethics by design* au Règlement européen sur l'intelligence artificielle –, le pan environnemental de son action reste vide. Toutefois, son activisme en la matière et l'accroissement des politiques mêlant environnement et numérique laisse présager une intervention rapide à cet égard.

48 Finalement, comme nombre de nouvelles pratiques numériques, l'obsolescence logicielle se confronte à l'insuffisance patente d'un droit de l'environnement efficace et effectif. Bien que des efforts de réflexions soient menés, le constat reste identique : les conséquences pour les fabricants sont insuffisantes. À cela s'ajoutent toutes les problématiques classiques du droit de l'environnement : l'intervention

des lobbies, l'irresponsabilité des entreprises, l'absence de sanctions à l'égard des manquements étatiques. Peut-être pouvons-nous relativiser nos critiques en rappelant que la France est l'un des premiers États (avec les États-Unis, l'Italie et la Belgique) à se préoccuper dans son droit interne des problématiques de l'obsolescence logicielle. Mais aussi que le cadre européen semble commencer à proposer des solutions fiables pour réduire cette pratique. La prise en compte juridique de l'obsolescence logicielle n'a plus qu'à prospérer dans un sens, nous l'espérons, favorable à la protection de l'environnement.

BIBLIOGRAPHIE

Les adresses Internet citées dans cet article ont été consultées le 22 janvier 2024.

ADEME (Agence de la transition écologique), 2012, *Étude sur la durée de vie des équipements électriques et électroniques*, rapport final

ADEME / ARCEP, 19 janvier 2022, *Évaluation de l'impact environnemental du numérique en France et analyse prospective. État des lieux et pistes d'action*

Alland D., Rials S., 2003, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses universitaires de France

André-Jean A. (dir), 1993, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., Paris, LGDJ

ARCEP, 15 décembre 2020, « Grand dossier : l'empreinte environnementale des réseaux. Plateforme de travail pour un numérique soutenable », [https://www.arcep.fr/la-regulation/grands-dossiers-thematiques-transverses/lempreinte-environnementale-du-numerique/plateforme-de-travail-pour-un-numerique-soutenable.html]

Boskovic O. (dir.), 2010, *L'efficacité du droit de l'environnement : mise en œuvre et sanctions*, Paris, Dalloz

Boutonnet M., 2009, « La force normative des principes environnementaux, entre droit de l'environnement et théorie générale du droit », dans C. Thibierge *et al.* (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, p. 479-498

Carbonnier J., 1958, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *L'année sociologique*, VII, p. 3-17

Castellazzi M., Moatti A., Flury-Harard B., Schwob B., 2021, *Obsolescence logicielle*, rapport CGEDD n° 013416-01, CGE n° 2020/11/CGE/SG

Caye P., 2015, *Critique de la destruction créatrice : production et humanisme*, Paris, Les Belles Lettres

Chevrollier G., Houllegatte J.-M., 2020, *Rapport du Sénat fait au nom de la Commission de l'aménagement du territoire et du développement durable*

sur la proposition de loi visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France, n° 242

Cornu G., 2022, *Vocabulaire juridique*, 14e éd., Paris, Presses universitaires de France

Commission européenne, mars 2020, « Eurobaromètre spécial 503. Attitudes à l'égard de l'impact de la numérisation sur la vie quotidienne »

Delpech X., 2 décembre 2021, « Une loi pour réduire l'empreinte environnementale du numérique », *Dalloz Actualité*

De Mattos O., 2021, « Droits des affaires. Des propositions pour lutter contre l'obsolescence logicielle », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 4, act. 18, p. 5

DGCCRF, 7 février 2020, « Ralentissement du fonctionnement de certains iPhone : une enquête de la DGCCRF conduit au paiement d'une amende transactionnelle de 25 M€ par le groupe Apple », communiqué de presse, [https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/presse/communique/2020/CP-Ralentissement-fonctionnement-iPhone200207.pdf?v=1581064362]

Dubois C., Leroux-Campello M., 2020, « L'obsolescence programmée à des petits frères ! Retour sur les articles L. 441-3 à L. 441-5 du Code de la consommation issus de la loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et l'économie circulaire », *Recueil Dalloz*, p. 1412

Dupont C., 2016, « Durabilité des produits et disponibilités des pièces détachées : où en est-on ? », *La semaine juridique. Entreprise et affaires*, étude 1004

Fonbaustier L., 2022, « Le législateur environnemental s'empare (enfin !) du numérique. À propos des lois des 15 novembre et 23 décembre 2021 », *La semaine juridique. Édition générale*, n° 5, doctr. 186

France Inter, novembre 2021, « La lutte contre l'obsolescence programmée en France et en Europe », [https://www.radiofrance.fr/franceinter/podcasts/la-terre-au-carre/la-terre-au-carre-du-mercredi-10-novembre-2021-1785978]

HOP (Halte à l'obscolescence programmée), 7 décembre 2022, « Nouvelle plainte contre Apple pour obsolescence programmée et entraves à la réparation », [https://www.halteobsolescence.org/nouvelle-plainte-de-hop-contre-apple-pour-obsolescence-programmee-et-entraves-a-la-reparation/]

HOP, 11 octobre 2022, « Éco-conception des smartphones et tablettes : l'Europe peut mieux faire », [https://www.halteobsolescence.org/eco-conception-smartphones-et-tablettes-l-europe-peut-mieux-faire/]

HOP, 22 août 2022, « Europe : encore un effort pour la durabilité des produits ! », [https://www.halteobsolescence.org/europe-encore-un-effort-pour-la-durabilite-des-produits/]

HOP, 28 mai 2021, « La plainte contre Epson déposée par HOP va-t-elle devenir obsolète ? », [https://www.halteobsolescence.org/la-plainte-contre-epson-deposee-par-hop-va-t-elle-devenir-obsolete/]

HOP, novembre 2020, « White Paper. Durable and repairable products: 20 steps to a sustainable Europe », [https://www.halteobsolescence.org/wp-co-

ntent/uploads/2020/11/Livre-Blanc-europeen.pdf]

HOP, 19 mars 2019, « Obsolescence programmée : un enjeu climatique de premier plan », [https://www.halteobsolescence.org/obsolescence-programmee-un-enjeu-climatique-de-premier-plan/]

HOP, février 2019, « Livre blanc. 50 mesures pour une consommation et une production durables. Le guide des politiques publiques pour une société sans obsolescence accélérée », [https://www.halteobsolescence.org/wp-content/uploads/2019/02/Livre-Blanc.pdf]

HOP, 27 décembre 2017, « HOP porte plainte contre Apple pour obsolescence programmée », [https://www.halteobsolescence.org/hop-porte-plainte-contre-apple-obsolescence-programmee/]

Lapoix S., 2011, « Obsolescence programmée : comment les entreprises entretiennent le cycle du jetable », [http://owni.fr/2011/05/01/obsolescence-programmee-comment-les-entreprises-entretiennent-le-cycle-du-jetable/]

Loiseau G., 2022, « Contrat. Renforcement de la lutte contre l'obsolescence programmée d'un produit, étendue à l'obsolescence logicielle », *Communication. Commerce électronique*, n° 1, comm. 4

Maljean-Dubois S., 2003, « La mise en œuvre du droit international de l'environnement », *Les notes de l'Institut du développement durable et des relations internationales*, n° 4

Martin A.-C., 2015, « Le délit d'obsolescence programmée », *Recueil Dalloz*, p. 1944

Michel A., 2021, « Est-il pertinent de définir légalement et de pénaliser les pratiques d'obsolescence prématurée ? Analyse de la loi française au regard des récentes décisions italiennes contre Apple et Samsung », dans A. Bailleux A. (dir.), *Le droit en transition. Les clés juridiques d'une prospérité sans croissance*, Bruxelles, Presses de l'Université de Saint-Louis, p. 245-283

MICROSOFT, 2023, « FAQ sur le cycle de vie. Windows », [https://learn.microsoft.com/fr-fr/lifecycle/faq/windows]

Mincke C., 1998, « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 40, p. 115-151

Pâques M., Faure M. (dir.), 2003, *La protection de l'environnement au cœur du système juridique international et du droit interne. Acteurs, valeurs et efficacité*, Bruxelles, Bruylant

Petit Y., 2011, « Le droit international de l'environnement à la croisée des chemins : globalisation *versus* souveraineté nationale », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 36, n° 1, p. 31-55

Rangeon F., 1989, « Réflexions sur l'effectivité du droit », dans D. Lochak (dir.), *Les usages sociaux du droit*, Paris, CURAPP/PUF, p. 126-149

Robaczewski C., 2022, « Quel rôle pour la sanction pénale dans l'économie circulaire ? », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 47, n° 1, p. 65-71

Rollot M., 2016, *L'obsolescence : ouvrir l'impossible*, Genève, MétisPresses

Simonetti F., 2008, « Le droit européen de l'environnement », *Pouvoirs*, vol. 127,

n° 4, p. 67-85

Vidalenc E., Meunier L., 2014, « Obsolescence des produits : l'impact écologique », *Futuribles*, n° 402

NOTES

1 Cette estimation de l'impact environnemental de l'obsolescence ne porte que sur la fabrication de nouveaux appareils et pourrait en réalité être affinée au regard de ses conséquences : extraction des matières premières, consommation d'énergie, émission de déchets, etc., et selon les appareils en cause. Plusieurs études sont, par exemple, menées sur l'impact environnemental des smartphones depuis 2017. Voir, par exemple, ADEME / ARCEP (2022).

2 L'opération de qualification juridique est une étape indispensable qui, selon la doctrine, permet de faire entrer un fait ou un acte dans une catégorie juridique et de lui appliquer un régime juridique correspondant.

3 Conseil national du numérique, 2020, *Feuille de route sur l'environnement et le numérique*, rapport remis à la ministre de la Transition écologique et solidaire et au secrétaire d'État chargé du Numérique, dont la mesure 8 prévoit de lutter contre l'obsolescence programmée en y intégrant l'obsolescence logicielle et indirecte.

4 Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

5 Le développement des objets connectés pourrait par exemple créer de nouvelles formes d'obsolescence non encore identifiées.

6 Sont ici visées les directives dites « vente de biens », directive (UE) 2019/771 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE et abrogeant la directive 1999/44/CE ; et « contenus numériques », directive (UE) 2019/770 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques. Ces dernières, qui demandent transposition dans le droit français, seront détaillées dans la suite de cette contribution.

7 Dans sa version actuelle, en 2023, le Code de consommation prévoit les sanctions de ce délit à l'article L. 454-6.

8 Avis du Comité économique et social européen sur le thème « Pour une consommation plus durable : la durée de vie des produits de l'industrie et l'information du consommateur au service d'une confiance retrouvée » (avis d'initiative), 2014/C 67/05.

9 Résolution du Parlement européen du 4 juillet 2017 sur une durée de vie plus longue des produits : avantages pour les consommateurs et les entreprises, 2016/2272(INI).

10 Directive (UE) 2019/771 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE et abrogeant la directive 1999/44/CE.

11 Directive (UE) 2019/770 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques.

12 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Le Pacte vert pour l'Europe*, COM(2019) 640 final, 11 décembre 2019.

13 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Façonner l'avenir du numérique de l'Europe*, COM(2020) 67 final, 19 février 2020.

14 Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

15 Loi n° 2021-1485 du 15 novembre 2021 visant à réduire l'emprunte environnementale du numérique en France et loi n° 2021-1755 du 23 décembre 2021 visant à renforcer la régulation environnementale du numérique par l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse.

16 Voir la définition mentionnée *supra* : « Le recours à des techniques par lesquelles le responsable de la mise sur le marché d'un produit vise à réduire délibérément la durée de vie pour en augmenter le taux de remplacement. »

17 Proposition de loi visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France, n° 0027, déposée le 12 octobre 2020 par P. Chaize.

18 Article modifié par la loi du 23 décembre 2023, mais dont le contenu est prévu aux articles L. 217-18 et L. 217-19 du C. consom.

19 Article abrogé par la loi du 23 décembre 2023, mais dont le contenu est prévu à l'article L. 217-20 du C. consom.

20 Certaines études démontrent que le consommateur joue un rôle dans l'obsolescence des produits au même titre que le fabricant. Souvent confronté à un manque de compétences et de connaissances sur la réparabilité de son produit, il opte pour son remplacement (ADEME, 2012, notamment p. 18).

21 Commission européenne, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2005/09/CE et 2011/83/UE pour donner aux consommateurs les moyens d'agir en faveur de la transition écologique grâce à une meilleure protection contre les pratiques déloyales et à de meilleures informations*, COM(2022) 143 final 2022/0092(COD), 30 mars 2022.

22 Comité économique et social européen, *Donner aux consommateurs les moyens d'agir pour la transition verte*, avis, 13 juillet 2022.

23 Commission européenne, *Une nouvelle stratégie industrielle pour l'Europe*, COM(2020) 102 final, 10 mars 2020.

24 Commission européenne, *Façonner l'avenir du numérique de l'Europe*, COM(2020) 67 final, 19 février 2020.

25 Projet de conclusions du Conseil sur la transformation numérique au bénéfice de l'environnement, 13957/20, 11 décembre 2020.

26 L'économie de fonctionnalité, qui revient à privilégier l'usage d'un ancien produit à la vente d'un nouveau, est souvent associée à ces deux perspectives mais ne fera pas l'objet d'un développement ici. Elle ne trouve pour le moment pas ou peu d'écho en matière d'obsolescence logicielle. En effet, les mises à jour sont intégrées au produit vendu et n'en sont pas isolées pour faire l'objet d'une réflexion propre sur le sujet.

27 Cette pratique commerciale a vocation à être ajoutée à l'annexe I de la directive 2005/29/CE.

28 Commission européenne, *Faire des produits durables la norme*, COM(2022) 140 finals, 30 mars 2022 ; *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits durables et abrogeant la directive 2009/125/CE*, COM(2022) 142 final, 30 mars 2022.

29 Le 22 mai 2023, le Conseil a adopté son « orientation générale » sur le règlement établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière

d'écoconception applicables aux produits durables.

30 Le 12 juillet 2023, les députés européens ont adopté leur position sur la base d'un rapport préparé par la Commission de l'environnement, de la santé publique et de la sécurité alimentaire (ENVI) sur la révision du cadre européen d'écoconception pour des produits durables.

31 *Draft, Commission Regulation (EU) laying down eco-design requirements for mobile phones, cordless phones and slate tablets pursuant to Directive 2009/125/EC of the European Parliament and of the Council and amending [...]*, 2022.

32 Règlement (UE) n° 617/2013 de la Commission du 26 juin 2013 portant application de la directive 2009/125/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les exigences d'écoconception applicables aux ordinateurs et aux serveurs informatiques.

33 *Règlement (UE) 2019/424 de la Commission du 15 mars 2019 établissant les exigences d'écoconception applicables aux serveurs et aux produits de stockage de données conformément à la directive 2009/125/CE du Parlement européen et du Conseil et modifiant le règlement (UE) n° 617/2013 de la Commission.*

34 « La consommation d'énergie du produit ni aucun des autres paramètres déclarés ne doivent se détériorer après une mise à jour du logiciel du système d'exploitation ou une mise à jour du micrologiciel, lorsqu'ils sont mesurés à l'aide de la même norme d'essai que celle initialement utilisée pour la déclaration de conformité » (notre traduction).

35 « Une mise à jour du logiciel ne doit jamais avoir pour effet de modifier les performances du produit de manière à le rendre non conforme aux exigences d'écoconception applicables à la déclaration de conformité » (notre traduction).

36 Ce principe est prévu à l'article 25 du Règlement général sur la protection des données et impose d'intégrer la protection des données personnelles dès la conception d'un produit ou d'un service.

RÉSUMÉ

Français

L'obsolescence logicielle est aujourd'hui un véritable objet de débat public : autant pour les fabricants qui la pratiquent, que pour les consommateurs qui la subissent, ou pour les environnementalistes qui la dénoncent. Alors

que la recherche d'une sobriété numérique est devenue ces dernières années un véritable objectif des politiques publiques modernes, le cadre juridique de cette pratique, aux forts enjeux car responsable de multiples atteintes environnementales, peine à se dégager. Les conséquences environnementales de la pratique d'obsolescence sont nombreuses : consommation énergétique, émission de déchets et toute autre forme de pollution. Si la France, avec quatre lois touchant de près ou de loin au sujet, semble déjà bien outillée en la matière, l'efficacité et l'effectivité de ce cadre interrogent. Pour pallier ces insuffisances, diverses solutions semblent offertes par plusieurs initiatives de politique environnementale européenne. La Commission européenne, notamment, privilégie deux angles de lutte contre l'obsolescence logicielle : l'économie circulaire et l'éco-conception. Par ailleurs, une troisième réflexion doit être considérée, celle de l'*ecology by design* qui, en imposant des conditions environnementales dès la conception des produits, apparaît indispensable à la régulation de la pratique de l'obsolescence logicielle.

INDEX

Mots-clés
droit du numérique, droit de l'environnement, obsolescence logicielle, sobriété numérique, économie circulaire, éco-conception, ecology by design

AUTEUR

Esther Noël
Doctorante ATER en droit public, Université Paris Cité, Centre Maurice Hauriou (URP 1515) ; esthnoel5@gmail.com

L'encadrement juridique des solutions numériques au service de la protection de l'environnement

Antoine Oumedjkane et Thomas Le Goff

PLAN

1. Des contraintes juridiques à l'utilisation des données pour la protection de l'environnement
   1.1. Un cadre juridique contraignant applicable aux traitements de données à caractère personnel à finalité environnementale
      1.1.1. Des contraintes résultant de l'application des principes du RGPD aux traitements de données à caractère personnel à finalité environnementale
      1.1.2. L'exemple du régime spécifique encadrant les données de consommation électrique
   1.2. Un cadre juridique souple applicable aux traitements de données non personnelles à finalité environnementale
      1.2.1. La promotion bienvenue du partage et de l'utilisation des données non personnelles
      1.2.2. Les limites surmontables encadrant le traitement de données non personnelles à des fins environnementales
2. La *smart city* face au défi environnemental
   2.1. Le choix essentiel d'un motif de licéité adapté aux modalités du traitement
      2.1.1. Un risque de confusion des motifs de licéité au détriment des droits fondamentaux
      2.1.2. La persistance d'imprécisions regrettables concernant le motif de la nécessité liée à une mission d'intérêt public
   2.2. Le risque constant d'une contrariété entre l'objectif environnemental et les autres objectifs poursuivis par les traitements de données personnelles
      2.2.1. L'absence regrettable de bilan coût/avantage du bénéfice environnemental tiré de l'outil numérique
      2.2.2. Une réalité économique et un cadre juridique encourageant le croisement des finalités au détriment probable de l'objectif environnemental
Conclusion

TEXTE

1 D'après la feuille de route de l'International Energy Agency publiée en 2021 (IEA, 2021, p. 184), la moitié des technologies nécessaires à l'atteinte de la neutralité carbone d'ici à 2050 ne sont pas encore disponibles. Bien que cette estimation soit contestable et que les solutions technologiques ne constituent qu'une infime partie de la réponse à la crise climatique, l'innovation et le développement du numérique peuvent effectivement contribuer à la protection de l'environnement et à la réduction des émissions de gaz à effet de serre. En effet, de nombreuses technologies numériques reposant sur l'analyse de données, dont le développement a été facilité par l'augmentation de la quantité de données disponibles et par l'essor de l'intelligence artificielle (Choné, 2017), présentent un intérêt du point de vue environnemental.

2 Par exemple, dans le domaine des énergies renouvelables, le croisement de données météorologiques, géographiques et industrielles peut aider les pouvoirs publics à identifier les zones où l'implantation de panneaux photovoltaïques ou d'éoliennes serait la plus efficace (Fabrégat, 2018). Dans le domaine de l'électricité, l'analyse de données facilite le pilotage et l'équilibrage du réseau en permettant de mieux prédire l'injection de la production des énergies intermittentes, en détectant plus facilement les pannes nécessitant une opération de maintenance ou encore en facilitant l'autoconsommation collective à l'échelle locale (Flament, Pegouret, 2020). Enfin, dans le domaine du bâtiment, l'analyse de données de consommation énergétique permet d'identifier les immeubles nécessitant des travaux de rénovation (Fourmon, 2021) ou de mieux piloter la consommation de bâtiments industriels afin de réaliser des économies d'énergie (Buckman, Mayfield, Beck, 2014) : pilotage intelligent de la climatisation, des éclairages… Les exemples sont nombreux et concernent tous les champs de la transition énergétique.

3 Le développement de ces technologies numériques se fait dans un environnement juridique complexe (Stein, 2020).

4 D'une part, le cadre juridique actuel pourrait sembler très favorable à la mobilisation du numérique pour développer des solutions vertueuses pour l'environnement. En effet, il n'existe que peu de textes encadrant directement les applications envisagées ici et l'on constate depuis plusieurs années une véritable tendance à l'ouverture des données. On pourra par exemple citer le règlement européen du 14 novembre 2018 établissant le principe de libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne [1], la directive européenne du 20 juin 2019 sur les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public [2], ou encore les récents projets de règlements sur les données, le *Data Act* [3] prévoyant des obligations de partage de données issues d'objets connectés et le *Data Governance Act* [4] qui devrait faciliter la réutilisation de certaines données d'intérêt général. En France, l'ouverture des données organisée par la loi pour une République numérique de 2016 [5] contribue également à la diffusion de ce nouvel or noir (Brousseau, 2022), nécessaire au développement des solutions technologiques qui permettront d'accélérer la transition énergétique (*Les Échos*, 2019).

5 D'autre part, la production, la collecte, le traitement ou la réutilisation des données nécessaires à la conception et au fonctionnement de ces solutions technologiques sont soumis à différents régimes, suivant la qualification juridique des données traitées (Lavrijssen, Espinosa Apraez, Ten Caten, 2022 ; Fourmon, 2018). Ces règles sont justifiées par différents impératifs tels que la protection de droits et libertés fondamentaux (dont la vie privée) ou la protection des intérêts économiques des acteurs produisant les données. Parmi les réglementations applicables, on trouve évidemment le célèbre Règlement général sur la protection des données (RGPD), encadrant de façon très stricte le traitement de données à caractère personnel, mais également d'autres règles plus spécifiques, relatives par exemple à la protection des secrets d'affaires ou à la libre concurrence. L'ensemble de ces règles, qu'il conviendra d'identifier, génère de fortes contraintes au développement de solutions qui pourraient s'avérer utiles sur le plan environnemental.

6 Dans ce contexte, le premier objectif de la présente contribution est de déterminer la latitude laissée par le cadre juridique actuel pour concevoir des outils numériques permettant d'agir en faveur de la protection de l'environnement, le tout dans le respect de la règle de

droit. Son second objectif est d'interroger la proportionnalité des règles applicables et des contraintes qu'elles génèrent au vu des bénéfices potentiels des traitements de données ayant une finalité environnementale.

7 Pour ce faire, nous adopterons une double approche. La contribution consistera d'abord en une approche générale en cherchant à dresser le panorama des différents régimes juridiques pouvant contraindre l'utilisation de données, entendue de façon large, aux fins de protection de l'environnement et dont l'application dépend de la qualification juridique des données traitées (1). Cette approche générale sera ensuite complétée par une étude spécifique et sectorielle, dédiée aux applications du numérique en faveur de l'environnement dans le milieu urbain, connues sous le nom de *smart city* (2).

1. Des contraintes juridiques à l'utilisation des données pour la protection de l'environnement

8 Comme abordé en introduction, les exemples de technologies numériques utiles à la transition écologique sont nombreux mais évoluent dans un cadre juridique contraint. Cet encadrement est pleinement justifié puisque certaines applications font peser un certain nombre de risques pour les droits et libertés des individus. Par exemple, certains systèmes peuvent être amenés à traiter d'importantes quantités de données à caractère personnel contenant des informations sur la vie intime des individus. C'est le cas pour des applications déployées par des fournisseurs d'énergie nécessitant la collecte des données de consommation *via* des compteurs communicants. À ce titre, il semble parfaitement légitime que ce type d'application fasse l'objet d'un encadrement relativement strict (1.1). En revanche, d'autres systèmes n'ont pas besoin de traiter des données personnelles et présentent un niveau de risque moins élevé. Des logiciels peuvent notamment être utilisés pour gérer l'éclairage public ou affiner des prédictions météorologiques. Ces derniers peuvent fonctionner à partir de données dites non personnelles, qui ne permettent pas d'identifier une personne physique. Le traitement de données à caractère non personnel nous semble être une voie effi-

cace pour développer des systèmes utiles en matière environnementale, tout en limitant les risques pour les individus. Il est donc heureux que ce type de données réponde d'un régime beaucoup plus souple que celui dédié aux données personnelles (1.2).

1.1. Un cadre juridique contraignant applicable aux traitements de données à caractère personnel à finalité environnementale

9 Le RGPD est pleinement applicable à tous les systèmes traitant des données à caractère personnel, qu'ils poursuivent une finalité environnementale ou non. Ses grands principes devront donc être pris en compte par toute personne ou organisation ayant pour projet de développer un tel système et ce, dès la conception (*privacy by design*). Notre étude révèle que cette application conduit à contraindre fortement le développement de certaines solutions en faveur de l'environnement (1.1.1). Ce constat est d'autant plus vrai lorsque certaines données personnelles présentant un risque élevé pour la vie privée des individus sont traitées, notamment s'il s'agit de données de consommation électrique (1.1.2).

1.1.1. Des contraintes résultant de l'application des principes du RGPD aux traitements de données à caractère personnel à finalité environnementale

10 Le recours au numérique pour développer des solutions utiles à la protection de l'environnement peut nécessiter de collecter et de traiter des données à caractère personnel et serait, à ce titre, assujetti aux règles du RGPD. Le présent paragraphe se concentrera sur le cas du développement d'une application procédant à des traitements de données personnelles par des personnes privées, notamment les entreprises, et à l'exclusion donc des personnes publiques (collectivités, ministères…). En effet, les entreprises jouent un rôle primordial dans le développement des solutions technologiques utiles à la transition environnementale : ce sont elles qui disposent de l'expertise

technique, des moyens de recherche et développement, parfois même des données nécessaires, et qui ont un intérêt commercial à développer des solutions numériques. Prenons l'exemple d'une start-up qui souhaiterait développer et commercialiser une solution logicielle de performance énergétique du foyer à destination des particuliers. De nombreuses données personnelles pourraient être mobilisées : caractéristiques du domicile, équipements électroménagers détenus, composition du foyer, données de consommation issues d'un compteur communicant, habitudes de consommation des membres du foyer… L'ensemble des principes du RGPD devraient être respectés [6]. Premièrement, l'entreprise devrait respecter le principe de finalité en s'assurant, notamment, de limiter les buts dans lesquels les données sont traitées et de disposer d'une base légale conformément à l'article 6 du RGPD. Deuxièmement, le principe de proportionnalité impose de pouvoir justifier de la pertinence et de la stricte nécessité des données collectées au regard de la finalité du traitement. Troisièmement, le responsable de traitement doit fixer des durées de conservation précises, là aussi proportionnées au but poursuivi. Quatrièmement, la start-up devra respecter le principe de sécurité des données en mettant en œuvre toutes les mesures techniques et organisationnelles permettant de garantir leur confidentialité. Enfin, l'entreprise devra permettre aux personnes concernées d'exercer leurs droits conformément à la législation, notamment leurs droits d'accès, d'opposition ou à l'effacement des données les concernant. L'ensemble de ces principes doivent, conformément au principe de *privacy by design* [7], être pris en compte dès la phase de conception de la solution logicielle, ce qui peut conduire à des surcoûts non négligeables. En effet, pour mettre en œuvre ces principes, la start-up devra mettre en place un certain nombre de processus de conformité ou procéder à des développements supplémentaires dans son application, par exemple pour créer des mécanismes de purge automatique des données afin d'assurer le respect des durées de conservation fixées. Toutes ces actions représentent des coûts importants, tant financiers qu'humains (Ciriani, 2015).

11 De plus, si la start-up ne dispose pas des compétences juridiques ou techniques pour se mettre en conformité, elle devra se faire accompagner, ce qui engendrera à nouveau des coûts supplémentaires appelés coûts d'intermédiation. L'application du RGPD à des applica-

tions vertueuses pour l'environnement n'est donc pas neutre et pourrait conduire à l'abandon de certains projets qui ne seraient pas suffisamment rentables. Outre la question du coût de la mise en conformité, certaines dispositions du RGPD nous semblent peu adaptées aux cas d'usage envisagés dans la présente contribution.

12 En effet, l'article 6 du RGPD liste les motifs de licéité pouvant fonder la collecte et le traitement de données à caractère personnel. Toujours dans notre exemple de start-up souhaitant développer une solution logicielle de performance énergétique d'un foyer, trois bases légales figurant à l'article 6 § 1 du RGPD pourraient théoriquement être mobilisées : le consentement des personnes concernées, l'exécution du contrat ou l'intérêt légitime du responsable de traitement. Lorsque l'application est commercialisée, il n'y a pas de difficultés particulières puisque la start-up entrerait dans une relation contractuelle avec les personnes concernées (bien que se poserait tout de même la question des données relatives aux autres membres du foyer qui ne sont pas partie au contrat). En revanche, si l'on se place en amont, lors de la phase de conception, la start-up peut avoir besoin de données pour concevoir ses algorithmes. Le choix du motif de licéité se complique. D'autant plus qu'en pratique les données nécessaires sont souvent détenues par des acteurs du secteur de l'énergie qui souhaitent eux aussi concevoir de nouveaux produits à partir de ces données. Les données nécessaires à la conception des applications vertueuses pour l'environnement peuvent donc être difficilement accessibles. Il est envisageable de conclure une convention avec les acteurs qui disposent des données pertinentes mais chacune des parties sera alors confrontée à une difficulté concernant le choix de la base légale du traitement. Les données ont, en effet, été collectées pour une autre finalité et les personnes concernées n'ont pas été informées que leurs données allaient être utilisées pour concevoir de nouveaux systèmes ou transmises à des tiers pour ladite conception. Tant notre jeune start-up que notre acteur du secteur de l'énergie se retrouveraient dans une situation délicate puisqu'il leur faudrait alors informer toutes les personnes concernées et, le cas échéant, fonder le traitement visant à la conception d'un nouveau produit sur une nouvelle base légale si la finalité n'avait pas été prévue initialement.

13 Pour répondre à cette problématique, des solutions techniques peuvent être envisagées. Il est en effet possible pour notre start-up

de développer ses algorithmes à partir de données anonymisées ou bien de « fausses données » aussi appelées données synthétiques, qui présenteraient les mêmes caractéristiques mais auraient été générées artificiellement (ne pouvant donc identifier aucune personne réelle). Toutefois, ces solutions ne sont pas envisageables pour toutes les situations puisque, dans le premier cas, l'anonymisation peut rendre la donnée inexploitable et, dans le second cas, le recours à des données fictives peut conduire à altérer la performance du système final. Juridiquement, il est toujours possible d'informer les personnes concernées d'une nouvelle finalité, qui pourrait être l'intérêt légitime du responsable de traitement à concevoir de nouveaux produits. Mais cette information peut être difficile et coûteuse à réaliser selon la quantité d'individus à contacter. De plus, il conviendra de permettre aux personnes d'exercer leurs droits sur les données les concernant, dont leur droit d'opposition, ce qui peut conduire à des difficultés opérationnelles si l'exercice du droit intervient après la commercialisation du système.

14 L'ensemble des contraintes évoquées ici ne sont pas insurmontables mais les solutions pour y répondre peuvent entraîner des conséquences sur la performance du produit final ou sur les coûts de développement. Le traitement de certains types de données personnelles, révélant des informations sur la vie intime des personnes, fait peser un risque plus important sur les individus et fait, à ce titre, l'objet d'un encadrement encore plus contraignant.

1.1.2. L'exemple du régime spécifique encadrant les données de consommation électrique

15 L'antagonisme entre l'esprit restrictif (car très protecteur) de la protection des données et la dynamique d'innovation en faveur de l'environnement se retrouve également dans certains cas d'usage dans le secteur de l'énergie. On peut ici prendre l'exemple du traitement de la « courbe de charge », c'est-à-dire le relevé, à intervalles réguliers (le pas de mesure), de la consommation électrique de l'abonné. Ces données de consommation sont cruciales pour développer des solutions de réseaux intelligents ou d'autoconsommation collective à l'échelle locale : il faut connaître en temps réel les capa-

cités de production et d'injection de chaque actif de production, le plus souvent intermittente car exploitant des énergies renouvelables, et les besoins de chaque consommateur pour pouvoir les équilibrer en temps réel.

16 Pourtant, ces données présentent effectivement un risque important pour la vie privée des individus. En ce sens, les autorités considèrent qu'un relevé avec un pas de temps de 10 minutes permettrait « d'identifier les heures de lever et de coucher, les heures ou périodes d'absence, ou encore, sous certaines conditions, le volume d'eau chaude consommée par jour, le nombre de personnes présentes dans le logement, etc. [8] ». Il s'agit donc d'une donnée à caractère personnel particulière, pouvant révéler des informations détaillées sur la vie privée des individus. C'est la raison pour laquelle la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) est venue encadrer les conditions de la collecte et de l'utilisation de ces données dans une délibération du 15 novembre 2012 [9].

17 D'abord, dans cette délibération, la CNIL est venue limiter les finalités du traitement de la courbe de charge au nombre de trois : la maintenance et le développement du réseau de distribution par les gestionnaires de ce réseau ; la mise en place de tarifs adaptés à la consommation des ménages par les fournisseurs d'énergie et la fourniture de services complémentaires par des sociétés tierces tels que des travaux d'isolation.

18 Ensuite, la délibération encadre les modalités de la collecte de la courbe de charge. Les gestionnaires de réseau ne peuvent la collecter que lorsque des problèmes d'alimentation ont été effectivement détectés. Toute collecte systématique est considérée comme disproportionnée. De plus, les fournisseurs d'énergie et les sociétés tierces souhaitant proposer des services complémentaires ne peuvent collecter la courbe de charge qu'avec le consentement libre et éclairé des personnes concernées.

19 Enfin, le pas de temps de la courbe de charge est lui aussi encadré. En effet, la CNIL précise que les compteurs doivent pouvoir enregistrer la consommation selon trois pas de temps : 10 minutes, 30 minutes ou 60 minutes. La recommandation de 2012 précise que les compteurs doivent être configurés par défaut sur le paramétrage le plus protecteur, soit le plus long intervalle.

20 Ces recommandations ont été complétées par la publication d'un « pack de conformité » dédié aux compteurs communicants en mai 2014 (CNIL, 2010). Bien que dépourvu de valeur juridique contraignante, ce document est qualifié par la CNIL de « référentiel sectoriel » devant guider les responsables de traitement dans leur mise en conformité. La clarté de cet outil doit être saluée. En revanche, il est regrettable que le cadre ainsi créé ne laisse que peu de place à l'innovation, si bien que la recherche et le développement de nouveaux services innovants n'apparaissent dans aucune des finalités autorisées. Il convient également de préciser qu'un décret de 2017 est venu préciser les conditions dans lesquelles les courbes de charge pouvaient être collectées par les gestionnaires de réseau de distribution. En effet, ce dernier a créé un article D. 322-16 dans le Code de l'énergie (C. énergie) prévoyant que les gestionnaires pouvaient collecter ces données « pour l'accomplissement des missions mentionnées aux 1°, 6°, 8° et 9° de l'article L. 322-8 ». Les missions visées sont relatives à la mise en œuvre des raccordements au réseau (1°), à l'exploitation et à la maintenance du réseau (6°), à la mise en œuvre d'actions d'efficacité énergétique et favorisant l'intégration d'énergies renouvelables sur le réseau (8°), ainsi qu'au suivi de la gestion du périmètre d'effacement (9°). Ces dispositions ne sont pas suffisantes pour permettre le développement de solutions technologiques en faveur de l'environnement pour deux raisons. D'une part, ces possibilités de collecte de la courbe de charge ne sont ouvertes qu'aux gestionnaires de réseau, ce qui représente, en France, très peu d'entreprises (Enedis et les entreprises locales de distribution) et exclut de fait tous les fournisseurs d'énergie ou autres entreprises (*start-up*, entreprises de service numérique…). D'autre part, seules les missions d'efficacité énergétique et d'intégration des énergies renouvelables pourraient légitimer l'utilisation des données de consommation pour développer des solutions en faveur de l'environnement, ce qui limite le champ des possibles.

21 Le traitement des données de consommation par des fournisseurs ou des entreprises autres que les gestionnaires de réseaux de distribution pour développer de nouveaux produits ne pourra ainsi se faire sur une base de licéité distincte et conforme au RGPD. Notre analyse de la délibération de la CNIL de 2012 et du pack de conformité sur les compteurs communicants indique que la seule base légale envisa-

geable dans ce cas serait le consentement de la personne concernée, lequel devra répondre aux conditions de validité du consentement à savoir le caractère libre, éclairé, spécifique et univoque. On peine à imaginer qu'un tel traitement puisse être réalisé sur le fondement d'un consentement donné au suivi de sa consommation ou de la fourniture de services de performance énergétique. Un consentement plus précis, spécifique à la finalité de développement de nouveaux services, devrait alors être recueilli, ce qui constitue une difficulté supplémentaire pour le responsable de traitement.

22 Par effet de superposition, on comprend que la conception de technologies numériques en faveur de la protection de l'environnement nécessitant de traiter des données à caractère personnel est très complexe. Le responsable de traitement doit se conformer à un important corpus d'exigences réglementaires, qu'elles soient générales et issues du RGPD ou plus spécifiques et issues de référentiels sectoriels. Cette mise en conformité implique des coûts financiers et humains non négligeables, qui peuvent désinciter les entreprises à l'innovation. Privilégier le recours à des données non soumises aux règles du RGPD pourrait alors être une voie préférable, qui ferait, d'ailleurs, peser moins de risques pour les droits et libertés des individus.

1.2. Un cadre juridique souple applicable aux traitements de données non personnelles à finalité environnementale

23 Certains cas d'usage du numérique utiles à la protection de l'environnement ne nécessitent pas de traiter des données personnelles. C'est le cas, par exemple, d'applications qui ne traiteraient que des données météorologiques pour anticiper l'évolution du littoral ou évaluer le risque de catastrophe naturelle. Ces données non personnelles ne font pas l'objet des mêmes contraintes que celles évoquées dans les développements précédents. Au contraire, par principe, leur utilisation et leur diffusion sont libres (1.2.1). Par exception, il existe certaines règles spécifiques qui peuvent venir contraindre de telles utilisations mais ces dernières nous semblent surmontables (1.2.2).

1.2.1. La promotion bienvenue du partage et de l'utilisation des données non personnelles

24 Les données non personnelles font l'objet d'un cadre juridique beaucoup moins fourni que les données à caractère personnel. Le règlement (UE) 2018/1807 du 14 novembre 2018 est venu ériger en principe la liberté des flux de données à caractère non personnel dans l'Union européenne. De plus, en droit national, certaines de ces données, notamment issues du secteur public, font l'objet d'obligations de publication en *open data*[10]. Mobiliser des données non personnelles pour concevoir des solutions numériques en faveur de l'environnement semble être une solution beaucoup plus simple pour une entreprise souhaitant innover.

25 Pour contrebalancer les contraintes encadrant le traitement de données personnelles et au regard du faible risque qu'elles font peser sur les droits et libertés des individus, il est donc nécessaire de promouvoir la diffusion des données non personnelles. La disponibilité de ces données pour le plus grand nombre d'acteurs est une condition au développement de solutions technologiques favorables pour l'environnement. Le régime de l'*open data* en France y participe en ce qu'il impose, notamment, la publication de toutes les données produites dans le cadre de missions de service public mais il faut souligner les récentes initiatives européennes qui vont, d'une part, créer de nouveaux mécanismes juridiques permettant de libérer des données du secteur privé et, d'autre part, faciliter la réutilisation de certaines données issues du secteur public. Nous pouvons ici citer le *Data Act*[11], imposant aux fabricants d'objets connectés et de services associés de concevoir leurs produits de telle sorte que les données produites par ces derniers soient facilement accessibles par les utilisateurs[12]. De plus, le texte crée un droit pour les utilisateurs de demander au fabricant de l'objet connecté de transférer les données générées à un tiers en vue de la fourniture de services complémentaires[13]. Les utilisateurs visés ici peuvent autant être des entreprises ayant déployé des capteurs sur leurs installations que des individus ayant installé des objets connectés à leur domicile (auquel cas le RGPD s'appliquera). L'objectif des institutions européennes est bien de libérer les données en favorisant leur partage entre entreprises et des entreprises vers les utilisateurs (Keller,

2022). Le *Data Act* contient également des dispositions permettant aux autorités publiques d'imposer aux entreprises la communication de données pour des motifs exceptionnels d'intérêt général dont des exemples sont cités dans le texte (crise sanitaire, catastrophe naturelle…)[14]. Un deuxième exemple de cette dynamique européenne en faveur de la diffusion des données non personnelles est donné par le *Data Governance Act*[15], contenant des dispositions facilitant l'emploi de données protégées détenues par des opérateurs de service public et instaurant la pratique de l'altruisme de données[16].

26 Le fait que la Commission européenne souhaite favoriser le partage de données non personnelles est une bonne chose. L'entrée en vigueur de ses différents textes permettra à de nombreuses données utiles à la transition écologique d'être partagées. Seraient par exemple concernées des données issues d'objets connectés, des données de performance énergétique de bâtiments ou encore des données environnementales relatives à l'état du littoral et des forêts. L'ensemble de ces données pourront ensuite être réutilisées par différents acteurs pour développer des applications utiles à la protection de l'environnement. Toutefois, la réutilisation de données non personnelles peut dans certaines situations être encadrée par des règles spécifiques.

1.2.2. Les limites surmontables encadrant le traitement de données non personnelles à des fins environnementales

27 Plusieurs corpus juridiques peuvent venir entraver le traitement de données à caractère non personnel. Pour l'objet de la présente contribution, nous n'en donnerons que deux exemples : la préservation de la concurrence à travers l'exemple du régime des informations commercialement sensibles dans le Code de l'énergie et la protection des droits de propriété intellectuelle (CRE, 2017 ; ALDC, 2016).

28 D'abord, le Code de l'énergie contient plusieurs dispositions susceptibles d'interdire la diffusion et la réutilisation de certaines données non personnelles issues du secteur de l'énergie. En effet, ses articles L. 111-72 et L. 111-73 disposent que les gestionnaires des

réseaux de transport et de distribution d'électricité « doivent préserver la confidentialité des informations d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique dont la communication serait de nature à porter atteinte aux règles de concurrence libre et loyale et de non-discrimination[17] ». Cette obligation vise à empêcher que des informations commercialement avantageuses portant sur les activités des gestionnaires de réseaux ne soient divulguées de manière discriminatoire, notamment aux fournisseurs d'énergie. Ainsi, la confidentialité de ces informations est un moyen pour le législateur de préserver le caractère non discriminatoire de l'accès au réseau, en évitant de procurer un avantage concurrentiel à certains fournisseurs (Béatrix, 2018). Les articles R. 111-26 du Code de l'énergie précisent la nature des données protégées. Il s'agit des dispositions contractuelles et informations échangées dans ce cadre, des informations issues des comptages et autres mesures effectués, ainsi que des informations relatives aux programmes d'appel, d'ajustement et de consommation[18]. Les deux dernières catégories renvoient à des données qui pourraient être utiles à la conception de systèmes de traitement de données relatifs au pilotage du réseau (prévision des consommations, ajustement en temps réel de la production…) ou au développement de services intelligents d'analyse de la consommation pour identifier des pistes d'économies d'énergie. Pour pouvoir obtenir la communication de ces données, il faudra entrer dans le champ d'une des exceptions prévues aux articles R. 111-27 à R. 111-29 du Code de l'énergie. Ces exceptions permettent notamment aux utilisateurs des réseaux publics de transport ou de distribution d'autoriser les gestionnaires à communiquer directement à un tiers des informations relatives à leur propre activité, ou aux opérateurs d'effacement, qui proposent aux consommateurs de réduire leur consommation à des moments précis en l'échange de tarifs avantageux, de demander aux gestionnaires la communication des données nécessaires à l'identification, à la comptabilisation et à la certification des effacements de consommation réalisés dans les foyers, bâtiments ou tout autre site de consommation. Le champ des possibles est donc relativement restreint et seuls les acteurs expressément visés par les textes susmentionnés pourront obtenir la communication des données couvertes par l'obligation de confidentialité.

29 Un deuxième exemple de corpus de règles pouvant freiner la diffusion et la réutilisation de certaines données non personnelles pour développer des solutions numériques en faveur de l'environnement peut être trouvé dans les règles liées au droit de la propriété intellectuelle. Par exemple, les « bases de données », définies dans le Code de la propriété intellectuelle (CPI) comme des recueils « d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen[19] », bénéficient d'une double protection : au titre du droit d'auteur lorsque la structure de la base est originale, d'une part, et au titre du droit dit « *sui generis* » des bases de données, d'autre part (Bensamoun, Groffe, 2013). Le producteur de la base de données bénéficiera à ce titre de droits exclusifs sur son contenu. Ces droits permettent notamment au producteur d'interdire l'extraction et la réutilisation du contenu de la base de données pour laquelle il a effectué des investissements substantiels[20]. Les juridictions administratives reconnaissent d'ailleurs la possibilité de s'opposer à la réutilisation de données concernées par une obligation de publication en *open data* si ces dernières sont couvertes par la protection *sui generis* du CPI[21]. De plus, au-delà de l'opposabilité des droits de propriété intellectuelle sur les bases de données produites, se pose également la question de la conciliation entre incitation au partage de données et protection du savoir-faire des entreprises (Béatrix, 2018). À ce titre, la loi pour une République numérique a créé une exception spécifique, dispensant les opérateurs en charge d'une mission de service public de leur obligation de publication des données lorsque cette communication porterait atteinte au secret en matière industrielle et commerciale. L'article 6 de la loi précise que cette qualification concerne « le secret des procédés, des informations économiques et financières et des stratégies commerciales ou industrielles[22] ». La définition est large et se traduit en pratique par une mobilisation très fréquente de l'argument par les acteurs disposant d'importantes quantités de données (tels que les gestionnaires de réseaux dans le secteur de l'énergie) pour s'opposer à leur publication.

30 Les limites à l'utilisation de données non personnelles, qu'elles soient issues de règles sectorielles ou du droit de la propriété intellectuelle, ne nous semblent pas insurmontables pour plusieurs raisons.

D'abord, les règles évoquées ne concernent que certains types de données très précises et non pas l'ensemble des données qui pourraient être utiles au développement du numérique en faveur de l'environnement. Par exemple, des données de performance énergétique d'installations publiques ou de mesures purement environnementales (niveau d'un cours d'eau, état du littoral) ne seraient soumises à aucune des contraintes évoquées. Ensuite, les règles relatives à la préservation de la concurrence comportent plusieurs exceptions mobilisables pour obtenir la communication des données couvertes par la confidentialité. Enfin, les projets de textes européens sur les données contiennent plusieurs dispositions pour assouplir les contraintes résiduelles, notamment celles relatives à la propriété intellectuelle. En effet, à titre d'exemple, le *Data Act* s'accompagnera d'un amendement de la directive sur le droit *sui generis* des bases de données pour faciliter la réutilisation des données brutes issues de capteurs. Pour ce faire, le texte prévoit que le droit *sui generis* ne s'applique pas à ces données, levant ainsi une contrainte supplémentaire.

31 Ainsi, l'étude réalisée dans la première partie de notre contribution a permis de démontrer que le traitement de données non personnelles apparaissait comme une voie opportune pour le développement de solutions technologiques en faveur de l'environnement. En effet, ces données font l'objet d'une réglementation beaucoup moins contraignante que celle applicable aux données personnelles et leur traitement fait peser un risque bien moins important pour les droits et libertés des individus, sous réserve du respect d'une finalité environnementale. Toutefois, se limiter à l'utilisation de données non personnelles limite également le type d'applications qu'il est possible de développer. En effet, s'il est possible de concevoir un système de prédictions météorologiques à partir de données de mesures, il n'est en revanche pas possible de réaliser un système de performance énergétique d'un foyer sans jeux de données de consommation. Cette limite peut être surmontée grâce au recours à des jeux de données anonymisées. L'anonymisation de données personnelles permet de supprimer le risque de réidentification et, ce faisant, de les faire bénéficier de la qualification de données non personnelles. Les méthodes permettant de parvenir à ce résultat ne sont en revanche pas infaillibles et il n'est pas toujours possible d'exclure complète-

ment le risque de réidentification, ce qui ferait retomber la donnée dans le champ d'application du RGPD. De plus, les techniques d'anonymisation peuvent également conduire à altérer les données initiales et la perte des éléments identifiants peut entraîner des conséquences sur la performance de l'algorithme conçu à partir des données anonymisées. Se reposer uniquement sur l'anonymisation pour espérer promouvoir le développement de technologies numériques en faveur de l'environnement ne semble donc pas la meilleure option.

32 Si les réflexions menées jusqu'à présent relevaient plutôt de considérations théoriques et générales sur les régimes juridiques susceptibles de venir encadrer l'utilisation de la donnée en faveur de l'environnement, la suite de nos développements adoptera une approche inductive beaucoup plus concrète, en se concentrant sur les règles encadrant un cas d'usage spécifique : la ville intelligente ou *smart city*.

2. La *smart city* face au défi environnemental

33 Au sein des solutions technologiques déployées pour la protection de l'environnement, il est une expression qui revient souvent, celle de *smart city* ou ville intelligente. Elle est déjà utilisée depuis une vingtaine d'années par les entreprises privées (Courmont, 2020, p. 121[23]) qui ont popularisé le terme pour faire la promotion des outils qu'elles se proposent de vendre, particulièrement aux personnes publiques. Ce n'est d'ailleurs pas étonnant de retrouver ces mots dans la bouche de certains élus locaux comme un argument politique (Courmont, Vincent, 2020)[24]. Toutes les grandes communes ou les métropoles françaises, sans exception[25], ont aujourd'hui un projet *smart city* dont la promotion est plus ou moins assurée par le titulaire de l'exécutif. François Rebsamen, président de Dijon Métropole, a mis en place son projet de *smart city* « OnDijon » en avril 2019 (Dijon Métropole, 2019). À l'opposé du spectre politique, la même année, c'est François Barouin qui a inauguré un programme similaire au sein de la commune de Troyes[26].

34 Sous le vocable de *smart city* sont réunies un ensemble de solutions et de politiques très différentes tant par leur objet que par leur ambi-

tion (ministère de l'Économie, 2021). En matière de transports, cela va de la création de voitures autonomes (Groupe RATP, 2019, p. 45) à la promotion du vélo ou du covoiturage (ministère de l'Économie, 2021, p. 52). En matière d'urbanisme et d'aménagement, il s'agira de construire des logements en « tout électrique » pour réduire la consommation d'énergies fossiles, ou d'une politique d'agrandissement des espaces verts. À Nice et à Marseille, c'est la reconnaissance faciale pour contrôler la fréquentation dans les lycées qui devait être expérimentée par la région pour assurer la sécurité (CNIL, 2019 [27]). Dans le cas de la métropole de Dijon, un poste centralisé a été créé et gère à distance tout un ensemble de paramètres : allumage et extinction de l'éclairage public, vidéoprotection, gestion des feux de circulation, taux de remplissage des poubelles recyclables (Dijon Métropole, 2019, p. 5). Les habitants ont été également invités à télécharger une application et à signaler des problèmes : présence d'ordures sur la voie publique, voirie et mobilier public abîmé ou encore des accidents en tout genre.

35 Il faut donc passer outre le caractère vague de l'expression et ne pas chercher à en dégager une définition stricte ni même définitive. Dans le cadre du droit administratif, la *smart city* pourrait être définie largement comme « l'ensemble des solutions technologiques innovantes censées améliorer l'efficacité de l'action publique en milieu urbain » (Auby, 2018 [28]) [29]. Plus précisément pour la présente étude, il faudra entendre qu'il s'agit des solutions numériques en faveur de l'environnement et dont le fonctionnement repose sur la récolte et l'exploitation des données. Il s'agit d'une précision importante, car la *smart city* se décline au gré des objectifs particuliers que les outils poursuivent, lesquels renvoient aussi à une pluralité de personnes publiques compétentes. La *safe city* est censée améliorer la sécurité publique, le *smart urban planning* s'intéresse à l'aménagement du territoire et le *smart transporation*, aux transports. Au demeurant, il faut également ajouter qu'il est réducteur de se limiter à l'aspect environnemental car, en pratique, certains outils permettent de remplir plusieurs objectifs : une caméra pourra servir aussi bien à vérifier que les véhicules respectent les normes de pollution qu'à contrôler la sécurité de la voie publique.

36 Il existe indéniablement un contexte juridique favorable au développement de solutions environnementales par le numérique, comme

l'indiquait l'introduction générale de cet article. L'objet de cette étude est donc de s'interroger sur la latitude que laisse le cadre juridique aux personnes publiques pour concevoir des outils numériques qui permettent d'agir en faveur de l'environnement, le tout dans le respect du droit à la vie privée. Ce n'est, *in fine*, qu'une étude localisée du grand compromis que constitue le RGPD entre le libre exercice des activités économiques et la protection des personnes.

37 Le propos ne portera effectivement que sur les données personnelles. Non pas que les données non personnelles ne soient pas pertinentes, bien au contraire, leur utilisation est de plus en plus massive et devrait d'ailleurs être priorisée dans le cas de la *smart city*. La raison tient plutôt à ce que cette catégorie de données est moins intéressante puisque, par définition, elle désigne celles qui ne permettent pas l'identification des personnes. Il est de plus en plus fréquent que le croisement de données non personnelles mène à l'identification des personnes, mais alors c'est bien le droit des données personnelles qui a, de nouveau, vocation à s'appliquer. Cette situation doit donc faire l'objet d'une attention particulière du responsable de traitement, mais elle se situe à la marge du sujet abordé ici.

38 Pour répondre à la question qui retient notre attention, il convient d'abord de souligner, à l'instar de tout autre traitement soumis au RGPD, l'importance d'adapter le motif de licéité au mode de fonctionnement et aux ambitions poursuivies par le traitement (2.1). Plus précisément, ensuite, il sera possible de constater que les traitements liés aux politiques de *smart city* peuvent poursuivre plusieurs objectifs à la fois et que, dans cette hypothèse, aucune règle n'établit de hiérarchie en faveur de l'environnement. Il en résulte le risque d'une contradiction frontale entre l'objectif environnemental et les autres objectifs, voire une instrumentalisation de l'objectif environnemental pour légitimer des traitements attentatoires aux libertés (2.2).

2.1. Le choix essentiel d'un motif de licéité adapté aux modalités du traitement

39 Du point de vue juridique, la première préoccupation qui doit être celle des responsables de traitements de données est sa légalité. Pour

cela, l'article 6, § 1 du RGPD [30] prévoit un ensemble de six motifs de licéité. Dans le cas de personnes publiques qui souhaitent créer des traitements de données personnelles en faveur de l'environnement, il semble qu'il faille restreindre les motifs de licéité à deux, qui concernent de surcroît deux situations factuelles profondément différentes. D'un côté, les traitements qui ont vocation à s'appliquer dans l'espace public se fonderont principalement sur le motif de la nécessité du traitement au regard d'une mission d'intérêt public [31]. De l'autre, les traitements ayant vocation à s'appliquer dans l'espace privé ou auprès d'individus se reposeront surtout le motif énoncé à l'article 6, § 1, sous a) du RGPD qui traite du consentement [32]. Partant, il est critique pour les personnes publiques d'éviter l'écueil qui consiste à utiliser un motif de licéité qui n'est pas adapté à la physionomie du projet de traitement au vu des risques en termes de droits fondamentaux (2.1.1). Or, le motif de la nécessité liée aux missions d'intérêt public demeure flou dans ses modalités de mise en œuvre et laisse une trop grande marge d'appréciation aux personnes publiques pour créer des traitements en faisant l'économie d'une réflexion sur son utilité (2.1.2.).

2.1.1. Un risque de confusion des motifs de licéité au détriment des droits fondamentaux

40 Pour les personnes publiques, la licéité du traitement renvoie tout simplement au principe de légalité, qui est au centre de l'action administrative et consiste en une simple prescription : il faut agir conformément au droit [33], au risque de commettre une faute susceptible d'engager sa responsabilité [34]. Dans cette optique, les six motifs de licéité énoncés par le RGPD n'ont rien de cosmétique. Les juristes doivent réfléchir avant la mise en œuvre du traitement sur quel motif ils souhaitent explicitement se fonder, car c'est l'un des premiers points du contrôle qui pourrait être réalisé par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). Le fait de se fonder sur un motif erroné ou de ne pas en sélectionner entraîne l'illégalité du traitement et un risque de sanction [35]. Il faut donc retenir l'option la plus adaptée au regard des finalités poursuivies, ce qui n'est pas évident eu égard au caractère très abstrait du RGPD. Dans le cas qui

intéresse cette étude, deux motifs semblent principalement envisageables.

41 Le motif de nécessité à une mission d'intérêt public est adapté aux traitements massifs, notamment au sein de l'espace public. Pour l'illustrer, il suffit d'imaginer un système de vidéoprotection de la voie publique qui servirait à sanctionner plusieurs infractions environnementales comme le non-respect de la pollution sonore[36] et des normes de pollution de l'air, ce dernier cas étant de plus en plus fréquent dans le cadre des zones à faibles émissions[37] créées par la loi d'orientation des mobilités, déjà adoptées par onze métropoles et dont la loi Climat et Résilience de 2021 a étendu l'application obligatoire à toutes les métropoles de plus de 150 000 habitants dès 2024[38]. En mettant de côté le fait que de tels traitements doivent suivre des formalités supplémentaires et des obligations spécifiques, car ils ont trait à la prévention et à la détection d'infractions pénales[39], ce fondement est logique puisque le traitement est déployé sur l'espace public pour des finalités d'intérêt général et qu'il n'est heureusement pas question de récolter le consentement de toutes les personnes qui circulent dans l'espace public. L'intérêt crucial de ce motif est qu'il permet d'écarter le droit d'opposition des personnes par un texte législatif ou réglementaire sous certaines conditions de nécessité et de proportionnalité[40]. Ainsi, les personnes ne peuvent pas refuser que leurs données personnelles soient collectées et traitées, ce qui est nécessaire pour un traitement sur l'espace public.

42 À l'inverse, le second motif concerne des traitements qui se basent sur le consentement[41] des utilisateurs, lesquels sont d'une utilité plus localisée. Ce sera le cas d'une mairie ou d'une métropole qui encouragera ses habitants à télécharger une application qui leur permet un meilleur accès aux infrastructures de transport en commun, de vélos ou encore qui permet d'informer sur les places de stationnement disponibles en centre-ville. Ces applications fonctionnent donc sur le consentement à la récolte d'un certain nombre de données et, notamment, de la géolocalisation. Dans cette situation, à l'inverse, il sera très compliqué de faire passer le traitement sur la « nécessité[42] » des missions d'intérêt public puisque ce motif se situe dans une logique totalement opposée à celle du consentement. Là où le consentement suppose un choix individuel, la nécessité implique,

fondamentalement, de passer outre le choix de la personne, tout du moins de considérer que l'accord de la personne est donné par principe, quitte à ce le droit d'opposition lui soit reconnu.

43 Pour le résumer de manière un peu simpliste, si le traitement est *nécessaire*, alors il n'y a pas *besoin* du consentement, car les missions d'intérêt public justifient l'absence de choix. À l'inverse, il est illogique de se fonder sur le consentement si la mission d'intérêt public justifie de réduire cette liberté de choix. En réalité, l'appréciation de la nécessité est liée à la mission d'intérêt public et à la proportionnalité du dispositif, c'est-à-dire si les finalités poursuivies ne peuvent pas être atteintes par des moyens moins invasifs. Très souvent donc, les traitements fondés sur le consentement ont plutôt un caractère incitatif, vertueux d'un point de vue de l'environnement, mais tout à fait incitatif et donc non nécessaire à la réalisation d'une mission d'intérêt public.

44 L'ensemble de ces précisions permet de souligner que, sans que cela soit automatiquement illégal, il est excessivement difficile de concevoir un traitement licite fondé sur le motif du consentement si celui-ci a vocation à se déployer dans l'espace public. Par exemple, dans un « appel à la vigilance [43] » du 17 juin 2020, la CNIL s'est prononcée sur l'utilisation de caméras intelligentes qui mesuraient le taux de respect du port du masque [44]. Bien qu'elles ne fussent pas directement visées, il s'agissait en fait de mesures prises par la municipalité de Cannes sur l'un de ses marchés communaux et par la Régie autonome des transports parisiens à la station Châtelet-Les-Halles. À cette occasion, la CNIL a abordé notamment une fonctionnalité permettant à l'usager de « faire non de la tête » pour manifester son opposition à la collecte des données par la caméra. Sans préjuger du motif de licéité sur lequel ces traitements étaient fondés, elle a considéré que cette modalité d'opposition était non conforme au RGPD, car elle était trop contraignante pour les personnes, difficile à généraliser et tout simplement inefficace [45]. Il suffit de se représenter des hordes de passagers matinaux en train de secouer frénétiquement la tête face à une caméra pour comprendre qu'effectivement une telle implémentation n'est ni souhaitable ni satisfaisante.

45 On comprend alors *a contrario* que, si le consentement devait être donné avant l'accès au service public, une réelle problématique se

poserait. Les personnes ne souhaitant pas donner leur consentement seraient *de facto* empêchées d'emprunter les transports publics qui contribuent à la réduction de l'utilisation de la voiture et donc des émissions de gaz à effet de serre. Au demeurant, le problème se pose aussi dans le cas d'un traitement fondé sur la mission d'intérêt public si aucun texte ne prévoit d'écarter le droit d'opposition. Dans les deux hypothèses, il est matériellement impossible de scinder les transports publics en deux, entre les personnes qui acceptent que leurs données personnelles soient traitées et les autres. C'est ce qui explique que, dès lors que le contrôle du port du masque a été officialisé, le gouvernement se soit tourné vers le motif de la mission d'intérêt public et ait ainsi écarté le droit à opposition. Les traitements précités ont en effet inspiré le gouvernement qui en a généralisé l'utilisation après une saisine de la CNIL pour avis. Même si cela ne ressort pas explicitement de l'avis de la CNIL[46] et du décret, le fondement retenu semble avoir été celui des missions d'intérêt public (Netter, 2021) et sans surprise, le droit d'opposition a été expressément écarté[47].

46 Le choix des fondements est donc prédéterminé par les finalités du traitement et ses modalités pratiques. Les fondements, quant à eux, sont pensés pour constituer des garanties qui permettent, en théorie, d'éviter que des traitements attentatoires à la liberté et à l'utilité cosmétique soient déployés dans l'espace public. Néanmoins, cette protection n'est effective que si la CNIL est à même de contrôler les traitements utilisés par les autorités publiques, ce qui implique que ces dernières fassent preuve de plus de transparence. Ce n'est pourtant actuellement pas le cas.

2.1.2. La persistance d'imprécisions regrettables concernant le motif de la nécessité liée à une mission d'intérêt public

47 L'exemple de la mesure du taux de port du masque dans les transports l'atteste, il y a un risque de confusion des motifs de licéité qui peut conduire, outre à l'illégalité du traitement, à ce que les modalités de celui-ci ne permettent pas d'assurer un respect effectif du droit au respect de la vie privée. La raison décisive tient, à notre avis, au fait que le motif de la nécessité liée à une mission d'intérêt public souffre

encore de trop d'imprécisions, lesquelles laissent une marge d'appréciation trop vaste aux personnes publiques.

48 Tout d'abord, la notion de mission d'intérêt public exigée par le paragraphe 3 de l'article 6 du RGPD est difficile à appréhender[48]. Certes, la mission peut être définie par un texte de droit européen ou de droit national, étant précisé que, dans ce dernier cas, le texte peut être de nature législative ou réglementaire[49]. Cette notion semble néanmoins être interprétée très largement. Lors de ses contrôles, la CNIL fait rarement référence à un texte précis, mais se borne plutôt à vérifier si les finalités du traitement renvoient aux compétences des autorités publiques[50]. Il est donc plausible de considérer que les larges compétences reconnues par les textes aux collectivités territoriales sont suffisantes pour constituer des bases textuelles à la mission d'intérêt public, fussent-elles liées aux questions environnementales. C'est notamment le cas de l'article L. 1111-2 du Code général des collectivités territoriales qui dispose que ces dernières concourent « à l'aménagement du territoire, […] ainsi qu'à la protection de l'environnement, à la lutte contre l'effet de serre par la maîtrise et l'utilisation rationnelle de l'énergie, et à l'amélioration du cadre de vie » ou encore de l'article L. 110-2 du Code de l'environnement en ce qu'il affirme que les personnes publiques doivent « veiller à la sauvegarde et contribuer à la protection de l'environnement ». La pratique décisionnelle de la CNIL de ne pas viser de texte en particulier dans son contrôle du motif des nécessités liées à une mission d'intérêt public permet en tout cas aux personnes publiques de ne pas forcément se référer à un texte précis, mais plutôt de mettre en avant le lien du traitement avec leurs compétences lesquelles sont énoncées dans des termes si généraux qu'elles permettent, théoriquement, de concevoir un nombre considérable de traitements.

49 Quant à la question de la dérogation du droit d'opposition par un texte législatif ou réglementaire, il subsiste un doute important auquel la CNIL devrait prochainement répondre, à savoir est-ce qu'une délibération d'un conseil municipal ou métropolitain ou un arrêté du maire est une « mesure du droit de l'État » susceptible d'écarter certains droits et ici notamment le droit d'opposition au sens de l'article 23 du RGPD ? La question se pose sérieusement car, si l'article 23, § 1 du RGPD parle de « mesures législatives » du droit de l'État membre, cette expression ne s'entend pas nécessairement

au sens du règlement comme « l'adoption d'un acte législatif par un parlement[51] ». S'il ne fait pas de doute que, pour la CNIL et le Conseil d'État, les décrets peuvent écarter le droit à opposition, la question demeure pour les arrêtés ou les délibérations prises au niveau local. Le texte européen laisse ainsi une marge d'appréciation aux autorisations nationales qui a pu récemment être illustrée par une affaire jugée par le Conseil d'État dans un contentieux analogue[52], avec comme limites, d'une part, le fait que la mesure doive respecter « l'essence des libertés et droits fondamentaux et qu'elle constitue une mesure nécessaire et proportionnée dans une société démocratique[53] » et, d'autre part, le principe de sécurité juridique[54].

50 La réponse à cette question semble donc périlleuse à bien des égards, car elle est plus politique que juridique. Y répondre négativement viendrait rendre excessivement difficile le déploiement des types de traitements évoqués ici puisque l'assentiment du pouvoir central serait nécessaire pour écarter le droit d'opposition. Un certain nombre de traitements devraient donc disparaître. Y répondre positivement encouragerait les collectivités à multiplier des traitements qui visent à contrôler l'espace public et sur lesquels la CNIL tente d'appeler à la plus grande vigilance. S'il fallait néanmoins trouver un avantage, ce serait celui de révéler publiquement des traitements qui sont le plus souvent cachés à la population en raison de leur caractère politiquement sensible. Cette pratique est d'autant plus courante que le RGPD a marqué le passage d'un régime d'autorisation à une logique de contrôle *a posteriori* par une CNIL trop peu dotée financièrement (CNIL, 2022b[55]). Cela n'incite pas les personnes publiques à se pencher sur la licéité de leurs traitements ou à en informer le public. L'ouverture d'une telle possibilité présente donc également le risque de submerger la CNIL de saisines et les juridictions administratives de recours.

51 Une première réponse semble avoir été apportée par le Conseil d'État, mais uniquement à l'occasion de l'exercice de sa fonction consultative. Plusieurs municipalités dont la ville de Marseille avaient été mises en demeure de régulariser leur système de contrôle du stationnement payant, dans la mesure où le recueil de plaques minéralogiques était automatique alors que le traitement n'écartait pas le droit d'opposition. Après discussions entre les associations d'élus

locaux et le Premier ministre ainsi que le ministère chargé des transports, un projet de décret prévoyant d'autoriser les communes à écarter le droit d'opposition a été soumis à la section de l'intérieur du Conseil d'État. Dans une lettre envoyée à l'Association des maires de France et publiée en ligne, le directeur général des infrastructures, des transports et des mobilités au ministère chargé des Transports révèle que la section s'est montrée favorable à ce qu'une délibération puisse écarter le droit d'opposition (Coquil, 2023). Le ministère a, de plus, accompagné sa lettre d'une note d'éclairage juridique qui précise bien qu'un motif d'intérêt général doit être invoqué et que la délibération doit contenir les éléments exigés par l'article 23, § 2 du RGPD pour pouvoir être légale (ministère de la Transition écologique, 2023). Reste qu'il serait intéressant que cette position soit définitivement confirmée par la section du contentieux du Conseil d'État.

52 Malgré tout, qu'il soit question d'environnement ou non, le déploiement de traitements de données personnelles par les personnes publiques au nom de la *smart city* ne peut pas faire l'économie d'une réflexion sur les motifs de licéité. Il en va d'une part de l'efficacité du traitement et donc, de l'action publique, et d'autre part de la protection des personnes. Si le droit au respect de la vie privée vient évidemment à l'esprit, la spécificité des traitements déployés par les personnes publiques ou en leur nom est qu'elle touche aussi aux conditions d'accès aux services publics. Il y a là, une raison supplémentaire pour renforcer les exigences à leur égard, mais aussi une nécessité d'étudier plus en profondeur la manière avec lesquelles les finalités affichées par ces traitements sont poursuivies.

2.2. Le risque constant d'une contrariété entre l'objectif environnemental et les autres objectifs poursuivis par les traitements de données personnelles

53 Au-delà de la base légale, le droit des données personnelles est tout à fait ouvert à ce qu'un seul et même traitement de données personnelles poursuive une pluralité d'objectifs. Aucune règle juridique n'encadre néanmoins la compatibilité de ces objectifs entre eux. En conséquence, la hiérarchisation des finalités est laissée à la discrétion

du responsable du traitement. Dans le cas de l'objectif environnemental, cette absence est regrettable (2.2.1). La crainte d'une marginalisation de cet objectif est renforcée par le fait que le marché de l'innovation et les instruments contractuels à disposition des personnes publiques poussent à un croisement des finalités qui n'assure pas qu'une place de choix soit réservée aux enjeux environnementaux (2.2.2).

2.2.1. L'absence regrettable de bilan coût/avantage du bénéfice environnemental tiré de l'outil numérique

54 Une fois le palier de la licéité franchie, le responsable de traitement doit aussi réfléchir au respect d'un ensemble de principes définis à l'article 5, § 1 du RGPD. Au milieu de tous ces principes, c'est celui de minimisation qui semble particulièrement important dans le cas de la *smart city*. Ces solutions reposent en effet sur la collecte de grands volumes de données personnelles. Or, en vertu de ce principe, les données doivent être « adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées [56] ». Il n'est pas ici question de s'étendre sur le fond de ce principe, mais plutôt de remarquer que, dans le cadre de la présente étude, ce principe de minimisation des données personnelles se double d'un principe, implicite, de minimisation de l'impact environnemental de l'outil *smart city*. L'idée n'est pas de dire que le droit doit forcément prévoir ce second principe de minimisation, mais plutôt de rappeler que l'autorité administrative n'est ni obligée de tenir compte du coût environnemental de la solution, ni de le confronter aux bénéfices environnementaux qui sont attendus une fois l'outil déployé.

55 Cette liberté n'a rien d'illogique, sur le plan local elle est même tout à fait classique dans l'optique du principe de libre administration des collectivités territoriales [57] ou de la clause générale de compétence de la commune. Simplement, il existe forcément un risque qui pourrait se résumer au solutionnisme technologique ou au *greenwashing*. En somme, s'il faut minimiser la collecte des données personnelles pour éviter de tomber dans l'illégalité, il est possible de concevoir un outil de *smart city* parfaitement légal même si son impact environne-

mental est négatif. Or, il n'est pas difficile d'arriver à ce résultat. La fabrication des capteurs stimule le recours aux industries extractives qui constitue d'ailleurs l'écrasante majorité du coût environnemental du numérique (ADEME/ARCEP, 2022, p. 15-17[58]). La captation constante, le transfert des données récoltées et leur stockage dans des serveurs consomment aussi de l'énergie dans des proportions non négligeables. Pis, puisque la *smart city* ne concerne pas que des actions en faveur de l'environnement, il est impossible d'empêcher une solution qui poursuit une pluralité d'objectifs en même temps que la protection de l'environnement, mais qui produirait, à cette occasion, un effet négatif sur celui-ci. C'est, il nous semble, le cas des caméras ou des drones parlants qui permettent à un agent d'interpeller les personnes commettant toutes sortes d'incivilités. D'un point de vue strictement environnemental, il existe un risque de disproportion dans le cas d'une caméra fonctionnant plusieurs heures par jour (VHK, Viegand Maagøe, 2020, p. 151-153[59]) si elle ne conduit qu'à éviter que quelques détritus soient jetés au sol[60]. Certes, les bénéfices attendus en termes de sécurité pourraient toujours être avancés pour compenser ce surcoût environnemental, même si un récent rapport de la Cour des comptes ne relève « aucune corrélation globale […] entre l'existence de dispositifs de vidéoprotection et le niveau de la délinquance commise sur la voie publique, ou encore les taux d'élucidation » (Cour des comptes, 2020, p. 70[61]). Il n'en demeure pas moins que, d'un point de vue environnemental, l'utilité de ces dispositifs est douteuse, à moins qu'ils soient, par exemple, placés à des endroits connus pour servir de décharge sauvage[62]. Or, dans le cas des mairies qui ont ou ont eu recours à ces dispositifs[63], il n'est jamais clairement déterminé quelle place prend la motivation environnementale par rapport aux objectifs sécuritaires ou sanitaires.

56 Il n'est d'ailleurs pas question de défendre l'idée que cette forme de bilan coût/avantage environnemental doive être rendue juridiquement obligatoire. Au contraire, à la réflexion, il est très difficile, pour ne pas dire impossible, de déterminer ce bilan avec certitude. Les méthodes d'estimations scientifiques sont variées et ne prennent pas en compte les mêmes paramètres ou ne leur accordent pas la même importance. Dès lors que les dimensions sociales s'ajoutent, cette estimation devient même totalement inenvisageable, tout du moins les problématiques sont démultipliées par le simple facteur du

comportement humain. Par exemple, une application qui informe des places de parking disponibles en ville n'encourage pas forcément à prendre les transports en commun. La même réflexion s'étend au covoiturage qui peut parfois revenir financièrement moins cher que le train malgré un coût environnemental supérieur.

57 L'autre problème majeur qui se pose vis-à-vis du principe de minimisation des données personnelles, mais aussi de minimisation de l'impact environnemental réside justement dans la multiplication des finalités poursuivies par un seul et même traitement. Plus un traitement poursuit de finalités, plus il est susceptible d'avoir besoin d'un grand nombre de données, moins il est susceptible de minimiser la collecte et le traitement de ces dernières. De la même manière, plus les finalités sont nombreuses, plus leur conciliation pose problème. S'il est tout à fait compréhensible que le cadre juridique du droit des données personnelles laisse une large liberté aux personnes publiques pour prendre en charge ces problématiques qui appellent de toute façon à des réponses au cas par cas, leurs choix sont cependant orientés par d'autres facteurs.

2.2.2. Une réalité économique et un cadre juridique encourageant le croisement des finalités au détriment probable de l'objectif environnemental

58 Le croisement des finalités par une seule et même solution technologique est en pratique tout à fait courant pour une raison qui tient au caractère compétitif de ce marché, aspect renforcé par le cadre juridique qui permet de formaliser ces projets. Il est rarissime que l'outil technologique soit développé par les services des personnes publiques qui n'en ont généralement ni les moyens ni les compétences techniques. Ces solutions sont dans leur écrasante majorité vendues par des personnes privées à des personnes publiques (Picaud, 2020, p. 8[64]). Cette situation concurrentielle les incite à livrer des solutions ou des services qui peuvent aider à la réalisation d'un grand nombre de missions des personnes publiques dans une optique de mutualisation et d'économie des deniers publics, en bref, d'efficacité de l'action publique (Courmont, 2020, p. 121[65]). Mais la raison tient aussi et surtout à ce que les instruments contractuels à la

disposition des personnes publiques[66] mettent le caractère innovant des offres au centre des critères qui permettent aux sociétés privées de remporter le développement, l'expérimentation ou encore la mise en œuvre et la maintenance de la solution *smart city*. C'est notamment le cas du partenariat d'innovation et surtout du marché global de performance qui ont été tous deux créés pour permettre aux personnes publiques de favoriser les nouveaux usages de la technologie (ministère de l'Économie, 2021, p. 184-190).

59 Deux raisons principales expliquent pourquoi ces deux instruments sont adaptés. Les solutions liées à la *smart city* sont généralement coûteuses et impliquent une diversité de compétences techniques. Or, ces contrats permettent d'associer plusieurs cocontractants[67] tout en étant susceptibles de déroger au principe d'allotissement[68] qui impliquerait un fractionnement trop contraignant des marchés. Enfin, et de manière plus évidente, le caractère innovant ou les critères de performance et les possibilités laissées par le Code encouragent les candidats à proposer des solutions croisant les finalités.

60 Le partenariat d'innovation permet d'envisager conjointement une phase de recherche et de développement puis, éventuellement, une phase d'achat de la solution (Bélot, 2017, p. 19). Le Code de la commande publique (CCP) définit le caractère innovant de manière très laconique, mettant en avant « les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés[69] ». Pour pouvoir y recourir, l'acheteur doit également apporter la preuve que la solution adaptée au besoin n'est pas disponible sur le marché. Dès lors, cette forme contractuelle traduit déjà la volonté de bénéficier de nouvelles prestations, laquelle peut résider dans une poursuite efficace de plusieurs finalités par un seul et même outil. Il est tout du moins vraisemblable que ce motif puisse constituer un caractère nouveau ou sensiblement amélioré. Certes, le critère d'indisponibilité de la solution sur le marché peut dissuader les acheteurs de recourir à cet outil. Un rapport parlementaire de 2017 préconisait d'assouplir ce critère en le remplaçant par l'obligation de « prouver [que l'acheteur] a suivi la procédure lui permettant d'évaluer si des solutions existent, ce qui devrait limiter l'incertitude juridique » (*ibid.*, p. 70). Une simple recherche sur le bulletin officiel des annonces des marchés publics démontre effectivement que cet outil est encore utilisé de manière

extrêmement marginale. Cette solution a pourtant été privilégiée dans certains cas, comme dans celui du syndicat départemental d'énergie Morbihan Énergies, qui y a eu recours pour son projet de *smart territories* lancé en 2019.

61 Le marché global de performance est, pour sa part, beaucoup plus populaire. Il « associe l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations [70] ». Sa spécificité réside dans l'imposition d'« un ou plusieurs critères relatifs aux objectifs de performance définis en fonction de l'objet du marché [71] » en plus du critère du coût global. Il a d'ailleurs été avant tout pensé pour des innovations en faveur de l'environnement puisque les objectifs mesurés « sont définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique [72] ». Il s'agit là d'une option sans doute plus confortable puisqu'elle n'implique pas le risque relatif au caractère indisponible de la solution sur le marché. La possibilité d'imposer des critères de performance est évidemment essentielle, notamment si le critère environnemental est prédominant. Il s'agit de l'outil privilégié des grands projets *smart city* comme celui de la métropole de Dijon, qui est réalisé avec des sociétés telles que Capgemini, Suez ou encore des sociétés du groupe Bouygues et du groupe EDF.

62 Il faut enfin noter que ces deux outils permettent aisément de bénéficier d'une procédure avec négociation ou d'une procédure de dialogue compétitif [73], que ce soit en raison du caractère innovant de la solution [74] ou du fait que le marché global portera sur des prestations de conception [75]. Il en résulte un dialogue construit avec les cocontractants potentiels qui ne manqueront pas de mettre en avant les applications multiples de leurs solutions pour se démarquer de leurs concurrents. Conjuguées à la souplesse du contrôle juridictionnel sur la phase de définition des besoins [76], ces procédures assurent aux candidats et aux pouvoirs adjudicateurs un cadre suffisamment libre. Au demeurant, les acheteurs ont également régulièrement recours à la technique de l'accord-cadre pour surpasser cette exigence, comme ce fut le cas dans le projet Morbihan Énergies. S'il est toujours possible pour la personne publique de choisir une stricte définition de ses besoins qui fermerait la porte au croisement des finalités, ce n'est pas la philosophie adoptée par certaines collecti-

vités, lesquelles encouragent plutôt à un véritable concours Lépine des innovations technologiques (Bélot, 1017, p. 43 [77]).

63 En somme, le droit de la commande publique, mais aussi le contexte économique poussent au croisement de finalités qui ne sont pas hiérarchisées en droit. Il en résulte le risque d'une forme de solutionnisme technologique incité tant par les outils contractuels que par la situation financière des collectivités, malgré l'émergence de règles [78] et de solutions [79] censées limiter le coût environnemental du numérique dans l'achat public. À nouveau, le but n'est pas ici de regretter la liberté nécessairement large laissée aux personnes publiques, mais plutôt de noter que la protection de l'environnement peut en pâtir.

64 Il semble donc que la *smart city* ne promette pas de faire mieux pour l'environnement, mais qu'elle tente de faire différemment, c'est-à-dire de contenir le caractère énergivore ou néfaste pour l'environnement des innovations technologiques. Elle ne renonce pour autant pas à ces dernières. Une chose est sûre, elle doit surtout éviter de faire pire. Mais, sur ce dernier point, le droit n'intervient pas. Cet angle mort juridique est donc compréhensible, mais il est aussi révélateur du constat que le cadre juridique du droit des données personnelles se fonde sur l'idée que le développement économique n'est pas contradictoire avec la protection de l'environnement. Ce constat n'est sans doute pas surprenant, mais il est nécessaire de le questionner, au moins sur l'absence de conciliation entre la finalité environnementale et les autres finalités. La lutte contre le réchauffement climatique et en faveur de l'environnement passe sans aucun doute par une hiérarchisation des finalités de l'action publique. Or, en droit des données personnelles, cette hiérarchisation ne repose aujourd'hui que sur la bonne volonté des personnes publiques et elle apparaît orientée par les solutions qu'offre le droit de la commande publique vers une forme de centralisation des buts poursuivis par un seul et même outil, en dépit des risques de contrariété entre ces objectifs.

Conclusion

65 L'étude du cadre juridique qui régit les outils de la *smart city* développés dans une perspective environnementale permet de rationaliser l'apport du modèle. La conciliation entre la protection des données personnelles et la plus-value réelle des outils invite à en

réduire considérablement les usages. À l'inverse, les données non personnelles devraient être priorisées mais, si elles sont pourvoyeuses de solutions intéressantes, il serait naïf de croire qu'elles joueront un rôle primordial pour régler la crise climatique. La conclusion de cette étude pourrait alors être décevante mais, en réalité, ce cadre paraît tout à fait conforme aux objectifs de la politique environnementale française. Derrière la *smart city* et tous les autres cas d'usage du numérique en faveur de l'environnement évoqués dans notre contribution, il y a un idéal de croissance économique et le cadre juridique se révèle tout à fait réceptif à cette idée, en ce qu'il permet de la favoriser sans trop d'encombres. Est-ce toujours vrai à l'heure où, ayant manifestement lu Pierre Charbonnier (2020), le président de la République ne parle plus de *start-up nation* [80] mais de « fin de l'abondance » ? Seul l'avenir le dira.

BIBLIOGRAPHIE

Les adresses citées dans cette bibliographie ont été consultés le 16 février 2024.

ADEME/ARCEP, 2022, *Évaluation de l'impact environnemental du numérique en France et analyse prospective. Évaluation environnementale des équipements et infrastructures numériques en France Synthèse du 2e volet de l'étude*, [https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/etude-numerique-environnement-ademe-arcep-volet02-synthese_janv2022.pdf]

Auby J.-B., 2018, « Algorithmes et *smart cities* : données juridiques, *Revue générale du droit on line*, contribution au colloque *Les algorithmes publics* des 12 et 13 avril 2018 à l'Université de Lorraine (Metz), n° 29878

Autorité de la concurrence, 2016, *Droit de la concurrence et données*, rapport

Beatrix O., 2018, « *Open data* et secteur de l'énergie : le début de l'histoire », RFDA, n° 1, p. 49

Bélot L. (dir.), 2017, *De la* smart city *au territoire d'intelligence[s]*, rapport au Premier ministre sur l'avenir des *smarts cities*

Bensamoun A., Groffe J., 2013, « Création numérique », *Répertoire de droit civil*, Paris, Dalloz, p. 34-45

Bourgoin L., 2019, « Troyes *smart city* », *Press' Troyes*, n° 288, p. 14-21, [https://fr.calameo.com/read/00003027726c8d1dadccd]

Brenet F., 2022, « Villes intelligentes et commande publique : vers de nouvelles formes de contrats ? », *Droit et ville*, n° 93, p. 237-255

Brousseau E., 2022, « Organiser la valorisation de l'or noir du xxie siècle »,

Annales des Mines. Enjeux numériques, n° 18, p. 15-23

Buckman A. H., Mayfield M., Beck S. B., 2014, « What is a smart building? », *Smart and Sustainable Built Environment*, vol. 3, n° 2, p. 92-109

Caisse des dépôts, 2016, « *Smart city* versus *stupid village* ? », [https://www.banquedesterritoires.fr/sites/default/files/2019-02/Guide%20Smart%20city%20versus%20stupid%20village.pdf]

CEPD, 2020, « Letter concerning the European Commission's draft guidance on apps supporting the fight against the covid-19 pandemic », [https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpbletterecadvisecodiv-appguidance_final.pdf]

Charbonnier P., 2020, *Abondance et liberté. Une histoire environnementale des idées politiques*, Paris, La Découverte

Choné F., 2017, « L'énergéticien du xxie siècle : le numérique au service du consommateur et de la transition énergétique », *Annales des Mines. Responsabilité et environnement*, n° 87, p. 43-44

Ciriani S., 2015, « The economic impact of the European reform of data protection », *Communications & Strategies*, n° 97, p. 41-58

CNIL, 2022a, « Caméras dites "intelligentes" ou "augmentées" dans les espaces publics », [https://www.cnil.fr/sites/cnil/files/atoms/files/cameras-intelligentes-augmentees_position_cnil.pdf]

CNIL, 2022b, « Plan stratégique 2022-2024. Être à vos côtés pour construire une société numérique de confiance », [https://www.cnil.fr/sites/cnil/files/atoms/files/cnil_plan_strategique_2022-24.pdf]

CNIL, 2019, « Expérimentation de la reconnaissance faciale dans deux lycées : la CNIL précise sa position », communiqué de presse du 29 octobre 2019, [https://www.cnil.fr/fr/experimentation-de-la-reconnaissance-faciale-dans-deux-lycees-la-cnil-precise-sa-position]

CNIL, 2014, « Pack de conformité sur les compteurs communicants », [https://www.cnil.fr/sites/cnil/files/typo/document/Pack_de_Conformite_COMPTEURS_COMMUNICANTS.pdf]

Côme T., Magne S., Steyer A., 2018, « Être ou ne pas être une *smart city* : une étude empirique des innovations valorisées sur le site Web des villes », *Gestion et management public*, vol. 7, n° 2, p. 73-101

Commissariat général au développement durable, 2020, « L'empreinte carbone des Français reste stable », [https://www.statistiques.developpement-durable.gouv.fr/media/3537/download?inline]

Coquil T., 2023, « Lettre à l'attention de la présidente de France urbaine, du président de l'Association des maires de France, du président d'Intercommunalités de France et du président du Groupement des autorités responsables de transport », 13 janvier 2023, [https://medias.amf.asso.fr/docs/DOCUMENTS/c03e73062603a64cda1116cc559e64d2.pdf]

Cour des comptes, 2020, *Les polices municipales*, rapport public thématique

Courmont A., 2020, « Où est passée la *smart city* ? Firmes de l'économie numérique et gouvernement urbain »,

dans I. Laudier, L. Renou (dir.), *Prospective et co-construction des territoires au* xxi*e siècle*, Paris, Hermann, p. 119-131

Courmont A., Vincent M., 2020, « *Smart cities* : des politiques numériques faiblement politisées », *Metropolitiques.eu*, [https://metropolitiques.eu/Smart-Cities-des-politiques-numeriques-faiblement-politisees.html]

CRE (Commission de régulation de l'énergie), 2017 *Rapport du comité d'études relatif aux données dont disposent les gestionnaires de réseaux et d'infrastructures d'énergie*, rapport

Denolle A.-S., 2022, « La *smart city* à l'heure du réchauffement climatique : un modèle fantasmé », *Droit et ville*, n° 93, p. 203-217

Dijon Métropole, 2019 « Dijon métropole met en service un projet inédit de *smart city* en France », dossier de presse du 11 avril 2019

Fabrégat S., 2018 « Trois solutions pour optimiser la production photovoltaïque », *Actu Environnement*, 25 juillet 2018, [https://www.actu-environnement.com/ae/news/solutions-optimiser-production-photovoltaique-reduire-prix-31746.php4]

Flament M., Pegouret C., 2020, *Stratégies collectives en intelligence artificielle appliquée à l'énergie*, mémoire de fin d'étude, EMLyon Business School, [https://extranet.thinksmartgrids.fr/?get_group_doc=9/1601387643-PFEFLAMENTPEGOURET-StratgiescollectivesenIntelligenceArtificielleappliquelnergie.pdf]

Fourmon A., 2021, « Performance énergétique des bâtiments », *JurisClasseur Environnement et développement durable*, Paris, LexisNexis, fasc. 4440

Fourmon A., 2018, « Ouverture des données énergétiques et *big data* », *Énergie, Environnement, Infrastructures*, n° 4, comm. 22

Groupe RATP, 2020, *Rapport d'activité et de développement durable* 2019, [https://www.ratp.fr/sites/default/files/inline-files/RATP-RADD-2020-FR_01.pdf]

Hidalgo A., 2015, « Communication de la maire de Paris sur le plan stratégique Paris intelligent et durable. Perspective 2020 et au-delà », 26 mai 2015, [https://cdn.paris.fr/paris/2022/06/15/bb1b8ecacbf238edb6fea3bbe57fb1dc.pdf]

Hillerstörm H., Troborg U., 2010, *Customized LCA for network cameras*, KTH Industrial Engineering and Management, thèse

IEA (International Energy Agency), 2021, *Net zero by 2050: A roadmap for the global energy sector*, rapport, [https://www.iea.org/reports/net-zero-by-2050]

Jasanoff (https://www.amazon.fr/Sheila-Jasanoff/e/B00BIKCYCI/ref=dp_byline_cont_book_1) J., Kim (https://www.amazon.fr/Sang-Hyun-Kim/e/B07KTDLMP5/ref=dp_byline_cont_book_2) S. H. (dir.), 2015, *Dreamscapes of modernity: Sociotechnical imaginaries and the fabrication of power*, Chicago, University of Chicago Press

Keller J., 2022, « Le *Data Act* : de nouvelles règles de partage des données », *Dalloz Actualité*, [https://www.dalloz-actualite.fr/flash/data-act-de-nouvelles-regles-de-partage-des-données]

Hervet B., 2020, « Les villes intelligentes sont mieux armées pour gérer les

crises », LinkedIn, 17 avril 2020

Lambot G., 2015, « Quand le juge administratif fait échec au droit de réutilisation des informations publiques. CAA de Bordeaux, 26 février 2015, n° 13BX00856, Société Notre famille.com : JurisData n° 2015-006245 », *La semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, n° 30-34, 2239

Lavrijssen S., Espinosa Apráez B., Ten Caten T., 2022, « The legal complexities of processing and protecting personal data in the electricity sector », *Energies*, vol. 15, n° 3, 1088

Les Échos, 2019, « Transition énergétique : la donnée, clé du succès ? », [https://www.lesechos.fr/partenaires/enedis-la-transition-connecte/transition-energetique-la-donnee-cle-du-succes-1131172]

Ministère de l'Économie, 2021, « Les cas d'usage des territoires intelligents », dans *De la* smart city *à la réalité des territoires connectés. L'émergence d'un modèle français*, rapport, Data Publica/KPMG, p. 50-68, [https://www.entreprises.gouv.fr/files/files/en-pratique/etudes-et-statistiques/dossiers-de-la-DGE/rapport_de_la_smart_city_a_la_realite_des_territoires_connectes.pdf]

Ministère de la Transition écologique, 2023, *Note d'éclairage juridique relative à la possibilité pour une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités compétentes d'écarter le droit d'opposition à la collection du numéro d'immatriculation des véhicules dans le cadre du stationnement payant sur la voie publique*, [https://medias.amf.asso.fr/docs/DOCUMENTS/55812066b5f133fe2d06a53d40ce73db.pdf]

Netter E., 2021, « "Vidéo intelligente" et port du masque dans les transports : la nécessité du malentendu », *Dalloz IP/IT : droit de la propriété intellectuelle et du numérique*, n° 7-8, p. 415

Paroutis S., Bennett M., Heracleous L., 2014, « A strategic view on smart city technology: The case of IBM smarter cities during a recession », *Technological Forecasting and Social Change*, vol. 89, p. 262-272

Pécresse V., 2017, « De la *smart city* à la région intelligente », *Les cahiers de l'Institut d'aménagement et d'urbanisme de la Région Île-de-France*, n° 174, p. 3

Picaud M., 2020 « Les *smart cities* : un gouvernement par la performance à l'échelle locale ? Analyse de la construction d'un marché de dispositifs numériques pour l'espace urbain en France », *Working Paper* n° 5, Sciences Po Cities and Digital Technology Chair [www.sciencespo.fr/ecole-urbaine/sites/sciencespo.fr.ecole-urbaine/files/2020_05%20-%20Picaud%20(1).pdf]

Pirson T., Bol D., 2021, « Assessing the embodied carbon footprint of IoT edge devices with a bottom-up life-cycle approach », *Journal of Cleaner Production*, vol. 322

Plessix B., 2022, *Droit administratif général*, 3e éd., Paris, LexisNexis

Stein A. L., 2020, « Artificial intelligence and climate change », *Yale Journal on Regulation*, vol. 37, p. 890-939

Ubaud-Bergeon M., 2019, *Droit des contrats administratifs*, 3e éd., Paris, LexisNexis

VHK/Viegand Maagøe, 2020, *ICT Impact Study. Final report*, Commission européenne, [https://susproc.jrc.ec.europa.eu/product-bureau/sites/default/files/2020-11/IA_report-ICT_study_final_2020_(CIRCABC).pdf]

Vincent M., 2020, « Faire la *smart city* dans une ville moyenne française : de la numérisation des services publics à l'attractivité territoriale, les trajectoires entrepreneuriales de Béthune et Nevers », *Working Paper*, n° 3, SciencesPo Paris, chaire « Villes et Numérique »

NOTES

1 Règlement (UE) 2018/1807 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 établissant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne.

2 Directive (UE) 2019/1024 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public.

3 Commission européenne, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur des règles harmonisées relatives à l'accès équitable aux données et à leur utilisation équitable* (Data Act), COM(2022) 68 final, 23 février 2022.

4 Commission européenne, *Proposition de règlement sur la gouvernance européenne des données* (Data Governance Act), COM(2020) 767 final, 25 novembre 2020.

5 Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, JORF n° 0235, 8 octobre 2016, texte n° 1.

6 Les cinq principes généraux du RGPD présentés dans les développements figurent à l'article 5.

7 RGPD, art. 25.

8 Délibération de la CNIL n° 2012-404 du 15 novembre 2012 portant recommandation relative au traitement des données de consommation détaillées collectées par les compteurs communicants.

9 *Ibid.*

10 Loi n° 2016-1321, précit., texte n° 1.

11 Commission européenne, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur des règles harmonisées relatives à l'accès équitable aux données et à leur utilisation équitable* (Data Act), précit.

12 *Data Act*, art. 3.

13 *Ibid.*, art. 5.

14 *Ibid.*, art. 14 et s.

15 Commission européenne, *Proposition de règlement sur la gouvernance européenne des données (Data Governance Act)*, précit.

16 Conseil de l'Union européenne, « Le Conseil approuve l'acte sur la gouvernance des données », communiqué de presse du 16 mai 2022.

17 C. énergie, art. L. 111-72 pour le gestionnaire du réseau de transport d'électricité et art. L. 111-73 pour les gestionnaires des réseaux de distribution d'électricité.

18 C. énergie, art. R. 111-26.

19 CPI, art. L. 112-3.

20 Sur l'étendue de la protection, voir CPI, art. L. 342-1 à L. 342-6. Sur la notion d'investissement substantiel, et not. son interprétation jurisprudentielle par la Cour de justice des communautés européennes, voir Cour de justice de l'Union européenne, 9 novembre 2004 (quatre arrêts), *The British Horseracing Board Ltd c/ W. Hill Organization Ltd*, aff. C-203/02, *Fixtures Marketing Ltd c/ Oy Veikkaus Ltd*, aff. C-46/02, *Fixtures Marketing Ltd c/ Svenska Spel AB*, aff. C-338/02, *Fixtures Marketing Ltd c/ OPAP*, aff. C-444/02, obs. F. Pollaud-Dulian, *RTD Com.*, 2005, p. 90.

21 Voir not. CAA de Bordeaux, 26 février 2015, n° 13BX00856, Société Notre famille.com : JurisData n° 2015-006245 (Lambot, 2015).

22 Loi n° 2016-1321, précit., texte n° 1.

23 « La *smart city* repose sur un discours générique standardisé qui promeut une vision commune à l'ensemble des industriels IT de ce qu'est la ville numérique. Ce discours véhicule un "imaginaire socio-technique" (Jasanoff, Kim, 2015), construit par des entreprises de l'économie numérique, notamment IBM et Cisco, afin d'enrôler des acteurs urbains et gagner de nouveaux marchés. »

24 Plus largement pour une étude sur la communication institutionnelle des communes, laquelle évoque notamment le rôle des discours d'élus, voir Côme, Magne, Steyer (2018). Cet argument a par exemple été largement

mobilisé en Île-de-France, par Anne Hidalgo à la mairie (Hidalgo, 2015) et par Valérie Pécresse à la Région (Pécresse, 2017).

25 Il n'existe pas de cartographie publique complète sur le phénomène. Néanmoins, les cartes du Cerema mentionnent une partie des initiatives en matière de *smart city* des métropoles de plus de 250 000 habitants. Voir en ce sens (https://smart-city.cerema.fr/]. Il ne faut néanmoins pas en déduire que le phénomène se limite aux grandes villes. Des rapports incitent les collectivités de taille modeste à penser une telle politique et quelques études empiriques analysent ce mouvement, voir : Vincent, 2020 ; Caisse des dépôts, 2016.

26 Voir le dossier « Troyes *smart city* » dans le magazine municipal *Press'Troyes* (Bourgoin, 2019).

27 Voir surtout le jugement du TA de Marseille qui annule la convention formalisant l'expérimentation : TA de Marseille, 27 février 2020, *La Quadrature du net et autres*, n° 1901249.

28 « [Les *smarts cities*] correspondent bien à un vocabulaire international qui désigne toute une série d'évolutions actuelles dans le fonctionnement concret des villes qui rayonnent autour du numérique et de ce que celui-ci apporte à l'amélioration de ce fonctionnement » (Auby, 2018).

29 « L'Union internationale des télécommunications, qui est l'agence des Nations unies spécialisée dans les technologies de l'information et de la communication, a pris le soin en 2015 de définir la *smart city* comme une ville faisant usage des technologies de l'information et de la communication TIC, afin d'"améliorer la qualité de vie, l'efficacité de l'exploitation et des services urbains, et la compétitivité" tout en prenant en considération les besoins des générations présentes et futures en ce qui concerne les aspects économiques, sociaux et environnementaux » (Denolle, 2022, p. 203).

30 Repris à l'article 5 de la loi Informatique et Libertés.

31 RGPD, art. 6, § 1, sous e).

32 Le motif contractuel (art. 6, § 1, sous b) peut lui aussi être tout à fait adapté. Néanmoins, il sera volontairement laissé de côté dans la mesure où son esprit n'est pas fondamentalement différent de celui du consentement, bien qu'il présente certains aspects techniques particuliers.

33 Pour plus de développements, notamment historiques, voir Plessix (2022, p. 645-647).

34 Cons. État, Sect., 26 janvier 1973, *Ville de Paris c/ Driancourt*, n° 84768, *Lebon*, p. 78.

35 Par exemple pour une récente décision de sanction : CNIL (Formation restreinte), délibération SAN-2022-019 du 17 octobre 2022, *Société Clearview AI*, § 101 : « La formation restreinte rappelle, ensuite, l'extrême gravité du manquement à l'article 6 du RGPD. En effet, la société met en œuvre ce traitement en toute illicéité puisqu'elle ne dispose d'aucun fondement juridique à cette fin : ni intérêt légitime du responsable de traitement, ni consentement des intéressés. » Il convient néanmoins de préciser que, dans le cas où les traitements sont mis en place pour le compte de l'État ou qu'il s'agit de traitements mis en œuvre à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, le responsable du traitement n'encourt aucune sanction pécuniaire. Voir, en ce sens, art. 20, III de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

36 Il s'agit d'une infraction réprimée par l'article R. 318-3 du Code de la route. Concernant le niveau de décibels admis selon le type de véhicule, voir l'arrêté du 13 avril 1972 relatif au bruit des véhicules automobiles.

37 Art. L. 2213-4-1 du Code général des collectivités territoriales créé par l'article 86 de la loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 dite loi d'orientation des mobilités et modifié par l'article 119 de la loi n° 2021-11401 du 22 août 2021 dite loi Climat et Résilience et décret n° 2022-99 du 1er février 2022 relatif aux conditions de l'instauration d'une zone à faibles émissions mobilité.

38 Art. L. 2213-4-1, al. 3 du Code général des collectivités territoriales tel que modifié par l'article 119 de la loi n° 2021-11401 du 22 août 2021 dite loi Climat et Résilience. Il convient néanmoins de noter qu'un récent décret énonce des dérogations, assez restreintes, à l'obligation de mise en place des zones à faibles émissions mobilités : décret n° 2022-1641 du 23 décembre 2022 relatif aux conditions de l'instauration d'une zone à faibles émissions mobilité dans les agglomérations de plus de 150 000 habitants situées sur le territoire métropolitain.

39 Directive (UE) 2016/680 du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière

ou d'exécution de sanctions pénales, transposée aux articles 87 à 114 de la loi informatique et libertés.

40 RGPD, art. 23, § 1, spéc. sous c) et d).

41 Entendu, au sens de l'article 4, § 11 du RGPD comme : « Toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement. »

42 La nécessité renvoie à l'idée que le traitement doit constituer un moyen approprié et le moins attentatoire possible au droit à la protection des données personnelles, pour permettre la réalisation de la mission d'intérêt public. Dans une affaire à laquelle la Cour de justice se réfère régulièrement (CJUE, Gde ch., 22 juin 2021, *Latvijas Republikas Saeima*, aff. C-439/19), elle vérifie « en particulier si, eu égard à la gravité de l'ingérence dans les droits fondamentaux au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel […], celle-ci apparaît justifiée, et notamment proportionnée, aux fins de la réalisation des objectifs poursuivis » (pt. 106). Elle vérifie aussi que le traitement répond à « l'objectif d'intérêt général [poursuivi à travers la mission d'intérêt public], sans aller au-delà de ce qui est nécessaire pour réaliser cet objectif » (pt. 109). Pour mener ce contrôle à bien, la Cour de justice s'appuie aussi sur le considérant 39 du RGPD qu'elle synthétise : « Cette exigence de nécessité n'est pas remplie lorsque l'objectif d'intérêt général visé peut raisonnablement être atteint de manière aussi efficace par d'autres moyens moins attentatoires aux droits fondamentaux des personnes concernées, en particulier aux droits au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel garantis aux articles 7 et 8 de la Charte, les dérogations et les restrictions au principe de la protection de telles données devant s'opérer dans les limites du strict nécessaire » (pt. 110).

43 Cet acte peut s'assimiler plus largement aux mises en garde, pratique tout à fait courante des autorités administratives indépendantes dans le cadre de leur pouvoir d'autosaisine par laquelle elles attirent l'attention sur une problématique spécifique relevant de leurs compétences.

44 Il semble que le traitement ne servait qu'à mesurer le taux du port de masque et à déclencher des messages audio ou une intervention à titre purement préventif si celui-ci était trop bas. Il n'était donc pas question de sanctionner les individus.

45 Cette position a été réaffirmée dans une position sur le déploiement des vidéos intelligentes prises après consultation publique : « Les conditions d'exercice du droit d'opposition apparaissent, la plupart du temps, difficilement acceptables en pratique, indépendamment de leur effectivité, comme par exemple exprimer son opposition par un mouvement corporel significatif, le placement dans un espace dédié ou un marquage au sol, le fait de porter un vêtement, emprunter des parcours alternatifs, etc. De telles modalités font souvent peser une contrainte trop lourde, voire irréaliste, dans la vie quotidienne » (CNIL, 2022a, p. 14).

46 CNIL, Délibération n° 2020-136 du 17 décembre 2020 portant avis sur un projet de décret relatif au recours à la vidéo intelligente pour mesurer le taux de port de masque dans les transports.

47 Art. premier, II du décret n° 2021-269 du 10 mars 2021 relatif au recours à la vidéo intelligente pour mesurer le taux de port de masque dans les transports : « En application du paragraphe 1 de l'article 23 du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 susvisé, les droits d'accès, de rectification, d'opposition ainsi que les droits à l'effacement et à la limitation […] ne s'appliquent pas à ce traitement. »

48 En réaction à des recommandations de la Commission européenne, le Comité européen de la protection des données a ainsi pu considérer que la licéité des applications de *contact tracing* proposées par les personnes publiques pendant la crise de Covid-19 ne relevait pas « nécessairement » du consentement, mais qu'il était plus pertinent qu'elles relèvent de la mission d'intérêt public, malgré le fait que leur fonctionnement reposait uniquement sur une base volontaire (CEPD, 2020). Tout porte à croire, néanmoins, qu'il s'agit là d'un cas assez particulier car ce rattachement à la mission d'intérêt public s'explique, d'une part, par la nature sensible des données collectées et, d'autre part, par la dimension plus protectrice qu'offre la mission d'intérêt public d'un point de vue de la sécurité juridique et des droits fondamentaux, eu égard au fait qu'elle comporte obligatoirement une base légale en droit interne, contrairement au consentement.

49 Même si cela n'est pas développé dans la présente étude, cette indifférence à la nature législative ou réglementaire doit être questionnée au regard du domaine de la loi dans la mesure où certains traitements semblent pouvoir se rattacher aux garanties fondamentales pour l'exercice de libertés publiques. Voir, en ce sens, CNIL (2022a, p. 16).

50 Par ex., dans le cadre d'un avis rendu sur un projet de décret qui élargit le champ des données récoltées par le traitement automatisé relatif au recensement des enfants soumis à l'obligation scolaire et par l'amélioration du suivi de l'assiduité, la CNIL se borne à constater « que ce traitement n'est pas obligatoire, mais constitue une faculté pour le maire et relève dès lors de l'exécution d'une mission d'intérêt public au sens du e) du 1. de l'article 6 du RGPD ». Voir CNIL, Délibération n° 2021-135 du 18 novembre 2021 portant avis sur un projet de décret en Conseil d'État modifiant les articles R. 131-3, R. 131-4 et R. 131-10-2 du Code de l'éducation. Cela ressort encore plus explicitement d'une autre délibération concernant des traitements à des fins d'études : « Les traitements mis en œuvre par la FNORS et l'OR2S s'inscriront dans le cadre de l'exécution des missions d'intérêt public dont ils sont investis. Ces traitements sont, à ce titre, licites au regard de l'article 6.1.e du RGPD. »

51 Pt. 41 des considérations introductives au règlement.

52 En ce sens : Cons. État, 23 novembre 2022, *Association InterHop*, n° 456162, not. cons. 7 à 9. Il était ici question de transfert de données de santé à l'étranger autorisées dans le cadre du nouveau système national des données de santé, notamment au regard des conséquences de l'arrêt *Schrems II* ayant conduit à l'annulation de la décision d'adéquation de la Commission européenne autorisant le transfert de données personnelles entre l'Union européenne et les États-Unis (dite *Privacy shield*). Le Conseil d'État applique notamment l'article 49, § 1, sous d) du RGPD qui autorise les transferts de données vers des États tiers ou des organisations internationales malgré l'absence de décision d'adéquation si « le transfert est nécessaire pour des motifs importants d'intérêt public ». Il en conclut que le décret, en se bornant à renvoyer aux dispositions législatives qui autorisent un « accès ponctuel » qui n'a vocation à jouer que lorsqu'un « motif d'intérêt public » est invoqué, est conforme au RGPD.

53 RGPD, art. 23, § 1.

54 *Ibid.* : « Cependant, cette base juridique ou cette mesure législative devrait être claire et précise et son application devrait être prévisible pour les justiciables, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. »

55 Certes, les dotations de personnels de la CNIL ont augmenté de 25 % entre 2019 et 2022, mais la présidente de l'autorité pointe elle-même dans son plan stratégique 2022-2024 que : « Malgré tout, répondre à toutes les

sollicitations et besoins en très forte croissance sur le terrain restent un défi quotidien pour l'institution, qui doit rester un régulateur efficace, pragmatique et moderne » (2022b).

56 RGPD, art. 5, § 1, sous c).

57 Constitution, art. 72, al. 3.

58 L'étude affirme que le cycle de fabrication des objets numériques représente la large majorité de l'impact environnemental du numérique (calculé sur la base de l'émission de CO_2). Ainsi, la fabrication et l'utilisation des terminaux numériques (écrans, ordinateurs, caméras) représentent entre 63,6 et 92 % des émissions de CO_2 liées au secteur du numérique (bien loin devant le fonctionnement des *data centers* et des réseaux).

59 L'étude, commandée par la Commission européenne, propose un calcul puis une projection, de la consommation énergétique des caméras vidéo en Europe. Le stockage et la captation sont estimés à 6,53 TWh (térawatts-heure) en 2020 et 8,61 Twh en 2025. La consommation des caméras reste très difficile à estimer car les technologies utilisées varient et peu d'études spécifiquement dédiées aux caméras de surveillance existent. La plupart y font référence *via* la catégorie beaucoup plus large d'Internet des objets, au point que certains objets dans cette catégorie seront parfois jusqu'à 150 fois plus coûteux en CO_2 que d'autres lors d'une analyse sur le cycle de vie (Pirson, Bol, 2021). Une étude de 2010 se focalisant sur une caméra réseau commercialisée par la société Axis Communications, qui se revendique comme la plus attachée à limiter la consommation d'énergie, estime que, durant son cycle de vie, la caméra de surveillance étudiée consomme 662 kg de CO_2 (dont 610 kg pour la seule utilisation). Voir Hillerstörm, Troborg (2010, p. 32). À titre de comparaison, en 2018, on estimait que chaque Français émettait 11 tonnes de CO_2, tandis que la trajectoire des Accords de Paris voudrait que cette émission soit réduite à 2,1 tonnes de CO_2 (Commissariat général au développement durable, 2020).

60 En 2021, le maire de la ville de Lunel a ainsi diffusé *via* un Tweet une vidéo de promotion des caméras parlantes vantant leur rôle en faveur de la propreté, sans préciser si ces caméras seraient utilisées à d'autres fins.

61 Ce constat doit néanmoins être nuancé, car le rapport déplore l'absence d'études suffisamment sérieuses et systématiques sur cette question.

62 Au demeurant, il s'agit déjà d'un motif qui peut justifier le recours à des dispositifs de vidéoprotection sur l'espace public. Il faut néanmoins préciser que l'ajout d'une fonctionnalité parlante constitue une solution qui n'est pas

envisagée par le Code de la sécurité intérieure et il peut donc s'agir d'un traitement de données personnelles distinct. En ce sens, voir CNIL (2022a, p. 11).

63 Ces révélations ont la plupart du temps lieu par voie de presse et, malgré nos recherches et sollicitations des mairies, aucun acte ne formalisant l'un de ces traitements n'a pu être trouvé. Il est possible de citer, pêle-mêle, les communes d'Hyères (2019), de Mandelieu-la-Napoule (2016), de Lunel (2021) ou de Toulouse (2018).

64 « Au-delà de la question urbaine et du recours croissant aux nouvelles technologies, la fin des années 2000 connaît aussi une récession économique. Celle-ci a favorisé le repositionnement d'entreprises en difficulté, telles que Cisco ou IBM, sur ce marché. Elles tentent de revendre leur offre, initialement destinée aux grandes entreprises, à des gouvernements locaux (Paroutis, Bennett, Heracleous, 2014). »

65 « Fournisseurs historiques des administrations publiques et privées, IBM et Cisco sont des protagonistes majeurs de la promotion de ce modèle de la *smart city* auprès des villes. Confrontées à la récession économique de 2008, ces firmes IT se sont tournées vers le secteur public en lui promettant des gains d'optimisation par l'usage des nouvelles technologies d'analyse de données. » Les entreprises l'ont aussi bien compris. Voir en ce sens le post publié par Bruno Hervet, P-DG de Suez, sur son compte LinkedIn dans lequel il défend le poste centralisé OnDijon en ces termes : « La mutualisation de plusieurs postes de contrôle en un seul offre une plus grande transversalité des services. Cet outil permet donc de moderniser et d'améliorer l'efficacité de l'action publique grâce à une meilleure coordination, anticipation, connaissance du territoire et rapidité de réaction » (Hervet, 2020).

66 Pour une étude plus large sur les outils contractuels, voir Brenet (2022).

67 CCP, art. R. 2172-30 : « L'acheteur peut décider de mettre en place un partenariat d'innovation avec un ou plusieurs opérateurs économiques qui exécutent les prestations de manière séparée dans le cadre de contrats individuels. »

68 Dans le cas du marché global de performance, cette dérogation est affirmée par l'article L. 2171-1 du CCP. En ce sens : Cons. État, 8 avril 2019, n° 426096 et n° 426914, *Société Orange et Région Réunion*, comm. H. Hoepffner, *Contrats et marchés publics*, n° 6, juin 2019, comm. 188. Dans le cas du partenariat d'innovation, si le principe d'allotissement est conservé, ses conditions de mise en œuvre, notamment celle tenant au fait que la

solution ne soit pas déjà disponible sur le marché, semblent pouvoir justifier d'une dérogation par rapport à l'objet du marché au sens de l'article L. 2113-10 du CCP ou une difficulté technique ou financière au sens de l'article L. 2113-11 du même code, étant noté qu'en toutes hypothèses, ce refus d'allotissement doit être motivé par le pouvoir adjudicateur.

69 CCP, art. L. 2172-3.

70 *Ibid.*

71 CCP, art. R. 2171-3 : « Un ou plusieurs critères relatifs aux objectifs de performance définis en fonction de l'objet du marché. »

72 CCP, art. L. 2171-3.

73 Pour les pouvoirs adjudicateurs, les conditions pour bénéficier d'une procédure de dialogue compétitif sont calquées sur celles qui permettent de recourir à une procédure avec négociation : CCP, art. R. 2124-5 : « Le pouvoir adjudicateur peut passer ses marchés selon la procédure du dialogue compétitif dans les cas mentionnés à l'article R. 2124-3. » Pour les entités adjudicatrices, le recours au dialogue compétitif est libre : CCP, art. R. 2124-6.

74 CCP, art. R. 2124-3, 2°.

75 CCP, art. R. 2124-3, 3°.

76 Marion Ubaud-Bergeron note ainsi que « les juges n'ont presque jamais sanctionné une procédure sur le seul motif d'une évaluation incorrecte des besoins, un tel contrôle s'avérant d'ailleurs assez délicat à apprécier et se limitant à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation » (2019, p. 253).

77 Le rapport établit une distinction entre l'approche incrémentale, qui tente d'intégrer progressivement les finalités, et l'approche globale, qui tente de croiser les finalités dès la phase de conception.

78 Citons ici l'obligation de prise en compte de l'indice de réparabilité (art. L. 541-9-2 du Code de l'environnement) lors de l'achat public de produits numériques pour l'État, les collectivités et leurs groupements (art. 15 de la loi n° 2021-1485 du 15 novembre 2021 visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France).

79 C'est notamment le cas du « Guide pratique pour des achats numériques responsables », publié par plusieurs services ministériels et interministériels sous l'égide du ministère de la Transition écologique en avril 2022.

80 E. Macron, discours prononcé au salon VivaTech le 15 juin 2017 : « *I want France to be a "start-up Nation", meaning both a nation that works with and for the start-up, but also a nation that thinks and moves like a start-up* » (« Je veux que la France soit une start-up Nation, c'est-à-dire à la fois une Nation qui travaille avec et pour les start-up, mais aussi une Nation qui pense et agit comme une start-up », notre traduction).

RÉSUMÉ

Français

Cette contribution vise à analyser les règles juridiques applicables aux solutions numériques, notamment de traitements de données, et à déterminer si celles-ci sont adaptées à la mise en place d'outils utiles à la protection de l'environnement. Pour cela, le propos s'articule autour de deux approches. La première, générale, vise à analyser le régime juridique des données, notamment énergétiques et environnementales, en mettant en avant les contraintes auxquelles doivent faire face les acteurs souhaitant développer des applications au service de l'environnement. La seconde, spécifique, se concentre quant à elle sur un thème émergent : la *smart city*. Ce terme, qui recouvre des réalités très disparates et des objectifs beaucoup plus divers que la seule protection de l'environnement, demeure régulièrement évoqué comme l'une des solutions en faveur de la protection de l'environnement. Pourtant, si le cadre juridique, national comme européen, laisse une latitude bienvenue aux personnes publiques pour déployer ces outils, la présente contribution démontrera qu'il ne parvient pas à garantir que ces derniers aient un effet positif sur l'environnement.

INDEX

Mots-clés

numérique, environnement, droit des données personnelles, droit de l'énergie, droit administratif

AUTEURS

Antoine Oumedjkane

Maître de conférences en droit public, Univ Lille (CRD&P – ERDP) ;
antoine.oumedjkane@gmail.com

Thomas Le Goff
Maître de conférences en droit et régulation du numérique, Telecom Paris, Institut polytechnique de Paris, Institut interdisciplinaire de l'innovation (i3 – UMR CNRS 9217) ; thomas.legoff@telecom-paris.fr

Propos conclusifs

Blanche Lormeteau

TEXTE

> « Un système aussi auto-organisé que l'homme contient […] toujours autre chose que lui-même ; en lui, ordre et désordre, système et non-système interagissent en permanence. Autonome en tant que système autorégulé, l'homme est, en même temps, intégralement dépendant de son environnement – le milieu naturel – pour s'assurer notamment l'énergie dont il a besoin. » (Ost, 1993)

1 La maîtrise de l'énergie, aussi bien de sa consommation que de sa production, est l'interface entre deux items de la transition (Makowiak, 2023) à laquelle nos sociétés sont confrontées du fait de l'urgence climatique : le numérique et l'environnement (Lavergne, Serveille, 2017). En plaçant le numérique comme l'un des outils pour répondre à l'urgence climatique et environnementale (Rifkins, 2012), nos sociétés n'abordent que trop peu l'impact, voir l'amplification, de l'usage du numérique sur ce phénomène, en d'autres termes, les rétroactions entre usage du numérique et préservation de l'environnement (Geoffron, 2023).

2 C'est à quoi s'est attelée cette journée d'étude en droit public « Numérique et environnement : quelle conciliation par le droit ? », qui s'est tenue à Paris le 21 octobre 2022 et dont les contributions rassemblées dans le présent numéro se font écho. Proposant de réfléchir collectivement sur l'usage du numérique dans la quantification et donc subséquemment la réduction des impacts des différentes activités sur l'environnement, tout en abordant l'enjeu crucial de l'empreinte environnementale du secteur – responsable de 2,5 % de l'empreinte carbone de la France –, les membres du comité scientifique, Thomas Gaschard, doctorant à l'Université de Rennes (IDPSP), Sabrina Hammoudi- doctorante à l'Université de Montpellier (CREAM), Nina Lasbliez, doctorante à l'Université de Nanterre (CRDP) et Martin Uguen, doctorant à l'Université de Brest (Lab-LEX), ont souhaité ainsi mettre en lumière « ce paradoxe, [permettant de] s'interroger sur la façon dont le droit assure ou devrait assurer la

conciliation entre la poursuite des activités numériques et la protection de l'environnement ».

3 Ce paradoxe de la nécessité de réduire les émissions de gaz à effet de serre (GES) et plus globalement les atteintes écosystémiques par l'usage d'un secteur du numérique à forte intensité carbone a déjà été identifié, dans un tout autre secteur, par la science économique sous le terme de paradoxe Jevons. William Stanley Jevons (1865), tenant de l'école néo-classique, sans liens avec des préoccupations environnementales (Missemer, 2015 ; Charbonnier, 2020), met en évidence que le développement de technologies plus efficaces, permettant en théorie de faire des économies d'énergie, augmente paradoxalement la quantité d'énergie consommée. Autrement dit, il met en avant l'effet rebond du développement des technologies, en partant de l'analyse de la consommation anglaise de charbon. Cette dernière avait fortement augmenté après l'introduction de la machine à vapeur de Watt alors même que cette machine était énergétiquement plus efficace que les anciennes, car cette efficacité a accru l'usage de la technologie et donc de la source fossile. En d'autres termes, le serpent se mord la queue : à augmenter l'efficacité d'une technologie, on en favorise l'usage, sauf qu'en l'espèce, Jevons s'inquiétait du fait que la surconsommation du charbon provenant de cette efficacité ne place la Grande-Bretagne dans une situation de dépendance énergétique quant à son approvisionnement en source d'énergie.

4 D'une énergie fossile à l'indispensable transition écologique il n'y a qu'un pas, que cette journée d'études et ses actes franchissent avec détermination, en proposant d'apporter au paradoxe de Jevons, si ce n'est des réponses, en tout cas des analyses prospectives des liens entre numérique et environnement, mettant en lumière les déséquilibres et équilibres de ces interactions[1].

5 L'articulation entre numérique et environnement est relativement nouvelle. En février 2021, le gouvernement présentait sa feuille de route « Numérique et environnement : faisons converger les transitions », puis organisait pun colloque interministériel en octobre de la même année, « Numérique et environnement, faisons converger les transitions » permettant d'offrir un cadre institutionnel à l'adoption de la proposition de loi du 15 novembre 2021 visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique[2] en France. Cette loi

visant à orienter « le comportement de tous les acteurs du numérique, qu'il s'agisse des consommateurs, des professionnels du secteur ou encore des acteurs publics, afin de garantir le développement en France d'un numérique sobre, responsable et écologiquement vertueux » (Chevrollier, Houllegatte, 2022) et permettant pour partie d'intégrer les recommandations adressées par la Convention citoyenne pour le climat en 2020 [3] semble s'inscrire directement dans la résolution, à tout le moins dans la prise en compte, du paradoxe de Jevons. À la lecture des travaux parlementaires de la loi du 15 novembre 2021, on perçoit que le législateur entend initialement réduire l'empreinte environnementale des technologies dont l'usage est désormais plébiscité pour la conception et la mise en œuvre des politiques et actions en matière d'atténuation et d'adaptation au changement climatique.

6 Toutefois, d'environnement comme désignant ce qui nous entoure (Zabalza, 2022), il en est finalement assez peu question dans ce corpus législatif, sauf peut-être s'agissant des précisions sur l'application de l'engagement de 2015 d'axer la transition vers une économie circulaire (Leray, 2021) [4]. Les dispositifs réglementaires, l'action, se concentrent principalement sur l'empreinte carbone des infrastructures et des services numériques (Fonbaustier, 2022).

7 Alors l'environnementaliste (SFDE, 2016) s'interroge : pourquoi parler uniquement ou presque de l'empreinte carbone et non de l'empreinte environnementale ? On aurait pu ainsi envisager des contributions portant directement sur les impacts du numérique sur le bilan humain, écosystémique et gazeux de l'extraction des indispensables terres rares à l'étranger comme en France (BGRM, 2022), dès lors qu'est en cours, par exemple, la réflexion portant sur l'ouverture de mine de lithium en Bretagne ; contributions également sur l'articulation entre la nécessité de développer des infrastructures de services numériques et l'objectif de zéro artificialisation nette d'ici à 2050 ; ou encore la difficile gestion des 20 millions de tonnes de déchets électriques et électroniques générées par an sur l'ensemble du cycle de vie des équipements à l'échelle de la France (ADEME/ARCEP, 2022).

8 En soit, traiter du lien entre numérique et environnement appelle à matérialiser les atteintes écosystémiques de services numériques immatériels.

9 Alors, et c'est une difficulté déjà éprouvée par le droit de l'environnement en matière climatique, la réalité des atteintes se confronte à des considérations juridiques inextricables lorsqu'est en question l'échelle planétaire. Or, les enjeux numériques, comme les pollutions, ne s'arrêtent pas aux frontières des droits nationaux. C'est ainsi que, sans prétendre à l'exhaustivité des causes, le droit de l'environnement a progressivement opté pour une métrique commune (Cournil, 2021), les émissions de gaz à effet de serre, matérialisant directement les causes des atteintes perceptibles à l'environnement ; et ouvrant dès lors la possibilité de parler un même langage, celui des objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre, objectifs permettant de laisser libre le choix des outils à chaque cadre juridique et économique ; c'est-à-dire de fixer une obligation de résultat et une liberté de moyens (Lormeteau, Torre-Schaub, 2022 ; Rombauts-Chabrol, 2022 ; Lavorel, 2022).

10 Il semble que le numérique suit la même progression dans le sens où les atteintes environnementales, aux écosystèmes, ne peuvent être véritablement captées et réduites à l'échelle nationale en raison de la structure même du secteur, transnationale, et il est alors privilégié une action sur les émissions de gaz à effet de serre – métrique universelle, dont le cadre juridique offre de puissants outils. C'est alors que le droit de l'environnement, par « son génie créatif […] » (Naim-Gesbert, 2014), influence, voire encadre, l'introduction progressive de l'enjeu environnemental dans le secteur du numérique. D'un secteur du numérique au chevet de la protection de l'environnement, on passe à un droit de l'environnement comme matrice de l'environnementalisation du secteur du numérique.

11 C'est d'ailleurs ce que révèle la contribution de Monsieur Vanelle Dimitri Onchi Ngongang (« La corbeille numérique, vers un tri et une régulation des déchets virtuels ? »). Confronté à l'immatérialité des déchets virtuels, aux oppositions entre réduction de l'énergie consacrée à la conservation de ces données, intérêts économiques, droits personnels, systèmes normatifs différents, le droit pourrait visiblement opter pour une solution médiane, celle d'une fiscalité incitative reflétant le coût carbone de ces données. Reste toutefois à savoir lesquelles parmi ces données seraient qualifiables de déchet, ce qui appellerait certainement à revenir sur la notion d'abandon qui a

présidé les débats relatifs à la définition du déchet en droit (Sadeleer, 2004).

12 Métrique universelle, langage universel, le calcul des émissions de GES d'un secteur permet également d'adopter plus directement des actions, contraignantes ou non, à destination des acteurs du secteur.

13 Il est vrai que les chiffres de l'empreinte carbone du numérique sont vertigineux : les services numériques représentent 2,5 % de l'empreinte carbone de la France, c'est-à-dire le même pourcentage que le secteur de l'aviation (DGAC, 2021) ; c'est également, à l'échelle d'un citoyen, l'équivalent, par an, de 2 259 kilomètres en voiture ; cela représente enfin 10 % de la consommation électrique française, soit 8,3 millions de foyers, et ce chiffre est particulièrement important dans le contexte actuel de crise énergétique (Aiouch *et al.*, 2022). Plus encore, dans le dernier volet de l'étude de l'impact environnemental du numérique en France rendu public en mars 2023, l'ADEME et l'ARCEP anticipent un triplement de l'empreinte carbone du numérique d'ici à 2050, en raison notamment d'une augmentation prospective de 65 % du nombre d'équipements (majoritairement des objets connectés) entre 2020 et 2030 (ADEME/ARCEP, 2023). Cette question de la multiplication des usages a également des conséquences majeures, outre celles sur l'empreinte carbone, quant au mix énergétique national, qui tend désormais à une électrification massive des usages nécessitant une augmentation de la production pour répondre à cette consommation [5]. Or, cela oblige le système électrique à piloter de plus en plus finement production et consommation – notamment pour les productions d'énergie renouvelable intermittente – afin de maintenir l'équilibre sur le réseau… pilotage rendu possible par le recours à des services numériques, pilotage rendu indispensable pour le recours à des services numériques. Le paradoxe de Jevons affleure et le serpent Ouroboros est de nouveau convoqué.

14 Mais la capacité d'une métrique par l'empreinte carbone, capacité à offrir des points de comparaison et donc un cadre normatif, ouvre des perspectives de réduction de l'impact carbone de ces nouvelles consommations de services numériques. Il en va ainsi des engagements adoptés par certains instruments de régulation. Dépassant la notion de *soft law* notamment en raison de la force créatrice du droit des contrats qui peut la formaliser (Tirel, 2023 ; Stevignon, 2022 ;

Mekki, 2020) et par l'accès à différents types d'information extra-financières qu'elle supporte (Moulin, 2023 ; Hautereau-Boutonnet, 2012), la responsabilité sociétale des entreprises, *via* l'adoption de règles de bonnes conduites par exemple, peut fédérer les acteurs autour d'une course au moindre impact carbone, amorçant un rééquilibrage entre considérations environnementales et numériques. Ainsi les BEGES[6] – bilans d'émission de GES – sont susceptibles, à terme, de créer un risque contentieux et réputationnel (Torre-Schaub, Lormeteau, Stevignon, 2022) que les acteurs du numérique ne seront pas, à l'avenir, nécessairement prêts à assumer.

15 On perçoit de nouveau la force d'attraction du droit de l'environnement qui a fait du principe d'information et de participation du public un de ces principes cardinaux (Jégouzo, 2007). L'accès à l'information environnementale est la première étape pour la participation effective aux choix sociétaux des citoyens, usagers, consommateurs (Prieur, 1988 ; Moliner-Dubost, 2011 et 2016). C'est d'ailleurs en ce sens qu'il a récemment été octroyé à l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ARCEP) la possibilité de recueillir, « auprès des fournisseurs de services de communication au public en ligne, des opérateurs de centre de données, des fabricants d'équipements terminaux, des équipementiers de réseaux et des fournisseurs de systèmes d'exploitation, les informations ou documents nécessaires relatifs à l'empreinte environnementale du secteur des communications électroniques ou des secteurs étroitement liés à celui-ci[7] » afin de s'assurer du respect par ces personnes des principes définis à l'article L. 32-1 du Code des postes et des communications électroniques, notamment en son point 8 relatif à l'objectif d'atteindre « un niveau élevé de protection de l'environnement et de la santé[8] ». L'information permet d'assurer une objectivisation de l'empreinte carbone et ouvre par suite la possibilité de créer un cadre juridique incitatif ou contraignant pour réduire cette empreinte.

16 Enfin, cette métrique carbone est également celle des politiques d'atténuation et d'adaptation au changement climatique, auxquelles le numérique offre d'incontournables services. Pour ne donner que quelques exemples : il est nécessaire, pour assurer une rénovation énergétique efficiente des bâtiments, principal secteur d'émission des GES, de connaître finement les données énergétiques de consomma-

tion et de savoir les traiter pour conseiller au mieux sur les techniques et technologies à mettre en œuvre ; ces donnes sont indispensables également pour réduire et rationaliser au mieux les déplacements, second secteur d'émission de GES en France ; les plans de déplacement de même que les plans d'investissement des collectivités territoriales s'appuient sur une analyse de ces données ; la généralisation d'EcoWatt par RTE (Réseau de transport d'électricité) durant l'hiver 2022 visant à s'assurer que tous les consommateurs bénéficiaient d'électricité reposait sur le traitement des données énergétiques et un appel à l'action des consommateurs, devenus consomm'acteurs, *via* des terminaux et des services numériques ; on peut citer également le cas des données d'exposition aux risques naturels climatiques et leur utilisation dans les documents de planification et, bien sûr, les scénarios du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) qui reposent directement sur le recueil et le traitement des données environnementales, météorologiques, climatiques et énergétiques.

17 Les exemples pourraient se multiplier, mais il est évident que l'ensemble de nos rapports sociaux et de notre régulation reposent désormais sur l'usage des services numériques, en particulier ceux qui sont mis en œuvre pour répondre à l'urgence climatique.

18 C'est en ce sens que, comme l'ont brillamment exposé Messieurs Djilali Taïar (« Le rôle des autorités de régulation dans la réduction de l'empreinte environnementale du numérique ») et Thierry Awesso (« De la régulation à l'autorégulation de l'empreinte environnementale du numérique »), les autorités de régulation sont désormais convoquées pour participer à la réduction de l'empreinte carbone du numérique et, plus encore, qu'une co-régulation impliquant une évaluation continue des impacts du secteur du numérique est indispensable. Toutefois, le paradoxe de Jevons affleure à nouveau. La régulation a pour objet le maintien d'un équilibre dans un secteur ouvert à la concurrence : l'objectif est alors bien le maintien du secteur du numérique, en réduisant non pas l'usage ni même l'approvisionnement énergétique du secteur – approvisionnement qui relève de la liberté de choix du consommateur – mais par une régulation louable de l'empreinte carbone du secteur. Et dès lors, le paradoxe est puissant : nous développons des technologies plus efficaces, nous devrions faire des économies d'énergie mais, paradoxalement, la

quantité d'énergie consommée ne fait que croître et avec elle les émissions de GES car il n'y a pas de réflexion sur l'usage même du numérique.

19 Or, cette journée d'étude a également permis de soulever précisément ce paradoxe sous cet angle, en interrogeant notre rapport aux services numériques. L'enjeu n'est pas tant celui du recours au numérique pour répondre à l'urgence climatique, notamment par un accompagnement individuel et collectif au changement de comportement, mais bien celui de la conciliation des usages du numérique avec la protection de l'environnement.

20 Un exemple typique est celui de l'usage des services numériques pour favoriser le réemploi et donc réduire la quantité de déchets. Une étude PICO réalisée en 2017 par l'Institut du développement durable et des relations internationales (IDDRI) mettait ainsi au jour que 25 % des vendeurs sur Le Bon Coin avaient anticipé la possibilité de revendre leur bien sur la plateforme pour justifier l'achat neuf initial (Demailly *et al.*, 2016 ; Parguel, Lunardo, Benoît-Moreau, 2017). C'est le sens de la contribution de Madame Esther Noël (« Obsolescence logicielle et environnement : une inefficacité juridique assumée ? Étude des législations françaises et européennes »), présentant l'élaboration continue du cadre juridique de lutte contre l'obsolescence logicielle, sujet en soit complexe, obsolescence à mettre en lien notamment avec ce que certains nomment « obésiciels » (Berthoud, Drezet, Lefèvre, Orgerie, 2015) – ces logiciels qui proposent toujours plus de fonctionnalités et de nouvelles applications[9] (Simon, Rust, Rouvoy, Penhoat, 2023) et que les consommateurs n'utilisent finalement que très partiellement. Intégrer dans le cadre de l'économie circulaire l'immatérialité n'a rien d'évident, et ce d'autant plus que les modèles économiques et donc les libertés économiques des producteurs de logiciels s'y opposent ; et que l'immatérialité de l'usage et le marketing capitaliste freinent la prise de conscience des impacts environnementaux par les consommateurs. Le droit à l'information du consommateur – par un usage des données – pourrait être effectivement une piste juridique intéressante.

21 De même, l'usage des services numériques au service de la protection de l'environnement interroge : est-ce que le développement de ces

services apporte une plus-value telle qu'elle justifie les dégradations à l'environnement qui en découlent, notamment en termes d'émission de GES ?

22 Quand on révèle par le paradoxe de Jevons le hiatus entre le recours aux services numériques pour la protection de l'environnement et leurs impacts environnementaux, c'est l'enjeu de la sobriété qui finit par émerger.

23 Dans son rapport de 2022, le Haut Conseil pour le climat invitait à réfléchir à la notion de sobriété pour satisfaire les exigences d'adaptation et d'atténuation face au changement climatique et à la perte record en biodiversité (HCC, 2022). La sobriété est un « ensemble de mesures et de pratiques quotidiennes qui permettent d'éviter une demande en énergie, en matériaux, l'usage des terres et d'eau tout en assurant le bien-être de tous dans le respect des limites planétaires » (IPCC/GIEC, 2022, p. 31, § C.7.3). C'est peut-être cela la clé pour éviter le paradoxe de Jevons : travailler la sobriété numérique et énergétique de concert en réduisant continuellement l'impact carbone du secteur, mais également en s'interrogeant sur la pertinence de nos usages de l'outil numérique, à l'image des travaux des sociologues Frédéric Goulet et Dominique Vinck, en réfléchissant, systématiquement à « l'innovation par le retrait », dont l'une des particularités est d'être justement fondée sur la réduction d'une pratique avant d'en introduire une nouvelle (Goulet, 2008 ; Goulet, Vinck, 2012 et 2022).

24 Ainsi, les nouveaux usages du numérique ne devraient plus nécessairement se superposer, au risque d'avoir des impacts environnementaux croissant, tant en termes d'usage de l'énergie que de production de déchets, mais bien se substituer à d'autres. C'est la ligne recommandée par l'étude ADEME/ARCEP sur l'empreinte environnementale du numérique en 2020, 2030 et 2050 (ADEME/ARCEP, 2023). Si l'on mettait en pratique la sobriété numérique, définie comme la stabilisation par les acteurs de l'ensemble de leur nombre de terminaux au niveau de 2020, leur substitution par des terminaux moins consommateurs et l'adoption d'usages sobres (notamment en matière de flux vidéo), « l'empreinte carbone diminuerait de 16 %, la consommation de ressources abiotiques de 30 % et la consommation électrique de

l'ordre de 52 % (soit 25 TWh[10]) par rapport à 2020 » (ADEME/ARCEP, 2023).

25 Ce paradoxe de Jevons appliqué au lien entre numérique et environnement, que cette journée d'études, construite et portée par Thomas Gaschard, Sabrina Hammoudi, Nina Lasbleiz et Martin Uguen, dont il faut saluer l'engagement, invitait à explorer, pourrait donc être partiellement résolu par une approche de sobriété. L'idée n'est pas nouvelle et permet également de faire des ponts entre les enjeux : sobriété des usages des écosystèmes, sobriété énergétique, sobriété numérique, etc., mais demeure trop souvent masquée par le privilège accordé au « solutionnisme technologique » (Morozov, 2014 ; Diguet, Lopez, 2019) comme réponse à l'urgence environnementale.

BIBLIOGRAPHIE

ADEME/ARCEP, 2023, *Empreinte environnementale du numérique en 2020, 2030 et 2050*, rapport

ADEME/ARCEP, 2022, *Évaluation de l'impact environnemental du numérique en France et analyse prospective. État des lieux et pistes d'action*, rapport

Aiouch Y. et al. (dir.), 2022, *Évaluation de l'impact environnemental du numérique en France et analyse prospective. État des lieux et pistes d'action*, rapport, ADEME/ARCEP

Berthoud F., Drezet, E., Lefèvre, L., Orgerie, A.-C., 2015, « Le syndrome de l'obésiciel : des applications énergivores », *Interstices*, [https://interstices.info/le-syndrome-de-lobesiciel-des-applications-energivores/], consulté le 30 janvier 2024

BGRM (Bureau de recherches géologiques et minières), 2022, « Métaux critiques. Concilier éthique et souveraineté ? », *Géosciences*, n° 26, dossier

Charbonnier P., 2020, « 4. Le nouveau régime écologique. Révolution des droits et révolutions matérielles au xixe siècle », dans *Abondance et liberté. Une histoire environnementale des idées politiques*, Paris, La Découverte, p. 127-162

Chevrollier, G., Houllegatte, J.-M., 2022, *Rapport sur la proposition de loi visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France*, n° 242, Sénat, session ordinaire de 2020-2021

Cournil C. (dir.), 2021, *La fabrique d'un droit climatique au service de la trajectoire « 1.5 »*, Paris, Éditions A. Pédone

Sadeleer N. de, 2004, « Les déchets, les résidus et les sous-produits, une trilogie ambiguë », *Revue du droit de l'Union européenne*, n° 3, p. 457-497

Demailly D. et al., 2016, *L'économie collaborative : réservoir d'innovations pour le développement durable*,

synthèse courte du projet PICO, PICO Working Paper, Paris

DGAC (Direction générale de l'Aviation civile), 2021, *Les émissions gazeuses liées au trafic aérien en France en 2021*, DGAC/DTA/SDE

Diguet C., Lopez F. (dir.), 2019, *L'impact spatial et énergétique des data centers sur les territoires*, rapport Ademe

Ferrari S., 2023, *L'électrification des usages*, rapport du groupe de travail 2, Comité de prospective de la CRE

Fonbaustier L., 2022, « Le législateur environnemental s'empare (enfin !) du numérique. À propos des lois des 15 novembre et 23 décembre 2021 », *La semaine juridique. Édition générale*, n° 5, doctr. 186, p. 286-293

Geoffron P., 2023, « Les technologies du numérique font à la fois partie du problème et de la solution en matière environnementale », *Annales des Mines. Responsabilité et environnement*, vol. 110, n° 2, p. 37-40

Goulet F., 2008, *L'innovation par retrait. Recomposition des collectifs sociotechniques et de la nature dans le développement de techniques culturales sans labour*, thèse, Université de Grenoble

Goulet F., Vinck D. (dir.), 2022, *Faire sans, faire avec moins. Les nouveaux horizons de l'innovation*, Paris, Presses des Mines

Goulet F., Vinck D., 2012, « L'innovation par retrait. Contribution à une sociologie du détachement », *Revue française de sociologie*, n° 53, p. 195-202

Hautereau-Boutonnet M., 2012, « De l'obligation d'information "sur l'environnement" à l'obligation d'information "pour l'environnement", entre intérêt des parties et intérêts général », Revue des contrats, n° 3, p. 908-926

HCC (Haut Conseil pour le climat), 2022, *Dépasser les constats, mettre en œuvre les solutions*, rapport annuel 2022

IPCC/GIEC (The Intergovernmental Panel on Climate Change/ Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat), 2022, « Summary for policymakers », dans *Climate change 2022: Mitigation of climate change. Contribution of working group III to the sixth assessment report of the intergovernmental panel on climate change*, Cambridge, UK and New York, NY, US, Cambridge University Press

Jégouzo Y., 2007, « Principe et idéologie de la participation », *Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz, p. 577

Jevons W. S., 1865, *The coal question*, Londres, MacMillan

Lavergne R., Serveille H. (dir.), 2017, « Transition numérique et transition écologique », *Annales des Mines. Responsabilité et environnement*, n° 87, dossier

Makowiak J., 2023, « Transitions », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 48, n° 1, p. 5-7

Missemer A., 2015, « La peur du déclin économique face à l'épuisement des ressources naturelles, de W. Stanley Jevons à Herbert S. Jevons (1865-1915) », *Revue économique*, vol. 66, n° 5, p. 825-842

Lavorel S., 2022, « La « responsabilité de préparer », nouveau paradigme

juridique face à l'urgence climatique ? », *Revue juridique de l'environnement*, HS21 (n° spécial), p. 97-116

Leray G., 2021, « Les obligations des professionnels dans le champ de la réparabilité : l'écosystème de la loi AGEC en faveur d'un droit à la réparation pour le consommateur », dans M. Boul, R. Radiguet (dir.), *Du droit des déchets au droit de l'économie circulaire. Regards sur la loi du 10 février* 2020, Bayonne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, p. 101-124

Lormeteau B., Torre-Schaub M., 2022, « Du nouveau dans le contentieux climatique. Des réponses temporelles et plurielles à l'urgence climatique », *Revue juridique de l'environnement*, HS21 (n° spécial), p. 257-274

Mekki M., 2020, « L'intelligence contractuelle et numérique au service de la responsabilité sociétale des entreprises », *AJ Contrat*, n° 3, p. 112-120

Moliner-Dubost M., 2016, « La citoyenneté environnementale », *AJDA*, p. 646-651

Moliner-Dubost M., 2011, « Démocratie environnementale et participation des citoyens », *AJDA*, p. 259-263

Morozov E., 2014, *Pour tout résoudre, cliquez ici. L'aberration du solutionnisme technologique*, Limoges, Fyp Éditions

Moulin J.-M., 2023, « L'irrésistible ascension de la "RSE" (premières vues sur la directive CSRD », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 1, étude 1

Naim-Gesbert E., 2014, « Pour une théorie générale du droit de l'environnement », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 39, n° 1, p. 5-6

Parguel B., Lunardo R., Benoît-Moreau F., 2017, « Sustainability of the sharing economy in question: When second-hand peer-to-peer platforms stimulate indulgent consumption. *Technological Forecasting and Social Change* », vol. 125, p. 48-57

Prieur M., 1988, « Le droit à l'environnement et les citoyens : la participation », *Revue juridique de l'environnement*, n° 4, p. 397-417

Ost F., 1993, « Le juste milieu. Pour une approche dialectique du rapport homme-nature », dans P. Gérard, F. Ost, M. Van De Kerchove (dir.), *Images et usages de la nature en droit*, Bruxelles, Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, p. 13-73

Rifkins J., 2012, *La troisième révolution industrielle. Comment le pouvoir latéral va transformer l'énergie, l'économie et le monde*, Paris, Les liens qui libèrent

Rombauts-Chabrol T., 2022, « L'émergence d'un contentieux holistique ? », *Revue juridique de l'environnement*, vol. 47, n° 4, p. 735-746

SFDE (Société française pour le droit de l'environnement), 2016 « La doctrine en droit de l'environnement », *Revue juridique de l'environnement*, HS16 (n° spécial)

Stevignon A., 2022, *Le climat et le droit des obligations*, Paris, LGDJ

Simon T., Rust P., Rouvoy R., Penhoat J., 2023, « Uncovering the environmental impact of software life cycle », *International Conference on Information and Communications Technology for Sustainability*, juin 2023, Rennes, France

Tirel M., 2023, « La RSE, force créatrice du droit des contrats », *Recueil Dalloz*, n° 15, p. 742

Torre-Schaub M. (dir.), Lormeteau B., Stevignon A. (coord.), 2022, FINCLIMLEX. *La gouvernance du risque climatique : aspects juridiques et financiers. Analyse des conséquences sur les contentieux climatiques et le financement de la transition*, rapport ADEME / Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Zabalza A., 2022, « La “maison ” (*oikos*) protégée par le “droit ” (*nomos*). Éloge d’une théorie “oikonomique” face à l’urgence écologique », *Revue juridique de l’environnement*, HS21 (n° spécial), p. 17-33

NOTES

1 Le programme de la journée d’études était d’ailleurs délibérément articulé autour des déséquilibres et des équilibres.

2 Loi n° 2021-1485 du 15 novembre 2021 visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France, JORF n° 0266, 16 novembre 2021 ; Loi n° 2021-1755 du 23 décembre 2021 visant à renforcer la régulation environnementale du numérique par l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse, JORF n° 0299, 24 décembre 2021.

3 « Objectif PT12 : Accompagner l’évolution du numérique pour réduire ses impacts environnementaux, *Les propositions de la Convention citoyenne pour le climat*, janvier 2021, p. 152.

4 En liant achat public de produits numériques et indice de réparabilité, article L. 541-9-2 du Code de l'environnement (Leray, 2021).

5 Nécessaire à la décarbonation du mix énergétique (Ferrari, 2023).

6 Article L. 229-25 du Code de l’environnement.

7 Article L. 32-4 du Code des postes et des communications électroniques.

8 Article L. 32-1, II, 8° du Code des postes et des communications électroniques.

9 Voir les recherches menées dans le cadre du projet Distiller (RecommenDer servIce for SusTaInabLe cLoud nativE softwaRe), dirigé par Romain Rouvoy, mené en collaboration avec Davidson Consulting, une société de conseil en management et expertise technologique, OVHcloud, un fournisseur de services cloud, et Orange.

10 Térawattheures.

INDEX

Mots-clés
numérique, environnement, paradoxe de Jevons, obésiciel, principe d'information, empreinte environnementale, empreinte carbone, sobriété

AUTEUR

Blanche Lormeteau
Chargée de recherche CNRS, Univ Rennes, CNRS, IODE – UMR CNRS 6262 ; blanche.lormeteau@univ-rennes.fr

Varia

D'une posture de suspicion à celle de confiance dans les applications numériques pour une alimentation saine : analyse socio-juridique des décisions judiciaires contre Yuca

Jan Smolinski et Élisabeth Lambert

PLAN

1. Rappels des enjeux du dispositif sociotechnique et du dispositif au sens du jugement
   1.1. L'application Yuka, un dispositif qui équipe le processus de choix des consommateurs
   1.2. Les motifs et le dispositif qui équipent le jugement
2. Une lecture croisée des jugements, suspicion *vs* confiance
   2.1. Les condamnations des tribunaux de commerce, une posture de suspicion ?
      2.1.1. La dialectique du jugement
      2.1.2. Lecture critique de la dialectique
   2.2. Les revirements des cours d'appel, le principe d'une confiance ?
3. Une confiance à soutenir, caractériser et conditionner
   3.1. Le rôle de médiateur de la surveillance en gouvernance des risques
   3.2. Des positions judiciaires et politiques divergentes
Conclusion

TEXTE

1 Au moment où les technologies numériques sont mobilisées par des « professionnels du marché » (Cochoy, Dubuisson-Quellier, 2000), des controverses sur l'information alimentaire agitent le monde judiciaire, qui se voit appelé à statuer et, de ce fait, à participer à la régulation des pratiques marchandes. Examinant le contentieux qui oppose la société Yuca SAS (Société par action simplifiée) à la Fédération des entreprises françaises de charcuterie-traiteur (FICT)[1], cet article propose une lecture critique des jugements des tribunaux de commerce (TC) et cours d'appel (CA). La société Yuca SAS, développeuse de l'application de notation et de recommandation alimentaire Yuka, a été assignée à comparaître devant trois tribunaux de

commerce par la FICT (Paris), ABC Industrie SAS (Aix-en-Provence) et la SASU Le Mont de la Coste (Brive-la-Gaillarde)[2]. Si Yuca est condamnée (entre le 25 mai et 22 septembre 2021) en première instance par les tribunaux de commerce de Paris, Aix-en-Provence et Brive-la-Gaillarde pour « dénigrement » et « pratique commerciale trompeuse », les trois jugements concernés seront infirmés (entre le 8 décembre 2022 et 7 juin 2023)[3] au titre de la prévalence de « la liberté d'expression et d'opinion ».

2 Historiquement, les crises sanitaires et environnementales ont fait émerger avec force un même constat :

> « Des informations sur les risques en jeu ont fait défaut, soit qu'elles n'aient pas été recherchées par les responsables ou les autorités publiques, soit qu'elles aient été dissimulées ou minimisées, ce qui a rejailli d'une manière ou d'une autre sur les décisions prises qui, mieux éclairées ou plus précoces, auraient pu éviter ou du moins limiter les dommages à l'environnement ou à la santé des personnes exposées. » (Berger, 2020, p. 2-3)

3 Les raisons de ces négligences sont duales, entre d'une part la méconnaissance ou l'abstraction intentionnelle, fabrique de l'ignorance, qui repose sur la production d'artifices (lobbying, financement d'une diversification/opacification des résultats de recherche, etc.) par des acteurs des filières industrielles, et d'autre part les abstractions non intentionnelles. Les abstractions non intentionnelles comptent notamment : l'*undone science* ou « science non faite » (Frickel *et al.*, 2010), où certains objets de recherche sont priorisés par manque de temps/ressources, les sciences favorisées (Jouzel, Prete, 2017), qui le sont par affiliation entre certaines disciplines et domaines de l'action publique, ou le déni collectif systémique (Dedieu, 2022). Ces entraves à la gestion des risques conduisent à s'intéresser à la construction de la communication sanitaire et environnementale, au moment où ces informations différemment portées sont créditées de la vertu d'offrir « au public la capacité d'adapter ses comportements individuels » (Berger, 2020, p. 3). Les consommateurs qui remplissent leurs paniers sont ainsi définis comme garants d'une co-responsabilité de durabilité (Beuscart, Peugeot, Pharabod, 2020). Dans ce contexte, les médiations numériques qui participent à « gouverner les conduites » (Dubuisson-

Quellier, 2016) semblent accroître leur influence sur les pratiques de production comme celles de consommation (Chiffoleau *et al.*, 2018). Les enjeux qui entourent la circulation/rétention des informations liées à de nouveaux risques, comme leur traduction aux consommateurs par des acteurs marchands du numérique, sont déterminants. Ces opérateurs, dont nous analysons l'action *via* l'exemplarité de Yuca et son application Yuka, apparaissent comme de nouveaux acteurs sur le marché en capacité d'informer et d'influencer les consommateurs, à côté des associations de consommateurs (Guinchard, Bazin-Beust, 2011, § 5) et désormais aussi des influenceurs agissant sur les médias sociaux (Hazan, Loinger-Benamran, 2021). Ils procèdent d'un « rôle indispensable d'intermédiaire et d'interprète entre des logiques d'action différentes, voire contradictoires » (Crozier, Friedberg, 1977, p. 86), ou s'imposent comme des médiateurs de la surveillance qui articulent des mondes sociaux aux fins d'alerter les consommateurs quant aux caractéristiques de certains produits. Ils participent à la qualification/disqualification des produits ou services et, par là même, impactent les choix des consommateurs.

4 Les jugements opposant la FICT à la société Yuca arbitrent un conflit entre des acteurs industriels et des initiateurs, « entrepreneurs du pragmatisme positif » de la *transition tech* (Beuscart, Peugeot, Pharabod, 2020), qui entendent répondre à un problème de société (la transition alimentaire) en adoptant une forme entrepreneuriale. Le contenu des arguments va exprimer toute la complexité à juger de la qualité de denrées associées à des additifs controversés utilisés en charcuterie et à des marchés contestés (lorsque la commercialisation des marchandises soulève des controverses) [Steiner, Trespeuch, 2015], ou tout du moins à un « marché concerné » (Geiger, Harisson, Kjellberg, Mallard, 2014), où la commercialisation des marchandises soulève des controverses, génère des craintes et crispe les acteurs concernés. La communication sur les risques est une « communication sensible » (Libaert, Allard-Huver, 2014) et les acteurs parties prenantes des marchés se contractent face à un tel sujet.

5 De là, en conjuguant l'expertise d'une juriste en droits fondamentaux et d'un sociologue des usages et du numérique, il s'agit, par une étude fondée sur une analyse comparée des décisions judiciaires (trois en première instance et surtout trois en appel) et de la littérature pluridisciplinaire, d'opérer une analyse critique des arguments concourant

au processus décisionnel acté par les juges. Rendre compte de ce que les juges disent du dispositif en action, c'est révéler leurs perceptions des acteurs et de leurs activités, perceptions et activités axées principalement sur l'arbitrage entre dénigrement et liberté d'expression, information et tromperie. Cette traduction croisée des lectures des consommateurs et des décisions de justice placera au centre du débat la problématique polysémique de la confiance ; elle se structurera autour d'une présentation du dispositif sociotechnique et du dispositif du jugement (1), d'une mise en exergue de l'oscillation entre suspicion et confiance comme élément décisif de l'arbitrage (2) et d'une analyse des modalités d'encadrement de cette confiance nécessaire à la régulation des pratiques marchandes en période de gouvernance des risques et marchés crispés (3).

1. Rappels des enjeux du dispositif sociotechnique et du dispositif au sens du jugement

6 Préalablement à une analyse croisée des jugements des tribunaux de commerce et cours d'appel, qui nous permettra de mettre en exergue les différences dans les lectures des acteurs et actions jugés, il est nécessaire d'exposer individuellement, d'une part, le dispositif sociotechnique développé par la société Yuca, d'autre part, les motifs du jugement. Cette présentation a vertu à déconstruire singulièrement les enjeux des deux dispositifs, elle constituera le support de notre analyse du revirement des décisions de justice.

1.1. L'application Yuka, un dispositif qui équipe le processus de choix des consommateurs

7 L'application Yuka, lancée en janvier 2017, a été développée par la société Yuca SAS, créée un an plus tôt. Partant d'un décryptage de la composition des produits qui conduit à une appréciation notée, l'application s'autorise à formuler des recommandations et/ou à proposer des produits alternatifs [4]. En cas de présence d'additifs, en cliquant sur le lien « Plus d'infos sur les additifs », l'utilisateur accède

à leur énumération, leur utilité et à leur classement par code couleur reflétant un niveau de risque[5] précisé par une fiche d'informations complémentaires[6]. La présence ou non d'additifs participe à 30 % dans la pondération adoptée pour établir la notation du produit[7]. Cette quotité a donc un effet manifeste[8] et l'impact négatif est particulièrement significatif pour les produits de charcuterie auxquels sont généralement ajoutés les nitrites ou nitrates E249, E250, E251 et E252[9]. La consultation du produit s'est assortie en novembre 2019 d'un encart/lien titré « Pétition interdiction des nitrites. Additifs favorisant l'apparition du cancer colorectal et de l'estomac[10] », avec la possibilité contingente de signer la pétition.

8 Le dispositif[11] digital que nous venons de décrire participe à présenter, représenter et qualifier la qualité alimentaire (Barrey, Cochoy, Dubuisson-Quellier, 2000 ; Cochoy, 2002 ; Laurent, Mallard, 2020) ; il contribue aux choix des consommateurs. Au moment où l'application Yuka est pensée, développée, la société Yuca concourt à définir et à fixer les qualités des biens, à qualifier les produits[12]. L'enjeu est de taille, car « un même produit peut donner lieu à des interprétations différentes de sa qualité, c'est-à-dire à une pluralité de qualifications, ce qui induit des disputes structurelles sur les bonnes façons d'organiser une activité économique. La coordination suppose un accord préalable sur ce qu'est la qualité des biens » (Musselin *et al.*, 2002, p. 268). Cette « qualité » connaît une place prépondérante aussi bien dans le processus de choix des consommateurs que dans la construction des actions politiques qui régulent la production et la circulation des aliments (Stanziani, 2005 ; Bruegel, Nicoud, Barlösius, 2011). Une fois constitués, les dispositifs de jugement jouent le rôle de « constructions symboliques qui dissipent l'opacité, réduisent l'incertitude sur la qualité et créent donc les conditions de la formation et de la continuité du marché de la qualité » (Karpik, 2000, p. 388). A *contrario*, l'aspect pléthorique et multicritères des modes d'expression de la qualité ainsi que la volonté de transparence conduisent à une profusion informationnelle créatrice de surcharge cognitive et à une opacité cause de défiance limitant ainsi l'impact positif que pourrait avoir une meilleure information sur des choix de consommation plus éclairés. En ce sens, les technologies numériques peuvent être mobilisées par les « professionnels du marché » (Cochoy, Dubuisson-Quellier, 2000) dans un

objectif d'accroissement de la transparence et d'habilitation des consommateurs comme dans un objectif d'opacification des filières. Il importe, par conséquent, de questionner les éléments d'appréciation des actions de Yuca. Si un dispositif aide à juger, participe au bon fonctionnement des marchés, il apparaît nécessaire que les juges se penchent sur la manière dont l'outil procède.

1.2. Les motifs et le dispositif qui équipent le jugement

9 Les trois points principaux concernent : l'acte de dénigrement (dont le *versus* est la liberté d'expression), la caractérisation de la pratique commerciale trompeuse, ainsi que la caractérisation de la pratique commerciale déloyale.

10 Précisons ces dimensions en commençant par le dénigrement, central dans le jugement qui nous occupe et en discussion avec la liberté d'expression. La définition générale de l'acte de dénigrement est « la divulgation d'une information de nature à jeter le discrédit sur un produit commercialisé, mettant en cause ses qualités pour en déconseiller fortement l'utilisation », ce qui n'inclut : ni « la libre critique et l'expression subjective d'une opinion ou d'un ressenti, à condition que la partie dénigrée bénéficie des conditions identiques à celles dont bénéficie l'auteur du dénigrement prétendu, pour répondre et se défendre à la suite des publications qu'elle conteste » ; ni « l'information qui se rapporte à un sujet d'intérêt général et repose sur des observations objectives et sur une base factuelle suffisante au regard de la gravité des allégations en cause […] »[13]. L'acte de dénigrement est caractérisé par des conditions cumulables : « l'objectif de disqualification des produits visés par la divulgation de l'information », « l'impact sur le comportement de la clientèle », « l'impossibilité pour la filière de production de répondre sur les mêmes supports avec les mêmes moyens aux allégations contestées », « l'absence de limitation de l'information divulguée à la seule contribution au début sur un sujet général », « l'existence d'une base factuelle suffisante d'observations objectives au regard de la gravité des allégations en cause et, dans cette hypothèse, sous réserve que cette information soit exprimée avec une certaine mesure » ; le juge-

ment devant faire la preuve de la réalisation de ces conditions pour qualifier l'action de la société Yuca d'acte de dénigrement.

11 La pratique commerciale trompeuse est, selon l'article L. 121-2 du Code du commerce, une pratique commerciale qui « repose sur des allégations, indications, ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur […] ». Selon l'article L. 121-3 du même code, une pratique est également trompeuse si « elle omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle ». Notons, car cela a son importance ici, que les tribunaux français ont élargi la pratique commerciale déloyale à tout « professionnel », ce qui ne limite donc pas de fait celle-ci aux entreprises qui défendraient un produit.

12 Une pratique commerciale déloyale est, selon l'article L. 121-1 du Code de la consommation, une pratique qui « est contraire aux exigences de la diligence professionnelle » et « altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé […] ». Ainsi se dessine l'enjeu d'une estimation des juges entre une action qui relèverait davantage du dénigrement, ou davantage de la liberté d'expression et de la libre information attenante à un sujet d'intérêt général.

2. Une lecture croisée des jugements, suspicion *vs* confiance

13 En suivant les décisions dans leur ordre chronologique, nous rendons compte dans un premier axe des interprétations adoptées par les tribunaux de première instance qui, suspicieux des spécificités de ce genre de dispositif comme outil d'accès à l'information, définissent une interprétation étroite de la libre critique et une expression élargie des pratiques de concurrence déloyale au profit de l'industrie. Au contraire des jugements des tribunaux de commerce, les cours d'appel font montre d'une certaine confiance qui va redéfinir les principes du jugement. Cette confiance repose moins sur les modalités du dispositif en soi (choix des couleurs, taux de l'impact des nitrites dans la notation du produit, etc.), pour lesquelles les juges admettent une entière marge de manœuvre de la société Yuca (précisément comme

acteur bénéficiant de la liberté économique), que sur les vertus présumées de ce même dispositif et de la capacité présumée des consommateurs à s'en saisir aux fins de participer à la régulation des marchés. Il s'agit moins de définir une hiérarchie dans les arguments qui sont transversalement déployés par les TC (hiérarchisation dont on pourrait nous reprocher une certaine subjectivité), que de définir un ordonnancement thématique qui rend compte du raisonnement des juges.

2.1. Les condamnations des tribunaux de commerce, une posture de suspicion ?

2.1.1. La dialectique du jugement

14 Dans le cadre d'une manière de raisonner décrite comme « tout à fait inhabituelle » (Raynaud, 2022, P. 35), un premier élément de défiance consiste dans la sélection des informations estimées, sur le fond, comme dirigée. Il est reproché à la société Yuca d'opérer une sélection arbitraire d'études (dont certaines sont en anglais) qui mettent en avant la dangerosité des produits. Les tribunaux réprouvent une approche considérée comme orientée principalement vers les produits de l'agro-industrie charcutière. Plus précisément, le jugement du TC de Paris considère les informations transmises aux consommateurs par Yuca comme « ambiguës », « procédant par omission ». Dans le même sens, le TC d'Aix-en-Provence évoque également l'omission de la mention de « bases factuelles pourtant essentielles pour éclairer le consommateur de façon complète et équilibrée ». Les trois tribunaux reprochaient à la société Yuca son manque de professionnalisme parce qu'elle ne rendait pas accessibles au consommateur suffisamment d'études scientifiques sur les dangers, risques et également avantages des nitrites. Le TC de Brive-la-Gaillarde reproche quant à lui à la société Yuca de sélectionner ses sources et de ne pas faire « état d'informations plus rassurantes pour le consommateur, ce qu'elle aurait dû faire pour rééquilibrer la réalité scientifique et éclairer l'utilisateur de façon complète et équilibrée ». Par conséquent, cette approche décrite comme unilatérale par les juges ne laisse pas la place à des éléments scientifiques contradic-

toires présentant comme plus vertueux l'usage des sels nitrités. Les juges font notamment référence à l'étude de l'Autorité européenne de sécurité des aliments (EFSA), qui conclut que les nitrites ajoutés aux aliments qui respectent les nouveaux seuils autorisés s'avèrent sans danger pour les consommateurs en Europe ; à la recommandation émise en 2019 par l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (ANSES) d'employer du sel nitrité aux fins de lutter contre la croissance de la bactérie *Clostridium botulinum*[14].

15 L'évaluation par les juges relatives à l'ajout des sels nitrités devient ainsi plus positive, l'action potentiellement néfaste des additifs étant contrebalancée par la considération d'un équilibre entre aspect bénéfique et risque. À l'inverse est reproché à la société Yuca un manque de diligence professionnelle, soit « le niveau de compétence spécialisée et de soins dont le professionnel est raisonnablement censé faire preuve vis-à-vis du consommateur, conformément aux pratiques de marché honnêtes et/ou au principe général de bonne foi dans son domaine d'activité[15] ». Signalons l'usage du terme « soins » (au sens de préservation), présent chez les actants nitrités présentés comme des ressources qui protègent les consommateurs, absent chez Yuca (au sens de l'application professionnelle), qui ferait preuve de manquements vis-à-vis des consommateurs. Outre le traitement informationnel considéré sur le fond comme problématique, la forme est également pointée au moment dénoncer un deuxième élément de défiance : la qualification absolue de l'information. La société Yuca serait utilisatrice de symboles particulièrement anxiogènes pour qualifier les impacts des produits nitrités sur les consommateurs. Plus précisément, le TC d'Aix-en-Provence décrit les informations délivrées aux consommateurs comme un « message d'alerte fort, anxiogène, portant sur des affirmations graves qui mettent en danger [leur] santé[16] », communication qui utilise pour le TC de Paris « un item particulièrement dissuasif, à savoir le cancer[17] ». La conséquence pour le TC de Brive-la-Gaillarde est la création d'un « lien immédiat dans l'esprit du consommateur à un risque d'exposition à des maladies mortelles[18] ».

16 Troisième élément de défiance, les circonstances de la communication, qui a lieu pour le consommateur « au moment précis de son achat[19] ». La prise informationnelle *in situ* pose souci car elle

créerait un « déséquilibre manifeste entre la liberté d'expression d'une part, la liberté d'exercice d'une activité économique licite d'autre part, au détriment de la seconde » (Saint-Jalmes, 2021, p. 40). L'application « touche le consommateur au moment de son achat et, visant l'obtention de résultats immédiats, écarte toute possibilité de débat contradictoire, caractéristique essentielle du débat d'intérêt général » (*ibid.*). Le tribunal de commerce de Brive-la-Gaillarde relève plus précisément que « la SAS Mont de la Coste ne dispose d'aucun moyen dans l'application pour défendre son point de vue sur les allégations portées sur ses produits par la SAS Yuca ».

17 Quatrième élément de défiance, le statut de société commerciale de Yuca, que le juge conjugue à son pouvoir discriminant. À titre d'exemple, le TC d'Aix-en-Provence fait référence à la mesure d'impact diligentée par Yuca, élément que l'on retrouve dans le jugement du TC de Brive-la-Gaillarde à la page 14, preuve d'une « pratique commerciale qui altère substantiellement le comportement des consommateurs[20] ». Juger d'une pratique déloyale, c'est par rebond minorer la réflexivité du consommateur quant à son appropriation critique de l'application Yuka. Nous nous permettons donc ici d'intégrer un cinquième élément de défiance, moins explicitement notable au sein des jugements des tribunaux de commerce, celui qui concerne les consommateurs. Une approche protectrice d'un consommateur face à une information « d'apparence salvatrice […] dans un environnement apparemment scientifique[21] », « admet que le consommateur ait pu être mis dans une situation de confiance, altérant son comportement d'achat[22] ».

18 L'usage d'une pétition, élément plus transversal, conforte les juges dans l'idée que Yuca informe par souci militant, dans une approche subjective et disproportionnée. À titre d'exemple, le TC de Brive-la-Gaillarde relève que l'intégration de la pétition dans l'application « conduit à un impact direct et immédiat sur l'acte d'achat qui nuit gravement et de façon disproportionnée à la liberté d'exercice d'une activité économique licite ».

19 L'acte de dénigrement se structure sur : une disqualification avérée des produits visés, ne reposant pas sur une base factuelle suffisante (premier élément de défiance, la base factuelle n'est pas considérée comme suffisante car constituée avec omission), en rapport à la

gravité des allégations (deuxième élément de défiance), mais en mesure d'influencer considérablement les consommateurs (quatrième élément de défiance), sans possibilité de réponse aux allégations de manière synchronisée (troisième élément de défiance).

20 Les logiques de caractérisation du dénigrement sont par ailleurs présentées par le TC de Paris comme « largement transposables aux pratiques commerciales trompeuses[23] ». Ajoutons toutefois que la partialité, la duperie reprochée à la société Yuca est majoritairement attachée au manque d'équilibre de son jugement entre aspect bénéfique et risque des additifs, au manque « d'impartialité et de sens de la mesure dans ses présentations, face à l'importante littérature scientifique contradictoire et rassurante d'organismes référents en matière de sécurité sanitaire et de santé publique[24] ».

21 La caractérisation de la pratique commerciale déloyale se structure sur le manque de diligence professionnelle et l'altération du comportement économique du consommateur.

2.1.2. Lecture critique de la dialectique

22 Il semble que la condamnation au dénigrement et aux pratiques trompeuses et illégales procède en partie de l'évaluation négative par les juges du dispositif Yuka d'accès à des informations sur les nitrites (dans la dynamique marchande), mais également des acteurs qui portent l'information (les médiations numériques développées par des acteurs de la *transition tech*) et qui se saisissent de l'information (les consommateurs équipés de l'application Yuka). En finalité, les choix jugés partiaux/non neutres de Yuca qui entourent le processus décisionnel influencent les motifs, et les tribunaux exercent une focale sur le détournement de la clientèle de la charcuterie par disqualification des nitrites, réfutant le fait que « le doute devrait autoriser ceux qui s'expriment au nom du principe de précaution à s'en tenir aux sources qui étayent leurs propos » (Raynaud, 2022, p. 36). Ils s'inscrivent ainsi dans une conception historique extensive du dénigrement en France en défense de la liberté du commerce et de l'industrie.

23 Pourtant, la doctrine s'accorde sur le constat selon lequel une vision tentaculaire du dénigrement conduit à une « surprotection de l'entreprise » (Bigot, 2019) au détriment de la libre critique à la suite

d'une vision englobante opérée par les tribunaux de commerce français[25]. En effet, dans le contexte français, il s'agit avec le dénigrement, en vertu du principe de neutralité économique de l'État, d'éviter que ce dernier fausse les conditions de la libre concurrence sauf à justifier d'un intérêt public ou général. De façon intéressante, la lutte contre la concurrence déloyale a fait l'objet de plusieurs textes internationaux aux définitions plutôt restrictives[26], mais potentiellement extensibles. Si l'intention de nuire n'est pas requise, on s'en tient aux « allégations fausses » ; toutefois, dans le guide d'application publié en 1969, est permise une double extension : aux « allégations dénigrantes qui ne sont pas réellement fausses » et par une interprétation libre de chaque État de ce qu'il faut entendre par « concurrence » (Bodenhausen, 1969, p. 150-151). La concurrence déloyale résulte d'une construction prétorienne. En France, une telle interprétation extensive est ainsi réalisée, ce que traduit la définition selon laquelle il s'agit de « porter atteinte à l'image de marque d'une entreprise ou d'un produit désigné ou identifiable afin de détourner la clientèle en usant de propos ou d'arguments répréhensibles ayant ou non une base exacte, diffusés ou émis en tout cas de manière à toucher les clients de l'entreprise visée, concurrente ou non de celle qui en est l'auteur[27] ». La Cour de cassation retient une définition encore plus large en considérant qu'est dénigrement « une information de nature à jeter le discrédit sur un produit ou un service[28] », les termes de « discrédit » et d'« informations » étant pour le moins extensibles (Bigot, 2019, p. 74). Cette vision tentaculaire est perceptible à de multiples niveaux : le dénigrement est appliqué à toujours plus de situations et le lien de causalité entre la faute et la perte économique est évalué de façon très souple.

24 Les affaires Yuca reflètent un flottement (Passa, 2019 ; Watrin, 2020) entre le fondement de dénigrement (pour lequel le caractère vrai ou faux des informations est sans importance) et l'abus de liberté d'expression, seul fondement qui devrait être appliqué dès lors que l'information concerne un sujet d'intérêt général à destination des consommateurs. Dans ce dernier cas effectivement, les critères sont ceux de la base factuelle suffisante et de la critique mesurée[29] précisément utilisés par les tribunaux d'Aix-en-Provence et de Brive-la-Gaillarde. À l'opposé, le tribunal de Paris reprend l'argumentation de la société Yuca selon laquelle son application opère un « jugement de

valeur » en se basant sur des faits « vraisemblables » qui n'ont pas à être prouvés. Le tribunal affirme fermement que « l'appréciation d'un produit aux fins de dissuader le client d'effectuer son achat à l'instant précis de celui-ci ne saurait être confondue […] avec la contribution à un « débat sur un sujet général », le débat étant par essence contradictoire et n'ayant pas pour objectif l'obtention de résultats instantanés ». Une autre extension concerne les actes de non-concurrence. Alors que le dénigrement a pu être défini comme « la divulgation d'une information de nature à jeter le discrédit sur un concurrent[30] », le dénigrement n'est pas exclu « en l'absence d'une situation de concurrence directe et effective entre les personnes concernées[31] ». De surcroît, le fondement de pratique commerciale trompeuse est retenu contre Yuca pour informations incomplètes et absence de précision de respect des normes réglementaires. Pour Lucie Watrin, la base de « pratiques commerciales trompeuses » ne saurait être applicable car il s'agit de pratiques qui visent à attirer les consommateurs. « Or, tel n'est pas l'objectif de l'activité de notation de Yuka, qui ne cherche pas, ce faisant, à vendre ses propres biens ou services mais à informer les consommateurs sur les produits commercialisés par d'autres entreprises […] » (Watrin, 2021, p. 583), comme reconnu par le tribunal de commerce de Versailles dans la décision de référé dans ce même litige[32].

2.2. Les revirements des cours d'appel, le principe d'une confiance ?

25 Le jugement des cours d'appel opère une redirection, un renversement du jugement. Nous construirons donc notre énoncé sur une lecture en miroir des exposés précédemment décrits des tribunaux de commerce, cela aux fins de mettre en exergue les bascules opérées, qui concernent la confiance dans la diligence professionnelle de Yuca et la confiance dans les modalités d'appropriation des consommateurs.

26 Principe socle de différenciation entre les jugements, les cours d'appel mettent très explicitement l'accent sur la valeur ajoutée des actions menées, à destination des consommateurs, par la société Yuca. Valeur ajoutée fondée donc sur une requalification des deux actants que sont Yuka/Yuca et les consommateurs équipés. En

mettant davantage la focale sur le consommateur destinataire de l'information délivrée par la société Yuca, les juges en appel ont également recadré les enjeux d'une application numérique en contournant ce face-à-face entre industriels et opérateurs du numérique.

27 Sur ce premier constat socle, nous nous nous référons à la dialectique du jugement, et notons une rupture entre les jugements des tribunaux de commerce et des cours d'appel concernant le statut et le pouvoir d'influence de la société Yuca sur les consommateurs. Plus concrètement, la CA d'Aix-en-Provence reconnaît comme « ni contesté, ni contestable, que le service offert par le consommateur est un service d'information [...] ». Plus avant, l'application Yuka est décrite comme « aussi un outil pour permettre à ce consommateur d'agir auprès des industriels dans le but d'obtenir une amélioration des produits offerts ». D'après la CA de Limoges, la société Yuca a « une mission d'information du consommateur » doublée d'une mission de promotion « en faveur de l'alimentation biologique, saine, et naturelle, notamment avec moins d'additifs ajoutés » puisqu'elle émet des « opinions ». La CA de Paris, dont la position est certainement la plus remarquable, reconnaît explicitement les bénéfices des actions de l'application Yuka en allouant comme objectif à cette application « d'aider les consommateurs à faire les meilleurs choix pour leur santé et à représenter un levier d'action pour conduire les industriels à proposer de meilleurs produits, et ce aux fins de réduire les inégalités en matière de santé ». Pour la Cour, ces prises de position interviennent dans le cadre d'un « débat d'intérêt général majeur de santé publique » ; elles sont donc couvertes au titre de l'article 10 de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), de l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux et de l'article 10 de la Déclaration de 1789, toutes trois citées par le tribunal. Citant l'affaire *Mamère c/ France* de la Cour EDH, le tribunal rappelle que la liberté d'expression « est une liberté fondamentale qui ne peut être légitimement entravée que de manière très restrictive ». Et d'affirmer que « la liberté d'expression de la société Yuca est le corollaire du droit des consommateurs à l'information sur les effets sur leur santé de leur comportement alimentaire ». Parce que la liberté d'expression est inscrite à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen comme « un des droits les plus précieux de l'homme [...] sauf

à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi » et à l'article 10 de la Cour EDH, elle est fondamentale pour les consommateurs [33] et s'applique pour les supports en ligne comme hors ligne [34]. Selon la Cour, cette liberté « vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique" [35] ».

28 Les extraits sont explicites, la pratique commerciale n'influence plus au sens d'altérer substantiellement le comportement des consommateurs, elle l'influence au sens de corriger substantiellement le processus de choix des consommateurs pour le meilleur. Ces actions constituent selon les CA une ressource certaine, engagée à une activité d'information et d'opinion positives en tant que régulateur du marché économique ciblé. D'un point de vue plus théorique, c'est bien la participation de Yuka à « gouverner les conduites » (Dubuisson-Quellier, 2016) qui est décrite par les juges. Si Sophie Dubuisson-Quellier évoquait alors davantage les stratégies de médiation marchande des Organisations non gouvernementales (ONG) et les instruments utilisés par les pouvoirs publics, ces intentions font écho à la volonté des acteurs de la *transition tech* (considérée par les juges) de guider les choix des consommateurs et des producteurs vers l'adoption de pratiques plus vertueuses du point de vue de l'intérêt général, de manière à répondre à un problème public en régulant les marchés (Aykut, Dahan, 2015). Ce socle défini, les obligations liées au qualificatif de professionnel agissant à titre commercial de la société Yuca se trouvent mises entre parenthèses, et le droit à l'information des consommateurs se trouve replacé au cœur des mesures de prévention des risques. De surcroît, « dans un domaine où la certitude est improbable, il serait particulièrement excessif de limiter la liberté d'expression à l'exposé des seules idées généralement admises » ; « l'article 10 exige […] un niveau élevé de protection » quand « les propos tenus par le requérant relevaient de sujets d'intérêt général : la protection de l'environnement et de la santé publique » [36]. Dès lors que, dans le cadre du jugement, la qualification des missions des opérateurs du numérique et de la définition de la figure du consommateur a été établie (avec un changement de para-

digme noté), les perceptions de l'ensemble de leurs actions s'en trouvent par ricochet changées.

29 La seconde rupture observée dans les jugements concerne le premier élément de tension révélé dans le cadre de la définition de la dialectique du jugement, soit la sélection partiale des informations transmises aux consommateurs par Yuca.

30 Si les TC mettaient en exergue des choix marqués par l'omission, et donc la nécessité de rendre compte de l'ensemble des études disponibles, ainsi que de se doter d'un comité scientifique légitime, la position des CA est tout autre. En ce qui concerne l'obligation de transparence du système de notation, si en première instance le TC d'Aix-en-Provence avait longuement détaillé l'information délivrée au consommateur, considéré son impact fort sur lui et pointé ses omissions, à l'inverse, la position de principe adoptée en appel est opposée : selon la CA de Limoges « le système de pondération de ces critères relève de la décision de la société Yuca qui dispose à cet égard d'un pouvoir quasi discrétionnaire à condition d'en informer l'utilisateur », critère en l'espèce rempli. De l'omission au pouvoir discrétionnaire, la société Yuca a ainsi pour seule obligation de faire la transparence sur le système de notation retenu mais bénéficie de prérogatives concernant les choix effectués pour l'évaluation des produits, choix qui ne sont donc pas évalués par les tribunaux. En ce qui concerne l'absence de scientifiques dans son équipe, la CA de Paris relève que « l'application Yuka, qui délivre un service d'information aux consommateurs, ne se prévaut pas de sa propre autorité scientifique de sorte qu'elle n'a pas à justifier, au titre de ses diligences professionnelles, de disposer de scientifiques au sein de ses équipes ».

31 Si, en première instance, les juges avaient reproché des renvois à des études en anglais, le manque d'exhaustivité et la non-mention d'études contrebalançant des résultats jugés trop anxiogènes pour les mangeurs, les juges en appel vont poser des critères ayant le mérite de la clarté. Premièrement, un critère procédural est posé par une des trois cours d'appel ; en effet, la CA de Limoges se montre plus exigeante que les deux autres tribunaux en relevant que Yuca se fonde « sur des sources scientifiques, retenues par son conseil scientifique, présidé par un médecin nutritionniste, et composé d'un nutritionniste, de deux toxicologues, d'un médecin gynécologue obstétri-

cien et d'un ingénieur agronome ». Aussi, le tribunal pose-t-il des conditions procédurales à la sélection des sources scientifiques. Ce critère semble faire écho à un argument soulevé par les industriels reprochant à la société Yuca de ne pas disposer de chercheurs en interne. Ce critère pourrait poser des difficultés à des structures plus petites qui ne disposeraient pas nécessairement d'un conseil scientifique. Il contredit également l'argument relevé plus avant concernant le fait que Yuca n'a pas pour mission de faire de la production scientifique.

32 Deuxièmement, et ce critère a fait l'unanimité des cours d'appel, le nombre des études relevant la dangerosité des nitrites, tout comme la longévité de ces études sont signalés. Pour la CA de Limoges, ces études soulignent « depuis de nombreuses années » « la dangerosité des charcuteries » avec nitrites. Cette longévité se combine avec la concordance des résultats scientifiques pour la CA de Limoges (« données scientifiques sérieuses et concordantes »). Ces éléments s'inscrivent ainsi dans une logique de prévention de risques connus auxquels les citoyens doivent pouvoir décider de s'exposer ou non, en connaissance de cause. Cela renvoie à l'importance d'un soutien massif à la recherche scientifique dans nos sociétés au sein desquelles un nombre incalculable de substances potentiellement dangereuses circulent. Quelques mois plus tôt, la CA d'Aix-en-Provence, plus timidement, avait qualifié les études comme « suffisamment nombreuses et détaillées », issues d'« un travail de recherche non contestable ». Pour la CA d'Aix-en-Provence, « le fait qu'une partie de cette documentation soit en langue anglaise est sans effet sur la validité de cette base documentaire ». De la sorte, elle avait conclu que « les travaux les plus récents en la matière confirment pour le moins qu'il est possible, sans excéder le droit à la liberté d'expression, de divulguer sur une base documentaire réelle l'information selon laquelle l'ajout d'additifs nitrés dans l'alimentation peut être considéré comme dangereux pour la santé ». On réalise ainsi combien ces opérateurs du numérique sont dépendants en amont de la production scientifique.

33 Troisièmement, le « sérieux » des études est un critère faisant également consensus pour les juges en appel. La CA de Limoges est attentive au fait que les sources retenues « n'émanent que d'institutions ou d'autorités sanitaires reconnues », telles que l'ANSES, le CIRC (Centre

international de recherche sur le cancer), l'EFSA, l'Institut national de recherche et de sécurité, le Comité d'experts FAO/OMS. Pour la CA de Limoges, le fait que de nombreuses « communications grand public » aient alerté sur les dangers des nitrites pour la santé humaine semble également être important. La CA de Limoges se réfère au rapport parlementaire d'information de janvier 2021 et à l'adoption d'un projet de loi par l'Assemblée nationale en février 2022. La médiatisation et la politisation de l'enjeu semblent importer pour cette Cour. La CA de Paris utilise l'expression de « documents scientifiques sérieux ». De même, la cour d'appel de Limoges évoque des « recherches sérieuses, nombreuses » représentant une base factuelle suffisante.

34 Si la société Yuca n'a pas besoin de disposer de scientifiques dans son équipe, il importe pour elle, par conséquent, de faire reposer son application et son système de notation sur des connaissances scientifiques robustes.

35 La troisième rupture observée dans les jugements concerne le deuxième élément de tension révélé dans le cadre de la définition de la dialectique du jugement, soit l'usage par la société Yuca de représentations dépréciatives excessives, anxiogènes. Sur la forme, il faut en premier lieu, pour la CA de Limoges, relever que « le fait de pouvoir consommer un produit alimentaire sans risque pour sa santé est une qualité essentielle de ce produit » et que cette disposition est bien applicable. Contrairement aux jugements rendus en première instance, les juges en appel rejettent le critère de « mesure » préalablement retenu. Ainsi, pour la CA de Limoges, la mesure de l'information n'est pas un critère pertinent, car « les critères distinctifs reposent exclusivement sur la fausseté des informations ou leur propension à induire le consommateur en erreur ». De même, selon la CA d'Aix-en-Provence, le « caractère anxiogène de ces informations relevé par les premiers juges et le caractère non exhaustif de la documentation scientifique présente sur l'application » ne permettent pas de qualifier la pratique commerciale comme trompeuse. D'après la CA de Paris, « si les allégations incriminées peuvent être contestées […], elles ne peuvent être considérées comme dépassant la mesure requise dans le cadre d'informations de santé publique ». Ce revirement quant à la nécessité de faire preuve ou non de mesure trouve de manière très intéressante son explication dans

une redéfinition des missions des juges vis-à-vis des éléments scientifiques. Dans un monde de difficile gouvernance des risques et de connaissances scientifiques complexes, la question du rôle du juge s'est posée avec acuité, et la posture choisie s'est révélée plus prudente en appel. Les juges français refusent dans ces trois jugements en appel d'apprécier le niveau de risque encouru tout comme le choix opéré par les industriels. Pour la CA d'Aix-en-Provence, son rôle n'est pas de « déterminer si les bénéfices de l'emploi de ces additifs, notamment du fait de leur pouvoir conservateur, l'emportent sur les risques qu'ils pourraient engendrer, ni même sur l'importance de ces risques au vu de la littérature scientifique », mais seulement que l'utilisation de ces additifs « [soit] débattue par une partie de la communauté scientifique et [fasse] l'objet d'un débat public ». La CA de Paris affirme ne pas avoir à déterminer le rapport bénéfices/inconvénients de l'usage de ces additifs ni même à « se prononcer sur l'importance de ces risques au vu de la littérature scientifique ». Les juges n'admettent donc expressément qu'un rôle modéré de constat d'un débat public et scientifique. Ainsi, les jugements rendus en appel semblent confirmer la position doctrinale selon laquelle la mission du juge est de protéger l'esprit de controverse « sans se faire juge de la science » (Noiville, Hermitte, 2006, p. 272) : ce qu'illustre l'affaire concernant l'ouvrage de Robert Bell, *Les sept péchés capitaux de la haute technologie* (Bell, 1998)[37], la mission du juge étant juste « d'éviter que [le débat] ne s'égare en outrage et malveillance » et non « de contrôler la pertinence des arguments échangés »[38]. La CA de Limoges énonce encore plus explicitement qu'« il n'appartient pas aux juges de se substituer aux scientifiques pour consacrer une vérité mais de vérifier si les informations communiquées à cet égard sur l'application relatives aux caractéristiques du produit évalué émanaient de sources scientifiques autorisées, en nombre suffisant et n'étaient pas dénaturées ».

36 Ainsi le juge français n'a pas à trancher un débat scientifique mais à évaluer cependant l'absence de dénaturation par l'opérateur du numérique des données scientifiques qui doivent exister en nombre et qualité suffisants, ce que le juge doit vérifier[39].

37 Permettons-nous toutefois ici de rappeler que, depuis les jugements rendus en première instance, un rapport de l'ANSES concluait en juillet 2022 à une association positive entre le cancer colorectal et

l'exposition aux nitrates/ou nitrites par les produits carnés. Si, à la lecture des jugements en appel, cet élément n'a pas été central dans le revirement des décisions de justice, il a pu néanmoins favorablement contribuer à un nouveau positionnement des juges, mais la part de cette contribution est impossible à mesurer.

38 La quatrième rupture observée dans les jugements concerne le troisième élément de tension révélé dans le cadre de la définition de la dialectique du jugement, soit un contexte de prise informationnelle *in situ* peu propice au droit de réponse des industriels. En effet, les juges des TC percevaient comme problématique l'impossibilité d'une défense, d'une synchronisation du débat contradictoire. Tout autre est l'approche des CA, pour qui Yuca n'a pas à permettre un droit de réponse aux industriels. Les tribunaux ont été davantage sensibles à la mission fondamentale d'information des consommateurs remplie par ce genre d'application et ont saisi la finalité de l'application qui est de renseigner les consommateurs au moment de l'acte d'achat.

39 Les applications adossées au smartphone sont ainsi appréhendées en tant que soutien apporté à l'avènement du *self marketing* (Cochoy, 2012), au sein duquel la stimulation marchande est sélectionnée par un consommateur co-animateur du marché, et d'une mobilité avec improvisation et reconsidération *in situ* des intentions d'achat, chemin faisant (March, 1978 ; Merton, Barber, 2004). Au moment où l'usager s'empare de technologies présentées comme « intelligentes », dont le smartphone est l'exemple le plus symptomatique, il se trouve en situation d'être influencé dans son rapport à l'environnement et dans la manière dont il le consomme. Respecter l'application Yuka dans la spécificité de son format logiciel, c'est juridiquement accepter (et ici même reconnaître) la spécificité de ces nouveaux supports de communication. Plus avant, une étude demandée par le Bureau européen des unions de consommateurs (Helberger, 2013) défend l'importance de réduction de l'information pour permettre aux individus d'opérer des choix raisonnés. C'est d'ailleurs précisément en réaction au constat des implications négatives de la surcharge informationnelle actuelle (avec des mentions facultatives qui fleurissent aux côtés des mentions obligatoires) que le numérique a été examiné comme une réponse potentielle. Les travaux du Conseil national de la consommation soutiennent le principe de technologies numériques comme moyen de lutte contre la surcharge des

étiquettes et le déploiement d'une « meilleure information afin de protéger les droits des consommateurs » (Gervais, Armand, Duchemin, 2013). Les médiations numériques sont donc clairement perçues comme un levier de lutte contre l'amplification de l'opacification des marchés (Akerlof, 1970) et/ou la dilapidation des ressources cognitives du consommateur, par manque de préservation (économie) de son attention (Goldhaber, 1997). La CA de Paris rejette l'exigence d'exhaustivité de la documentation scientifique, « les sources citées étant crédibles et concordantes ». La CA de Limoges relève d'ailleurs les « contraintes imposées » par l'application « qui la contraignaient à limiter les informations détaillées pour conserver un minimum de lisibilité » sans dissimuler d'« informations substantielles », compte tenu des « renvois immédiats qu'elle proposait à l'utilisateur vers l'ensemble des sources scientifiques et des avis rendus par les autorités sanitaires, y compris ceux de l'EFSA et l'ANSES ». En finalité, aucun droit de réponse du fabricant n'est exigé en appel « étant observé que la sanction de pratiques commerciales déloyales ou trompeuses a vocation à protéger le consommateur, et non le fabricant ou producteur, et rappelé que toute activité, fût-elle à but commercial, ayant pour finalité l'information de tiers et la diffusion d'opinions est protégée par la liberté d'expression dont il n'est démontré en l'espèce, sur un sujet de santé publique, aucun abus dans l'exercice de ce droit ». Loin d'être périphérique, la place du consommateur équipé à informer est ici exprimée et se loge entre celle des industriels et celle des opérateurs du numérique.

40 En finalité, nous avons pu observer les incidences consécutives à trois évolutions dans les façons pour les juges de penser le rôle des acteurs : soit le fait de porter au crédit de la société Yuca un rôle de surveillance, à la mission du juge de ne pas se faire l'arbitre de la science, et au consommateur équipé des capacités réflexives d'appropriation informationnelle nécessaires à un achat informé et régulateur. Témoigner d'une confiance dans les vertus des répercussions de l'outil, c'est finalement pour les juges faire montre d'une confiance quant aux motivations du médiateur informationnel Yuca. La confiance se rapporte au jugement des consommateurs qui se saisissent de l'application développée, confiance également en une science consolidée. Le rôle de médiateur de la surveillance renforce la contribution de Yuka au débat d'intérêt général, et l'appréciation du

dénigrement doit se réaliser en considération du respect de la liberté d'expression et d'opinion. Redéfinir les « principes de bonne foi » et « de soins professionnels » éclaire différemment les discrédits imposés par Yuca. Le fait pour les tribunaux de ne pas se faire juge de la science, et donc de ne pas hiérarchiser et arbitrer les apports scientifiques, contraint néanmoins les opérateurs du numérique à se focaliser sur les substances ayant fait l'objet d'une science abondante, sérieuse et consolidée. Si, selon la CA d'Aix-en-Provence, le discrédit est bien admis (la présence de nitrites ayant pour conséquence une note très basse dès lors que le consommateur scanne la charcuterie nitritée) et, même si les termes « risque élevé » et mention de présence d'agents génotoxiques et cancérigènes « peuvent être contestés scientifiquement, notamment en prenant en compte les doses d'additifs utilisées, la consommation réelle des aliments ou toute autre donnée scientifique, ce discrédit ne vaut pas dénigrement car les allégations ne peuvent être considérées comme excessives et encore moins mensongères ». Les informations telles que proposées aux consommateurs ne constituent plus alors une pratique commerciale trompeuse. La pratique commerciale ne peut non plus être qualifiée de déloyale car, si l'influence sur le comportement des consommateurs est avérée, le respect de la diligence professionnelle est assuré par un recours notable aux travaux d'associations et d'instituts de recherche, ainsi que par une transparence certaine sur la portée des évaluations proposées par l'application Yuka

3. Une confiance à soutenir, caractériser et conditionner

41 Dans un contexte de « marché concerné » (Geiger, Harisson, Kjellberg, Mallard, 2014) qui crispe les acteurs des marchés, où une pluralité de dispositifs de prescription co-construisent une « connaissance orientée » et font coexister « plusieurs visions de ce qu'est la qualité d'une chose ou d'une prestation » (Rodet, 2013, p. 46), nous comprenons l'intérêt pour le législateur d'éviter la multiplication des contentieux, et donc de se doter d'un cadre apte à réguler les controverses juridiques. Ce cadre repose sur la consolidation d'un statut comparable à une médiation de la surveillance par les tribunaux, et donc de

la confiance accordée aux acteurs associés à ce statut, consolidation alliée à une évaluation prudente des conclusions scientifiques.

42 Nous reviendrons sur l'intérêt de « libérer » la parole des médiateurs informationnels et d'éviter l'enfermement consécutif à la diversité et l'opacité des recherches scientifiques. Plus avant, nous analyserons le nécessaire pendant d'un moindre contrôle de l'information.

43 Nous avons pu observer la confiance allouée par les juges, en appel, quant à la combinaison entre influence et qualité informationnelle du dispositif. Le prisme de l'analyse par un passage de la suspicion à la confiance permet de saisir les principes fondateurs et les tenants et aboutissants des jugements. L'analogie est facile : si le dispositif informationnel Yuka tend à opérer en tant que dispositif de jugement pour les consommateurs, il se doit d'être positivement identifié par les juges.

3.1. Le rôle de médiateur de la surveillance en gouvernance des risques

44 Il importe de comprendre l'enjeu du renforcement du droit à l'information des consommateurs dans une société de difficile régulation des risques opposant les individus et médiateurs de l'information à des acteurs privés dominants. L'histoire en matière de santé environnementale révèle les formes d'impuissance des acteurs issus des mondes scientifiques[40], réglementaires, politiques et médiatiques au moment de soutenir la communication des informations aux consommateurs. Face à ces impuissances, des acteurs issus des mondes numériques s'affirment comme atouts en termes de régulation des marchés et défendent le principe d'un avènement des médiations numériques comme accroissement de la transparence informationnelle et dépassement des contraintes physiques de l'emballage.

45 Alors que le principe de précaution n'est pas activé en amont, le principe de prévention aurait pu aboutir à un étiquetage plus offensif sur la question des nitrites. S'appuyant sur les décisions de première instance, Claire Rossetto soutient que « si la solution apportée par le juge est donc critiquable, elle dévoile surtout les insuffisances de la réglementation entourant la question des nitrites, qui n'est décem-

ment pas en adéquation avec les risques (évoqués dans plusieurs études) que peut engendrer l'ajout de telles substances » (2022, p. 292). Ainsi, il persiste une méfiance envers une réglementation impuissante, seule, à protéger convenablement les mangeurs de risques avérés, ainsi qu'une suspicion envers le produit considéré (les sels nitrités).

46 Les médias, les ONG, comme les chercheurs, blogueurs et utilisateurs populaires des médias sociaux[41], du fait de leur rôle fondamental de « chien de garde public », doivent bénéficier d'une protection accrue. Dans ce registre, la société Yuca, et plus spécifiquement son application Yuka, s'attribue un rôle qui emprunte à la fonction de prescripteur comme de « médiateur de la surveillance ». La sociologie de la traduction a proposé le concept de « médiateur » afin de « qualifier ceux qui articulent entre eux les différents mondes sociaux » (Latour, 2006) et participent à favoriser la diffusion de l'information ; les « médiateurs de la surveillance » sont des acteurs qui « facilitaient la circulation de l'information et la coopération entre mondes sociaux » (Prete, 2008, p. 502), notamment dans le cadre de « la surveillance des risques sanitaires et environnementaux » (*ibid.*, p. 489). Ces acteurs intermédiaires du contrôle des risques sanitaires se trouvent confier une mission des pouvoirs publics (Borraz, 2005) dont le rôle en matière de santé et d'environnement est crucial[42]. Pour Teubner (2016), ces opérateurs agissent comme des « contre-forces sociales » pour lesquels un renforcement des « droits fondamentaux intrasociaux » s'impose.

47 L'importance du droit à l'information est confortée en période de gouvernance des risques, où l'abstention n'est pas une option et où « l'exigence d'une preuve d'innocuité se heurte, par ailleurs, en de nombreux cas à une impossibilité scientifique » (Thomasset, 2006, p. 80). Si la gestion du risque sanitaire par les décideurs publics est ancienne, Jean-Baptiste Fressoz (2012) a montré combien, avec le développement de la société industrielle, nous assistons au passage d'une évaluation empirique et *a posteriori* des dégâts, faisant appel à des instances judiciaires, à une évaluation *a priori*, fondée sur la prévision et faisant appel à des experts scientifiques. Dans ce cadre, l'information fait assurément partie des mesures de prévention à mettre en place. Dans cette logique de « déplacement actuel de la responsabilité vers la prévention » (Thomasset, 2006, p. 81), le soutien

à apporter à l'émancipation de l'information prend une valeur encore plus importante. Le risque (et non un simple danger), caractérisé par sa prévisibilité et son caractère incertain, connu ou avéré, doit être consenti librement par un consommateur éclairé (*ibid.*, p. 80). Le ralliement des citoyens à la gouvernance du risque et à leur co-responsabilité[43] implique que leur accès facilité à l'information leur permette d'adopter des mesures de prévention individuelle, chaque individu se sachant plus ou moins vulnérable et étant prêt à accepter un niveau plus ou moins élevé de risque, ce qui vaut pour les risques vraisemblables comme certains. « Inciter les individus à diminuer leur exposition aux risques suppose qu'ils soient informés de ces risques » (Conseil d'État, 2018, p. 334). Comme l'énonce clairement le Conseil d'État, « la connaissance du risque et le fait qu'il ait été choisi et non subi sont des facteurs essentiels d'acceptabilité pour les publics concernés » (Thomasset, 2006, p. 88).

48 Dès lors, le droit à l'information des consommateurs, qualifié de droit de la quatrième génération et comme faisant partie des « droits fondamentaux intrasociaux » (Hensel, Teubner, 2021), doit permettre à la société civile (y compris à des opérateurs du numérique opérant comme médiateurs du droit à l'information) « de jouer son rôle de contre-pouvoir » (Perroud, 2022, § 1). Le dernier rempart n'est donc pas le respect de la réglementation, dont le rôle de sanction de son non-respect relève précisément de la mission traditionnelle du juge. Pour reprendre les termes de G. Loiseau :

> « L'application est, autrement dit, dans son rôle d'informer les consommateurs de l'existence de risques liés à la consommation d'un produit quand bien même ce produit serait conforme aux normes européennes qui garantissent un niveau élevé de protection des consommateurs. Ne pas l'admettre reviendrait à considérer que la conformité d'un produit aux normes européennes interdit toute mise en garde pour des raisons sanitaires et, plus exactement, que celle-ci constitue *de jure* un acte de dénigrement. Le droit des consommateurs d'être informés serait, pour le coup, sacrifié par respect pour l'autorité d'une réglementation dont on sait pertinemment qu'elle est, de manière générale, sensible aux interventions des lobbies. » (Loiseau, 2023, p. 2)

3.2. Des positions judiciaires et politiques divergentes

49 La mission que se donnent les opérateurs du numérique d'informer au-delà de la réglementation (insuffisamment protectrice) et d'une vérité scientifique par essence instable (comme en conviennent les cours d'appel) appelle-t-elle à mieux encadrer ces acteurs du marché apparentés à des médiateurs de la surveillance ?

50 Les juges en appel ont adopté une posture de confiance laissant Yuca libre d'opter pour le dispositif de son choix, sous réserve d'en informer le consommateur et de s'appuyer sur une science jugée sérieuse, consolidée et abondante. Surtout, la posture initiale de confiance repose sur des référentiels de jugement qu'une scrupuleuse lecture des décisions de justice nous a permis de mettre en exergue. Ces référentiels sont : la transparence sur les sources de financement et soutien, le renseignement des sources de données, la transparence sur les missions que les développeurs du dispositif définissent, la réputation de la société. Dans la continuité de ce processus de jugement, une analogie est séduisante, celle qui consiste à comparer le consommateur sélectionnant un dispositif de jugement qui réduit l'incertitude sur la qualité d'un produit et le juge estimant la qualité d'un dispositif qui équipe la cognition des consommateurs. Nous proposons donc de mettre au profit du jugement, au sens juridique du terme, les principes de l'économie de la qualité.

51 L'économie de la qualité repose sur deux dimensions : l'identification et l'évaluation, comme supports d'une réduction de l'incertitude nécessaire à l'établissement d'un échange (et donc d'un jugement). L'identification a pour objectif de stabiliser les attributs de la qualité d'un produit. Au moment où les dispositifs sont pensés et développés, leurs concepteurs participent à définir et à fixer les qualités des biens, à qualifier les produits. L'importance du travail « d'évaluation » qui suit l'identification provient du constat que, pour autant que l'identification soit nécessaire, elle n'est pas suffisante au moment de dépasser l'incertitude. Ce dépassement est permis par le travail de définition de dispositifs de jugement et d'engagement (donc de confiance) qui soutient la réalisation de la transaction. Et la tâche est ardue, car « un même produit peut donner lieu à des interprétations

différentes de sa qualité, c'est-à-dire à une pluralité de qualifications, ce qui induit des disputes structurelles sur les bonnes façons d'organiser une activité économique. La coordination suppose un accord préalable sur ce qu'est la qualité des biens » (Musselin *et al.*, 2002, p. 268). Labels, certifications, liste des ingrédients, origines, déclarations nutritionnelles, scores, impacts environnementaux, impacts sociaux, etc., convenons qu'au moment de remplir son panier de produits alimentaires, le consommateur opère des choix appuyés par des dispositifs informationnels (Cochoy, 2002 ; Laurent, Mallard 2020) dont on note la pluralité. La pluralité est comparable dans le cadre du jugement : il s'agit d'identifier les éléments de qualification du dispositif et de son développeur par les juges. La situation du consommateur faisant face à la grande diversité des informations qui appuient son jugement est comparable à celle du juge faisant face à la grande diversité des controverses et luttes d'acteurs au sein du marché examiné. Aux fins de lutter contre une opacification du jugement, duquel découlerait une production de l'ignorance, les référentiels de qualification s'inscrivent dans le registre de l'évaluation. Ne pas se faire juge de la science et accorder une présomption d'action positive des aux prescripteurs permet aux juges de contourner le risque d'un verrouillage informationnel.

52 Si les juges en appel ont adopté une posture de confiance, tout en sachant que le rôle du juge n'est point de réguler le marché, les acteurs politiques semblent plus précautionneux. Devant la densité des informations et des dispositifs qui en sont porteurs, les pouvoirs publics cherchent à en faciliter (et fiabiliser) la lecture par les consommateurs.

53 S'agissant des applications d'évaluation des produits, le rapport d'information au Sénat (2021-2022)[44] leur reconnaît un fort pouvoir prescriptif en mentionnant qu'elles « jouissent d'un fort crédit, les rendant fortement prescriptives [l'étude d'impact de Yuka est citée[45]], ce qui leur confère une responsabilité particulière » et en précisant que « la fiabilité des informations contenues dans les bases de données se doit d'être sans faille[46] ». La fiabilité des informations à disposition des consommateurs engage les législateurs à questionner la fiabilité des supports de ces informations, ici les dispositifs numériques d'évaluation des produits. C'est pourquoi, dans le cadre du rapport d'information précité, la Commission des affaires

économiques du Sénat propose une liste de recommandations dont certaines s'adressent spécifiquement à l'accompagnement du développement des applications de notation des produits[47]. Il s'agit notamment : de mettre en place une certification publique des applications d'évaluation des produits chargée d'attester la pertinence scientifique des critères d'évaluation et de leur pondération, ainsi que la fiabilité des bases de données utilisées (recommandation 1) ; de publier, sous la responsabilité des ministères compétents, un guide des bonnes pratiques[48] à destination des sites et applications d'évaluation des produits (recommandation 2).

54 Pour les travaux visant à l'élaboration d'un référentiel des bonnes pratiques à usage des applications numériques relatives à la qualité alimentaire, le Conseil national de la consommation (CNC) a été mandaté, le 29 juin 2022, avec la mission d'analyser les enjeux sociologiques, économiques et juridiques et les impacts potentiels de ces pratiques de consommation[49]. Pour le groupe de travail de le CNC, il est question également d'émettre un avis sur les exigences auxquelles ces applications doivent se conformer et de former des recommandations, notamment à l'attention des opérateurs du numérique ainsi qu'à celle des consommateurs qui les utilisent. Parmi les préconisations faites par la Commission des affaires économiques, on trouve également des éléments à introduire dans le contenu textuel et l'ergonomie des sites et applications : la mention des sources de financement de l'application ainsi que la connaissance des liens potentiels avec des acteurs privés ; l'indication des sources de données ; le signalement des labels publics et signes officiels de qualité dont disposeraient les produits ; la possibilité d'insérer un onglet « réponse du fabricant » ainsi que la notification de l'amélioration d'une note d'un produit ; la recommandation de privilégier une note affectée à chacun des critères de qualité examinés plutôt qu'une notation qui agrège les différentes dimensions[50].

55 Ainsi, la nomenclature employée par les tribunaux est complétée par : l'usage des labels publics et signes officiels de qualité préexistants, un droit de réponse pour le fabricant, la mise en exergue des évolutions de la notation, une diversification des indicateurs (en opposition à une note agrégée). Ces exemples nous permettent de dresser un inventaire de ces différentes dimensions, qui se compose du modèle économique de la société, des relations marchandes de cette même

société, de la pluralité des recherches scientifiques auxquelles elle recourt au moment de qualifier un produit, des signes de qualité comme scores agglomérés, de la place accordée à la contradiction (définie par d'autres acteurs en opposition aux postures défendues). Surtout, la comparaison permet la mise en évidence de l'insertion par le CNC d'un certain nombre de contraintes informationnelles pour les opérateurs du numérique. L'usage des labels et signes officiels de qualité préexistants et la diversification des indicateurs génèrent une intensification des dispositifs informationnels par cohabitation avec les mentions traditionnelles et récentes, intensification appuyée par la mise en visibilité des modifications de la note. Notons également la nécessité d'un droit de réponse qui, adossé au support numérique de manière synchronisée, représente la controverse. Selon ces principes, la médiation représente et reproduit les controverses en contexte de prise informationnelle. Les trois tribunaux de première instance avaient transposé, pour partie, le régime applicable à la presse écrite en relevant l'impossibilité pour la filière de production de répondre sur les mêmes supports avec les mêmes moyens aux allégations contestées [51].

56 Les ouvertures au droit de réponse du fabricant ou encore la notification d'amélioration d'une note, qui vont à l'encontre des décisions de justice faisant primer la liberté d'expression pour un enjeu majeur de santé publique, visent à « pacifier les relations avec les producteurs » selon la formulation du rapport d'information. Une manière différente d'intégrer l'action des producteurs dans le renseignement produit sur la plateforme numérique est ainsi portée par la société NumAlim [52] à travers sa banque de données UniversAlim, lancée en décembre 2021 et renseignée par les industriels eux-mêmes. Notons que, si Open Food Facts est une organisation à but non lucratif fonctionnant sur un principe d'*open data* et sur l'appui informationnel bénévole des consommateurs, NumAlim est une société coopérative d'intérêt collectif (SCIC) constituée sous forme de société à responsabilité limitée (SARL). Les industriels qui transmettent leurs fiches produit peuvent bénéficier de services optionnels payants et la base de données est accessible gratuitement aux concepteurs d'application uniquement pour une partie des informations, des accès additionnels faisant l'objet d'un abonnement payant. La question de l'homogénéisation ou non des travaux politiques et

juridiques reste à observer. L'enjeu est la modalité d'évaluation de la confiance à accorder aux dispositifs de confiance.

Conclusion

57 Du dispositif de jugement au jugement de celui-ci, nous notons l'importance prépondérante de la qualification des acteurs jugés, plus communément de la confiance accordée à ces acteurs. En effet, la clé du revirement des décisions de justice semble en grande partie tenir aux référentiels de perception des actions des acteurs de la *transition tech* qui développent les dispositifs informationnels, ainsi qu'aux consommateurs qui s'équipent de ces aides décisionnelles.

58 Ces décisions de justice interviennent dans un contexte de développement de dispositifs numériques répondant à des enjeux de santé publique en tension. Si la dimension digitale (et intégrée à l'acte d'achat) est suspicieusement considérée par les juges en première instance, c'est une lecture teintée de « solutionnisme technologique » (Morozov, Braud, 2014) qui prend le pas en appel. La réponse des acteurs politiques sera à suivre.

59 Surtout, la problématique centrale semble être celle de la quantité des actants, qu'ils soient de l'ordre des molécules dangereuses, recherches scientifiques associées, dispositifs de jugement, labels, allégations, etc. Le déplacement du contrôle des informations au contrôle des médiations qui traduisent l'information environnementale et/ou sanitaire démontre la volonté d'une réduction des entités à qualifier. Il permet également, du fait que l'on s'intéresse moins à l'information qu'à ceux qui la colportent, de protéger le consommateur d'une vérification trop coûteuse cognitivement des informations qui lui sont proposées [53]. Le constat n'est pas nouveau, l'exemplarité des procès liés au glyphosate [54] (Lambert, 2020) prouve la nécessité pour les acteurs de la régulation de s'astreindre à des focales associant une causalité claire entre un produit précis et une maladie associée. La diversité fabrique l'ignorance, rend délicats le suivi et la preuve.

60 La problématique de réduction des actants et de fluidification du jugement est ouverte. Le rôle du juge pourrait en être modifié au sein

de marchés crispés par l'exigence des enjeux environnementaux, nutritionnels, comme sociaux.

BIBLIOGRAPHIE

Les adresses Internet citées dans cet article ont été consultées le 22 janvier 2024.

Akerlof G. A., 1970, « The market for "lemons": Quality uncertainty and the market mechanism », *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, n° 3, p. 488-500

ANSES, 2022, *Évaluation des risques liés à la consommation de nitrates et nitrites. Avis révisé de l'*ANSES, rapport d'expertise collective, juillet 2020

Aykut S. C., Dahan A., 2015, *Gouverner le climat : vingt ans de négociations internationales*, Paris, Presses de Sciences Po

Barrey S., Cochoy F., Dubuisson-Quellier S., 2000, « Designer, packager et merchandiser : trois professionnels pour une même scène marchande », *Sociologie du travail*, vol. 42, n° 3, p. 457-482

Berger T., 2020, *L'accès aux informations environnementales et sanitaires. Le cas des substances chimiques, des OGM et des médicaments*, thèse de doctorat en droit, Université de Paris 1

Beuscart J.-S., Peugeot V., Pharabod A.-S., 2020, « Gouverner numériquement les conduites ? Les technologies de la transition écologique », dans E. Kessous, J.-P. Nau (dir.), *Les technologies et le gouvernement des marchés. Des algorithmes aux biotechnologies*, Paris, L'Harmattan, p. 83-105

Bigot Ch., 2019, « Liberté d'expression et protection des intérêts de l'entreprise : une confrontation permanente », *Légipresse*, hors-série n° 61, p. 76

Bodenhausen G. H. C., 1969, *Guide d'application de la convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*, BIRPI, p. 150-151 : [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/intproperty/611/wipo_pub_611.pdf]

Borraz O., 2005, « Les normes : instruments dépolitisés de l'action publique », dans P. Lascoumes, P. Le Galès (dir.), *Gouverner par les instruments*, Paris, Presses de Science Po, p. 123-161

Bruegel M., Nicoud M., Barlösius É. (dir.), 2011, *Choix des aliments. Informations et pratiques alimentaires. De la fin du Moyen Âge à nos jours*, Rennes, Presses universitaires de Rennes

Chiffoleau Y., Bouré M., Akermann G., 2018, « Les circuits courts alimentaires à l'heure du numérique : quels enjeux ? Une exploration », *Innovations agronomiques*, n° 67, p. 37-47, [https://hal.inrae.fr/hal-02627169]

Cochoy F., 2002, *Une sociologie du packaging ou l'âne de Buridan face au marché*, Paris, PUF

Cochoy F., Dubuisson-Quellier S., 2000, « Introduction. Les professionnels du

marché : vers une sociologie du travail marchand », *Sociologie du travail*, vol. 2, n° 3, p. 359-368 [https://doi.org/10.4000/sdt.36852]

Conseil d'État, 2018, *La prise en compte du risque dans la décision publique, Pour une action publique plus audacieuse*, Paris, La Documentation française,

Crozier M., Friedberg E., 1977, *L'acteur et le système*, Paris, Seuil

Dedieu F., 2022, *Le confort de l'ignorance*, Paris, Seuil

Dubuisson-Quellier S. (dir.), 2016, *Gouverner les conduites*, Paris, Presses de Sciences Po

Fressoz J.-B., 2012, *L'Apocalypse joyeuse. Une histoire du risque technologique*, Paris, Seuil

Frickel S. et al., 2010, « Undone science: Charting social movement and civil society challenges to research agenda setting », *Science, Technology, & Human Values*, vol. 35, n° 4, p. 444-473

Geiger S., Harisson D., Kjellberg H., Mallard A. (dir.), 2014, *Concerned markets: Economic ordering for multiple values*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing

Gervais V., Armand L., Duchemin C., 2013, *Rapport du Conseil national de la consommation relatif à la dématérialisation au service de l'information du consommateur*, [https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/boccrf/2013/13_04/rapport_cnc_17042013.pdf?v=1507297853]

Goldhaber M. H, 1997., « The attention economy and the Net », *First Monday*, vol. 2, n° 4, [https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/download/519/440]

Guinchard S., Bazin-Beust D., 2011, « Responsabilité des associations de consommateurs. Droit de critique, boycot », *Jurisclasseur Concurrence-Consommation*, LexisNexis, fasc. 1215, 5 janvier, para. 5

Hazan A., Loinger-Benamran G., 2021, « Influence et responsabilité : les obligations juridiques des influenceurs », *Légipresse*, vol. 66, n° HS2, p. 9-20

Helberger N., 2013, *Forms matter: Informing consumers effectively*, Amsterdam, BEUC, [https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/x2013_089_upa_form_matters_september_2013.pdf]

Hensel I., Teubner G., 2021, « Matrix Reloaded », *Trivium [en lignre]*, n° 32, [https://doi.org/10.4000/trivium.7571]

Honorat F., 2022 « Influenceur… un commerçant comme un autre », *Légipresse*, HS1, n° 66, p. 81-87

Jouzel J.-N., Prete G., 2017, « La normalisation des alertes sanitaires. Le traitement administratif des données sur l'exposition des agriculteurs aux pesticides », *Droit et société*, vol. 96, n° 2, p. 241-256, [https://doi.org/10.3917/drs.096.0241]

Karpik L., 2000, « Le Guide rouge Michelin », *Sociologie du travail*, vol. 42, n° 3, p. 369-389, [https://doi.org/10.4000/sdt.36855]

Lambert É., 2020, « Le contentieux américain des victimes de l'exposition au glyphosate », *Revue juridique de l'environnement*, n° HS20, p. 201-213

Latour B., 2006, *Changer de société, refaire de la sociologie*, Paris, La Découverte

Laurent B., Mallard A. (dir.), 2020, « Introduction labels in economic and political life: Studying labelling in contemporary markets », dans *Labelling the economy. Qualities and values in contemporary markets*, London, Palgrave Macmillan, p. 1-31

Libaert Th., Allard-Huver F., 2014, « La communication sur les sujets sensibles au prisme des sciences de l'information et de la communication », *Revue de communication sociale et publique*, n° 11, p. 81-100, [https://doi.org/10.4000/communiquer.574]

Loiseau G., 2023, « Responsabilité. Une affaire de charcuterie : l'application Yuka portée par la liberté d'expression », *Communication Commerce électronique*, LexiNexis, n° 3, comm. 16

March J. G., 1978, « Bounded rationality, ambiguity, and the engineering of choice », *The Bell Journal of Economics*, vol. 9, n° 2, p. 587-608

Merton R. K., Barber E., 2004, *The travels and adventures of serendipity: A study in sociological semantics and the sociology of science*, Princeton, Princeton University Press

Morozov E., Braud M.-C., 2014, *Pour tout résoudre cliquez ici. L'aberration du solutionnisme technologique*, Limoges, FYP Editions

Musselin Ch. et al., 2002, « La qualité », *Sociologie du travail*, vol. 44, n° 2, p. 257-285, [https://doi.org/10.4000/sdt.33108]

Noiville Ch., 2003, *Du bon gouvernement des risques. Le droit et la question du « risque acceptable »*, Paris, PUF

Noiville Ch., Hermitte M.-A., 2006, « Quelques pistes pour un statut juridique du chercheur lanceur d'alerte », *Natures Sciences Sociétés*, vol. 14, n° 3, p. 269-277, [https://www.cairn.info/revue-natures-sciences-societes-2006-3-page-269.htm&wt.src=pdf]

Passa J., 2019, « Domaine de l'action en concurrence déloyale », *JurisClasseur Concurrence-Consommation*, fasc. 240, n° 50 et n° 59

Perroud Th., 2022, « La constitutionnalisation de droits fondamentaux explicitement horizontaux », *La revue des droits de l'homme*, n° 21, [https://doi.org/10.4000/revdh.13953]

Prete G., 2008, « Surveiller en éradiquant : l'importance des "médiateurs de la surveillance" et des réseaux informels dans la surveillance des risques sanitaires et environnementaux », *Sociologie du travail*, vol. 50, n° 4, p. 489-504, [https://doi.org/10.4000/sdt.19890]

Raynaud J., 2022, « Libre expression sur des sujets de santé publique : le dénigrement résiste », *La semaine juridique. Entreprise et affaires*, LexiNexis, p. 1094

Rodet D., 2013, *Une production engagée : sociologie des labels, chartes et systèmes participatifs de l'économie solidaire*, thèse de doctorat en sociologie, Paris, CNAM

Rossetto C., 2022, « Santé publique et additifs nitrés dans la charcuterie : état

des lieux et perspectives », *Revue de droit sanitaire et social*, n° 2, p. 292-301

Saint-Jalmes G., 2021, « L'application Yuka, la liberté de critique en débat (d'intérêt général) », *Revue de droit rural*, n° 496, comm. 217

Stanziani A., 2005, *Histoire de la qualité alimentaire* (xixe- xxe *siècle*), Paris, Seuil

Steiner P., Trespeuch M., 2015, *Marchés contestés : quand le marché rencontre la morale*, Toulouse, Presses universitaires du Mirail

Teubner G., 2016, « La "matrice anonyme" : de la violation des droits de l'homme par des acteurs "privés" transnationaux », *Revue critique du droit international privé*, n° 4, p. 591-613, [https://doi.org/10.3917/rcdip.164.0591]

Thomasset A., 2006, « De la prudence à la précaution. Vers une éthique du risque », *Revue Projet*, vol. 293, n° 4, p. 75-82, [https://doi.org/10.3917/pro.293.0075]

Watrin L., 2021, « Observations sous tribunal de commerce de Paris (1re ch.), 25 mai 2021, n° 202100119. Qualification de la décision : confirmation », Dalloz, IP/IT, n° 11, p. 582-585

Watrin L., 2020, « Première alerte pour Yuka. Observations sous tribunal de commerce de Versailles, ord. réf., 5 mars 2020, n° 2020R32 », *Dalloz IP/IT*, n° 7-8, p. 450-453

NOTES

1 La FICT déclare représenter 300 entreprises françaises, dont 52 % de moins de 50 salariés. Inscrite au répertoire des représentants d'intérêts de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, elle a publié deux actions : *Promouvoir l'application de la réglementation européenne sur les nitrites en évitant des mesures nationales non fondées scientifiquement* (20 octobre 2020) et *Démontrer que la proposition de loi visant à supprimer les additifs nitrés dans les charcuteries n'est justifiée par aucune expertise scientifique officielle* (24 mars 2022).

2 TC Paris, 18 janvier 2021, n° RG 2021001119 ; TC Aix-en-Provence, 13 septembre 2012, n° RG 2021004507 ; TC Brive-la-Gaillarde, 24 septembre 2021, n° RG 2021F36.

3 CA d'Aix-en-Provence, n° 2022/354, arrêt de fond du 8 décembre 2022 ; CA de Limoges, n° 120, arrêt du 13 avril 2023 ; CA de Paris, n° 21/11775, arrêt du 7 juin 2023. La CA de Paris condamne la FICT aux dépens en première instance et appel et à verser à Yuca 60 000 euros sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile ; la CA d'Aix-en-Provence condamne la société ABC à verser à Yuca la somme de 20 000 euros sur ce

même fondement tout comme le tribunal de Limoges à l'encontre de la société Le Mont de la Coste, condamnée à verser à Yuca 20 000 euros.

4 L'application utilise l'appareil photo du smartphone pour scanner le code-barres apposé sur les emballages des produits. L'activation du scan fournit une évaluation du produit figurée par un code couleur, un adjectif qualificatif et une note sur 100. Vert pour excellent et bon, noté de 50 à 100 ; orange pour médiocre, noté de 25 à 50 ; rouge pour mauvais, avec une note inférieure à 25. Sous la note apparaissent des détails de la composition du produit (graisses saturées, calories, fibres, protéines, sel, additifs, etc.) avec les quantités pour 100 grammes de produit, toujours assorties d'un code couleur, ainsi que des alternatives vers un produit « mieux noté ».

5 Vert : sans risque ; jaune : risque limité ; orange : risque modéré ; rouge : risque élevé.

6 Qui renvoie aux « sources scientifiques », notamment les avis de l'ANSES, de l'EFSA ou encore des études du CIRC.

7 Soit 60 % pour la qualité nutritionnelle à partir du Nutri-Score et 10 % pour la certification bio.

8 D'autant qu'il est précisé sur le site yuka.io qu'en cas d'additif assorti d'un risque élevé, le score maximal du produit est établi à 49/100, ce qui induit un impact du critère supérieur à 30 %.

9 Respectivement : nitrite de potassium, nitrite de sodium, nitrate de potassium, nitrate de sodium.

10 Lancée conjointement avec l'association Foodwatch et la Ligue contre le cancer, cette pétition a obtenu plus de 320 000 signatures.

11 La notion de dispositif, qui est en relation avec les champs à vocation technique, est utilisée en sociologie pour comprendre les objets (ici les outils numériques) dans leur capacité à articuler des actions. Les dispositifs agissent ou font agir d'autres acteurs.

12 Si le terme de qualification désigne plus traditionnellement une évaluation des compétences professionnelles, c'est dès le début des années 1980 que la problématique de la qualité et de la qualification intègre l'étude du marché des produits. Qualité qui, du point de vue de l'analyse, est étudiée en tant que coproduction des producteurs et utilisateurs. La littérature académique intéressée par les problématiques qui entourent la présentation, la représentation et la qualification des produits sur la scène marchande est foisonnante.

13 TC Paris, p. 8.

14 Agent pathogène impliqué dans le botulisme.

15 Directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005.

16 TC Aix-en-Provence, p. 27.

17 TC Paris, p. 9.

18 TC Brive-la-Gaillarde, p. 12.

19 TC Paris, p. 9.

20 TC Aix-en-Provence, p. 23.

21 TC Brive-la-Gaillarde, p. 14.

22 TC Aix-en-Provence, p. 23.

23 TC Paris, p. 13.

24 TC Aix-en-Provence, p. 25.

25 Dans cette même mouvance, des tweets postés par des influenceurs ont été qualifiés d'acte de commerce : CA de Paris (pôle 5, 11° ch.), 24 septembre 2021, n° 19-17218, *Sté Le Cercle Éditions c/ Sté ADCI et a.*, « vision » qualifiée de « jusqu'au-boutiste » (Honorat, 2022).

26 Article 10 bis ajouté lors de la conférence de La Haye en 1925 à la Convention d'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle, qui définit la concurrence déloyale (al. 2) comme « tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale », dont *a minima* deux cas obligatoires sont cités dont « les allégations fausses, dans l'exercice du commerce, de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent ». Un troisième exemple de concurrence déloyale fut intégré par la Conférence de Lisbonne en 1958 et porte sur « les indications ou allégations dont l'usage, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la qualité des marchandises ». Sont visées les indications par les industriels.

27 CA Versailles, 9 septembre 1999.

28 Cass, 1re civ., 11 juillet 2018, n° 17-21.457.

29 Cass., 1re civ., 11 juillet 2018, n° 17-21.457. Pour la chambre commerciale : Cass. com., 9 janvier 2019, n° 17-18.350.

30 Cass. com., 24 septembre 2013. Voir aussi CA Paris, pôle 5, chambre 4, 30 mai 2018, Répertoire général n° 17/01693 : « Le dénigrement […] se distingue de la critique admissible dans la mesure où il émane d'un acteur économique qui cherche à bénéficier d'un avantage concurrentiel en jetant le discrédit sur son concurrent ou sur les produits de ce dernier. »

31 Cass. com., 9 janvier 2019, n° 17-18.350.

32 TC Versailles, 5 mars 2020.

33 CA Paris, 20 décembre 1974 : affaire *Guide des médicaments les plus courants* où le juge a rejeté la demande de retrait de certains passages.

34 Notamment : Conseil de l'Union européenne, *Lignes directrices de l'Union européenne sur la liberté d'expression « en ligne et hors ligne »*, 12 mai 2014.

35 Cour EDH, 25 août 1998, *Hertel c/ Suisse*, requête n° 25181/94, § 50, au sujet de travaux de recherche concluant à la nocivité des micro-ondes pour la consommation humaine.

36 Cour EDH, 7 novembre 2006, *Mamère c/ France*, requête n° 12697/03, § 20.

37 Tribunal de grande instance de Boulogne-sur-Mer, *Société Eurotunnel c/ R. Bell et Éditions du Seuil*, 12 août 1998.

38 Il est vrai qu'il s'agissait là de travaux de recherche, non d'actions menées par des opérateurs privés du numérique.

39 À l'opposé, l'approche nord-américaine depuis les années 1970 (doctrine de *frontiers of science*) conduit le juge à contrôler l'opportunité des mesures (*hard look review*) obligeant l'administration à justifier ses choix en termes de régulation des risques. « Si la *hard look review* a été maintes fois saluée par une grande partie de la doctrine américaine, c'est précisément qu'elle amène l'autorité publique à ne pas tenter de camoufler des choix complexes derrière un pseudo-habillage strictement scientifique ou juridique, et parce qu'elle contribue du même coup à rendre plus transparente la prise en charge des risques. Autant de données qui, en dépit de notables évolutions, sont loin encore de caractériser le droit positif interne et communautaire ». (Noiville, 2003, p. 115).

40 Dans les études de l'EFSA, « une donnée primordiale aurait été oubliée », à savoir le « fer nitrosylé » selon le Rapport d'information parlementaire n° 3731 du 13 janvier 2021 sur les sels nitrités dans l'industrie agroalimentaire.

41 Cour EDH, 8 novembre 2016, *Magyar Helsinki Bizottság c/ Hongrie*, requête n° 18030/11.

42 Cass. com., 4 mars 2020, n° 18-15651.

43 « L'information touche aux droits des personnes de ne pas être placées dans une situation de danger, connue de quelqu'un d'autre, sans défense ni résistance possible de leur part. La diffusion d'une meilleure information sur les risques encourus est aussi une nécessité pour que les citoyens deviennent coresponsables d'un risque non plus subi mais accepté et choisi » (Thomasset, 2006, p. 80 et p. 81).

44 Rapport d'information au Sénat n° 742, 2021-2022, *Information du consommateur : privilégier la qualité à la profusion*, II, [https://www.senat.fr/rap/r21-742/r21-742.html].

45 Étude d'impact des utilisateurs de Yuka : 92 % de leurs utilisateurs reposent les produits lorsqu'ils sont notés rouge sur l'application.

46 Rapport d'information au Sénat, précit. : II. C.

47 Voir [http://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/commission/affaires_eco/Liste_des_recommandations.pdf].

48 Mentionnons qu'un travail similaire s'adressant cette fois aux applications de santé a conduit la Haute autorité de santé (HAS) à établir en 2016 un référentiel de 101 bonnes pratiques pour les concepteurs et développeurs de ces outils et à produire, en 2021, une évaluation des applications et un état des lieux et critères de qualité du contenu médical pour le référencement des services numériques dans l'espace numérique de santé (mon espace santé).

49 Ministère de l'Economie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique, Mandat du Conseil national de la consommation, « Applications numériques sur la qualité des produits alimentaires et cosmétiques », [https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cnc/applications_numeriques/mandat_applications_numeriques.pdf?v=1656489370].

50 La Commission des affaires économiques souligne que les algorithmes de notation utilisés par les concepteurs des dispositifs traduisent les priorités accordées à telle ou telle dimension (nutritionnelle, environnementale, sociale…) qui méritent d'être précisées.

51 Le droit de réponse, inscrit à l'article 13 de la loi de 1881 sur la presse quand le dénigrement est constitué par voie de presse, permet effective-

ment à l'entreprise dénigrée ou diffamée d'exercer son droit de réponse. Or, on imagine mal comment sur une application mobile ce droit pourrait avoir lieu.

52 La société NumAlim, créée en 2019, est issue du travail collectif de l'Association nationale des industries alimentaires (ANIA), du Fonds français pour l'alimentation et la santé (FFAS), de la fondation Avril (amont agricole) et GS1 France (systèmes d'identification des produits). L'initiative a été soutenue par le ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation, ainsi que par le secrétariat d'État chargé du numérique. La gouvernance de la société NumAlim intègre des entreprises alimentaires, des sociétés d'études, des organisations professionnelles et également des associations de consommateurs (CLCV et Que Choisir).

53 Et ainsi de contribuer à réduire l'opacification des marchés et à éviter le maintien d'une « asymétrie informationnelle », soit un écart ressenti d'une inégale allocation des informations entre le vendeur et l'acheteur (qui fait que les mauvais produits chassent les bons).

54 Élisabeth Lambert montre pourquoi les avocats ont ciblé les victimes ayant eu le cancer signature de cette molécule pour laquelle une science consolidée et relativement consensuelle existe.

RÉSUMÉ

Français

Cet article a comme objet l'observation d'une controverse sur l'information alimentaire discutée dans le cadre juridique de décisions de tribunaux de commerce et cours d'appel. Dans un contexte de crises sanitaires et environnementales, la construction de l'information sur ces risques est devenue un enjeu qui crispe les acteurs des marchés, crispation qui prend notamment la forme de recours aux jugements des tribunaux au moment d'arbitrer ces conflits. Cela est d'autant plus notable dans un contexte où les médiations informationnelles portées par des acteurs renouvelés se digitalisent et prennent la forme de scores et informations augmentées. Une étude d'un cas français exemplaire est l'affaire impliquant la société Yuca et le secteur agro-industriel de la charcuterie. Étudier l'affrontement judiciaire de ces acteurs, entre premières instances et appels, offre des clés de lecture des argumentaires qui structurent ces débats. Au prisme du droit et de la socio-économie, il s'agit de démêler les problématiques qui entourent les fondements des postures de suspicion *versus* la confiance des juges, la définition de la place de la recherche et du consensus scientifique dans l'établissement du jugement, et l'influence des deux dimensions précitées

sur l'arbitrage entre dénigrement et liberté d'expression. Il s'agit d'exercer une focale sur les modalités de régulation des actions des médiateurs qui surveillent et influencent les pratiques marchandes, en maintenant une attention aux positions politiques qui semblent différer des positions judiciaires, divergences qui posent en définitive le constat d'informations et médiateurs à encadrer toujours plus nombreux.

INDEX

Mots-clés
tribunaux, médiation informationnelle, application numérique, confiance, liberté d'expression, dénigrement, Yuka, Yuca

AUTEURS

Jan Smolinski
Post-doctorant en sociologie, Université de Strasbourg, SAGE (UMR CNRS 7363) ; j.smolinski@unistra.fr

Élisabeth Lambert
Directrice de recherche CNRS, Université de Strasbourg, SAGE (UMR CNRS 7363), Nantes Université, DCS (UMR CNRS 6297) ; elisabeth.lambert@cnrs.fr

La perspective juridique sur l'anticipation économique et financière des déchets nucléaires à vie longue

Sandra Russo

PLAN

1. L'anticipation économique de la gestion financière des déchets nucléaires
   1.1. Le provisionnement des coûts futurs de la gestion des déchets à vie longue
   1.2. La constitution d'actifs dédiés au financement des charges nucléaires futures
2. L'insécurité financière persistante des actifs dédiés aux déchets nucléaires
   2.1. Les aléas du traitement juridique classique des risques financiers prévisibles
   2.2. L'incertitude prégnante du temps long dans le traitement des aléas financiers

TEXTE

1 L'année 2022 a été riche de rebondissements en matière d'énergie nucléaire, l'année 2023 l'a été également, notamment en France avec la loi n° 2023-491 du 22 juin 2023 relative à l'accélération des procédures liées à la construction de nouvelles installations nucléaires à proximité de sites nucléaires existants et au fonctionnement des installations existantes [1]. En particulier, pendant que des négociations avaient lieu au sein des instances de l'Union européenne (UE) pour que l'électronucléaire soit intégré dans la taxonomie [2] au bénéfice des énergies bas carbone, en France, le président de la République annonçait le projet de nouvelles centrales et le directeur de l'Autorité de sûreté nucléaire (ASN), l'alternative à la fin possible du retraitement des combustibles nucléaires (Reporterre, 2022). Or, les combustibles usés constituent la source principale des déchets les plus radioactifs, ceux à vie longue que notre article cible pour exposer les enjeux financiers auxquels le nucléaire engage l'humanité pour longtemps.

2 L'exploitation électronucléaire, celle des centrales, implique l'utilisation de substances radioactives dont la durée de vie perdure bien au-delà de celle de l'existence humaine. Les plus connues du grand public sont l'uranium [3] et le plutonium [4]. Le droit nucléaire français est longtemps resté silencieux à leur propos. En tout cas, jusqu'au verdissement du droit des installations nucléaires de base (INB) [5], à partir de 2006, quand le dispositif juridique a intégré le Code de l'environnement (C. envir.) et est devenu plus précis. Depuis, la classification de ces substances conduit à une obligation d'inventaire supervisée par l'Agence nationale de gestion des déchets radioactifs (ANDRA). Cette agence a été créée avec la loi relative aux recherches sur la gestion des déchets radioactifs du 30 décembre 1991, dite loi Bataille [6], la première loi de programme sur ces déchets. Toutefois, c'est sur le fondement de la deuxième loi de programme, celle du 28 juin 2006 relative à leur gestion durable [7], que l'ANDRA s'est vu attribuer la charge de veiller à l'inventaire des matières et déchets radioactifs [8]. Le traitement opéré dépend des caractéristiques physico-chimiques des différentes substances. En outre, leur classification détermine le régime applicable à des modes de gestion qui s'avèrent cruciaux pour la compétitivité de la filière électronucléaire. Lesdites substances, dont les temporalités dépassent la capacité de maîtrise propre à l'être humain et *a fortiori* celle offerte par le système juridique, posent une problématique d'anticipation économique et financière.

3 À titre liminaire, il convient de distinguer la matière du déchet et c'est le critère de valorisation qui le permet. Malheureusement, la loi ne dit pas en quoi consiste le caractère « valorisable » d'une matière radioactive. Dans les faits, tant que la filière nucléaire envisage une réutilisation ultérieure, la substance est répertoriée comme une matière et non un déchet. Un positionnement lourd de conséquences puisque, dans le cas de la matière radioactive – susceptible d'être réutilisée et donc valorisable –, ni l'anticipation du stockage ni celle des financements ne sont imposées. Aussi, le concept de matière fausse-t-il l'analyse des exploitants qui cherchent des solutions pour stocker dans la durée les déchets. En revanche, ils ne prévoient rien de tel avec les substances qualifiées de matières. Puisque celles-ci sont en principe destinées à disparaître au cours de leur réutilisation, dans le cadre des opérations de recyclage. En d'autres termes, la matière

radioactive ne nécessite aucun stockage définitif. Cela impacte les calculs des exploitants légalement tenus de prévoir des fonds pour financer le stockage, de longue, voire très longue durée des déchets.

4 *Grosso modo*, cinq substances radioactives représentent environ 90 % du volume total des matières répertoriées. D'abord, les perspectives de réutilisation envisagées par la filière nucléaire restent critiquables, car incertaines et insuffisamment abouties. Selon nous, il serait prudent de caractériser ces matières potentiellement valorisables comme de futurs déchets. Cela permettrait d'anticiper, certes les besoins de stockage, mais aussi le coût financier additionnel pour les exploitants afin d'éviter que la charge correspondante ne retombe à terme sur l'État et les générations futures. Sans entrer dans le détail des matières dites valorisables et susceptibles à plus ou moins brève échéance d'une requalification en déchets [9], cet article présente brièvement le modèle économique de la filière électronucléaire sous l'angle particulier des charges futures relatives à la gestion des déchets à vie longue. Et, plus il y aura de déchets à stocker, plus les coûts de gestion à financer seront importants.

5 Fort classiquement, le déchet nucléaire est une substance radioactive pour laquelle aucune utilisation ultérieure n'est prévue ou envisagée, tandis que le déchet ultime est celui qui ne peut plus être traité à des coûts acceptables, dans les conditions techniques et économiques du moment. Les déchets nucléaires, générés à chaque étape de la production d'électricité d'origine nucléaire, de l'extraction de l'uranium des mines jusqu'au démantèlement des centrales, sont catégorisés par l'ANDRA en fonction de leur niveau de radioactivité et de leur durée de vie. Seuls les déchets à vie longue sont concernés par l'obligation juridique d'anticipation financière. Ils constituent donc l'objet des développements suivants. En réalité, la principale difficulté porte sur le besoin d'anticiper la charge économique future de cette catégorie de déchets nucléaires. L'exigence de financement appelle une évaluation préalable des charges, même celles lointaines puisqu'elles s'avèrent déjà existantes. En effet, outre le combustible usé par l'opération de fission dans la cuve des réacteurs, la plus grosse partie des déchets à vie longue proviendra du démantèlement des installations nucléaires de base du parc actuellement en fonctionnement.

6 En tout état de cause, l'exploitation d'une INB est autorisée sous conditions financières. Dans ce but, les charges sont comptabilisées avant sa mise en service. Mais l'industrie électronucléaire reste confrontée à la gestion opérationnelle des déchets. Ceux-ci impactent l'anticipation financière. Par suite, des incertitudes économiques sont engendrées. Elles concernent la programmation des coûts de gestion qui orientent forcément les choix industriels de la filière. Le droit nucléaire régit l'évaluation préalable des dépenses et, dans ce cadre, les exploitants sont tenus de proposer une estimation des coûts à tous les stades de l'exploitation, cycle du combustible compris. En conséquence, chaque étape nécessite l'anticipation d'investissements dont il faut prévoir l'amortissement, c'est-à-dire le coût du financement, avec des actifs spécifiques.

7 Sur la base des dispositifs juridiques en place et des outils comptables mis en œuvre, en ces temps troublés où le nucléaire civil revient en force sur la scène tant nationale qu'internationale, un état des lieux du traitement économique et financier est proposé, d'une part, par rapport à l'origine prévue des fonds et, d'autre part, pour mettre en évidence les points d'achoppement créés par l'obligation d'une gestion de long terme. Les exploitants de l'industrie électronucléaire sont sommés d'évaluer les besoins économiques futurs au plus tôt et au plus juste. Néanmoins, en raison des spécificités attachées à une technologique qui contraint d'anticiper sur des durées de temps auxquelles le système juridique n'est pas adapté, une fois présentées les modalités de l'anticipation économique (1), il devient difficile de nier le reliquat d'insécurité financière auquel sont soumis les actifs réservés aux déchets à vie longue (2).

1. L'anticipation économique de la gestion financière des déchets nucléaires

8 Comme dans tout modèle à finalité lucrative, la prudence prévaut avec le provisionnement immédiat des besoins futurs. Bien qu'il ne soit pas toujours évident d'anticiper, le dispositif juridique impose à chaque exploitant nucléaire de prévoir en amont certains besoins économiques et financiers. À cet effet, le provisionnement des coûts

futurs (1.1) repose sur des actifs dédiés à la sécurisation du risque économique (1.2).

1.1. Le provisionnement des coûts futurs de la gestion des déchets à vie longue

9 La gestion des déchets nucléaires à vie longue engendre l'évaluation de tous les coûts de gestion, ainsi qu'un financement pérenne. Chaque année, au rythme de l'accumulation des stocks, ces coûts de gestion augmentent. La loi de programme susmentionnée du 28 juin 2006 sur la gestion durable des matières et déchets radioactifs détermine en quoi consiste l'anticipation financière. Cette loi pose le principe de l'évaluation prudente des charges futures, celles relatives aux démantèlements, mais aussi au cycle aval du combustible. L'objectif consiste à répertorier les modes de financement. À chaque stade de l'exploitation des installations, les exploitants sont tenus de prendre en compte l'évaluation des charges de la gestion des combustibles usés et des déchets radioactifs qui caractérisent des substances à vie longue. L'aval du cycle du combustible, c'est-à-dire la phase qui démarre avec le déchargement du combustible usé lors de son retrait du cœur du réacteur, influence notamment les aspects économiques.

10 En France, le combustible usé constitue en grande partie une matière valorisable et, pour une moindre part, un déchet à confiner, c'est-à-dire environ 96 % de matières recyclables, contre 4 % de déchets ultimes (CEA, 2022). De manière générale, la production électronucléaire fonctionne soit en circuit ouvert, un mode d'exploitation qui consiste à stocker directement les combustibles usés sans aucune forme de recyclage ou de retraitement quelconque[10], soit en circuit fermé. Ce procédé est pour le moment spécifique à la France où le combustible usé est retraité pour en faire du combustible MOX, acronyme signifiant « Mélange d'OXyde de plutonium et d'OXyde d'uranium ». Ce mélange spécifique d'oxydes constitue une autre sorte de combustible qui provient de substances radioactives réutilisées. Pour information, le MOX alimente environ un tiers des réacteurs du parc nucléaire français actuel. Ce choix s'avère financièrement déterminant. En fonction de la stratégie de gestion du combustible usé, entre matières recyclables et déchets ultimes, la perspec-

tive économique liée à la prospective des quantités futures à stocker varie et influe sur les investissements à prévoir. Ceux-ci sont tributaires des choix de gestion (Cour des comptes, 2019, p. 26-31). Or, les combustibles non traités, dès lors classifiés en déchets, n'ont pas à être couverts par des provisionnements. De plus, il s'avère difficile d'évaluer précisément l'ensemble des charges liées à la gestion des déchets, étant donné que la filière électronucléaire dispose de peu de recul, avec un retour d'expérience encore limité.

11 Quoi qu'il en soit, pour exploiter une centrale et tout au long de la vie des installations, l'exploitant a la responsabilité d'anticiper le besoin économique – passé, présent, futur – et de le provisionner. L'obligation de provisionnement représente « un mécanisme qui permet de déduire du résultat distribuable, ici aux actionnaires, des charges futures conformément au principe de prudence, mais comme tout passif, elle n'est qu'un engagement dont la valeur est réinvestie dans l'actif global » (Zweibaum, Le Theulé M.-A., Déjean, 2018). Selon la norme comptable, la provision s'inscrit au passif du bilan pour financer l'actif de l'entité. Du principe de prudence en droit comptable, il n'est besoin de retenir simplement que les comptes mentionnent des provisions nécessaires à l'exploitation. Périodiquement, chaque exploitant comptabilise les coûts de la gestion des déchets, puis provisionne certaines sommes dans des comptes spécifiques, ceux dédiés à ces charges futures corrélées à la production nucléaire. Afin d'assurer ce financement de la gestion des déchets ultimes à venir, les exploitants réévaluent chaque année leurs coûts globaux, les provisions qui en découlent et les actifs dédiés nécessaires, c'est-à-dire les sommes à immobiliser aujourd'hui pour répondre aux dépenses de demain. Aux termes du Plan comptable général, la provision est un passif dont l'échéance ou le montant n'est pas fixé de façon précise. Il s'agit pourtant de mobiliser la ressource pour anticiper le financement d'amortissements, dont à terme le cumul représentera la somme mise en réserve par l'exploitant. Ainsi, chaque besoin est anticipé sur la base de la programmation d'échéances destinées à régler *a posteriori* la charge des coûts de gestion. Ce mécanisme budgétaire et financier revient à garantir tant la constitution que la sauvegarde de fonds monétaires à utiliser le moment venu, dans un futur d'ailleurs plutôt lointain.

12 Le coût global correspond au coût de l'ensemble des opérations comme si elles avaient lieu aujourd'hui. À ce titre, les coûts futurs sont calculés proportionnellement à la durée de vie des installations. Jusqu'à peu, aucune disposition légale, réglementaire, ni même administrative ne prévoyait une durée de vie minimale ou maximale pour les réacteurs en fonctionnement. Il était à l'origine tacitement admis que leur exploitation ne dépasserait pas les quarante années. Depuis quelque temps, une prolongation jusqu'à soixante ans semble se profiler (Cour des comptes, 2020, p. 51), à l'instar des États-Unis, initiateurs de la technologie des réacteurs à eau pressurisée (REP) dont est issue la technologie du parc nucléaire français actuel. La rumeur s'est confirmée à la lecture de l'exposé des motifs de la proposition de loi portant diverses mesures visant à renforcer la sûreté nucléaire, la transparence financière et le contrôle parlementaire déposée au Sénat le 2 février 2022[11]. C'est également l'optique du projet de loi relatif à l'accélération des procédures liées à la construction de nouvelles installations nucléaires à proximité de sites nucléaires existants et au fonctionnement des installations existantes[12].

13 C'est désormais chose faite puisque ce projet est devenu la loi n° 2023-491 du 22 juin 2023 précitée[13]. Aux termes de son article 28, il est confirmé que

> « [a]vant le 31 décembre 2026, le gouvernement remet[tra] au Parlement un rapport relatif à la faisabilité, aux coûts, aux bénéfices et aux conditions de la poursuite du fonctionnement jusqu'à soixante ans et au-delà des réacteurs électronucléaires en fonctionnement en France au 1er janvier 2023, dans le respect des dispositions relatives à la protection des intérêts mentionnés à l'article L. 593-1 du Code de l'environnement. »

14 La considération temporelle est importante puisque la durée d'exploitation détermine la période au cours de laquelle les investissements sont censés être amortis, et donc provisionnés. Conformément au principe pollueur-payeur, des garanties fondent le système de la responsabilité financière nucléaire.

15 Le principe est bien connu : celui qui pollue paye. Mais, dans le champ qui nous occupe, cette responsabilité objective tend à créer

un passif pour l'exploitant nucléaire à qui la charge d'anticiper le long comme le très long terme est juridiquement attribuée. À cet égard, le provisionnement des fonds dévolus aux charges futures commande d'anticiper pour sécuriser les financements sur des durées de temps inhabituelles et hors normes. Par exemple, en 2005, la question se posait de l'aggravation des risques écologiques et sanitaires du fait des déchets nucléaires si les fonds venaient à manquer[14]. On s'inquiétait aussi des conséquences économiques et financières : les opérateurs disposent-ils des provisions financières suffisantes pour assurer, en plus des futurs démantèlements, le coût de la gestion des déchets à vie longue ? Depuis, l'évolution opérée en droit nucléaire permet de mettre en œuvre un système de provisionnement avec des fonds dédiés. Ceux-ci sont destinés à financer les charges lorsqu'elles deviendront exigibles, après la fin de l'exploitation, quand les rentrées monétaires auront cessé parfois depuis longtemps. Cette réalité fonde l'obligation de provisionnements prévisionnels. Par suite et entre autres choses, depuis 2010, pour respecter « l'esprit de la loi de 2006 qui oblige les exploitants à constituer des provisions et à leur affecter les actifs nécessaires, les obligations de fin de cycle des nouvelles installations seront financées par des titres acquis dès la mise en service de l'installation et non plus par une créance de l'État » (Birraux, Bataille, Sido, 2011, p. 69, note 124).

16 Concrètement, les fonds dédiés génèrent des ressources financières.

1.2. La constitution d'actifs dédiés au financement des charges nucléaires futures

17 Le concept de fonds dédiés n'est pas nouveau. Présent dans différents domaines, son recours est par exemple préconisé pour compenser les dommages à l'environnement (Deguergue, 2018, p. 2077). C'est le mode de sécurisation du financement qui a évolué pour en garantir la pérennité. À défaut, la charge finale incombera à l'État *via* les contribuables et les usagers. C'est pourquoi les responsables de la filière électronucléaire sont astreints à garantir ces fonds. La sécurisation du financement des charges futures passe par la constitution d'actifs dédiés, c'est-à-dire réservés.

18 Le dispositif impose aux exploitants d'évaluer leurs charges et les provisionnent avec des actifs dédiés à hauteur de 110 % des provisions de gestion des déchets concernés. La provision constitue une somme due à décaisser dans un avenir plus ou moins proche. En contrepartie, l'exploitant lui attribue un actif destiné à équilibrer le bilan. Règle de base de la comptabilité, toute somme enregistrée à l'actif du bilan doit être contrebalancée par une somme identique au passif et *vice versa*. Dans ce cadre, le droit nucléaire prévoit la sécurisation d'une garantie financière. La règle comptable est corrélée à l'obligation juridique ; une budgétisation prévisionnelle que des événements sont cependant susceptibles de mettre à mal. La seule intégration au bilan des provisions comptables, qui consiste en un simple jeu d'écritures virtuelles, s'avère en soi insuffisante. Sans un dispositif efficace pour sécuriser les actifs, rien ne permet d'affirmer que les fonds seront toujours à la disposition de l'exploitant le moment venu. Pour que ces fonds ne servent pas à autre chose que ce pour quoi ils ont été constitués, il convient d'assurer leur disponibilité au moment du besoin.

19 Conformément au dispositif désormais codifié dans le Code de l'environnement, pour couvrir les futurs besoins de liquidités, les exploitants constituent les provisions et leur affectent les actifs nécessaires[15]. L'anticipation financière implique de réserver la valeur des actifs décaissables à une période ultérieure. Expression du principe pollueur-payeur, ce régime de garantie vise à comptabiliser la charge monétaire d'une situation en latence, déjà existante, puisque les futures conséquences à financer sont consubstantielles à l'exploitation. Le droit nucléaire tend à réduire le risque financier. Néanmoins, des incertitudes portent sur la quantité tant des provisions que des actifs de couverture et font apparaître un risque manifeste (Aubert, Romagnan, 2017, p. 56). Par exemple, en 2005, « des sous-évaluations critiquables […] et des incertitudes sur les provisions de fin de cycle » ont été admises[16]. En 2018, une hausse d'environ 35 % par rapport aux coûts prévus était constatée tant au regard des devis établis pour les démantèlements en cours que dans le cadre des simulations prospectives relatives aux projections issues des inventaires de déchets nucléaires. Quand on sait que l'industrie électronucléaire "parle" en plusieurs millions, voire milliards d'euros, le montant de la facture peut vite devenir exorbitant. Fort logique-

ment, plus les charges futures sont évaluées à la hausse, plus l'exploitant doit anticiper l'affectation de fonds dédiés. Une évaluation insuffisante conduirait inéluctablement à un manque de fonds monétaires préjudiciable dans l'avenir. Le droit nucléaire a été réformé pour clarifier le système. Mais il est encore apparu dernièrement que les besoins non certains pouvaient être minimisés dans l'évaluation des provisionnements, ce qui représente une source d'endettement pour les opérateurs (Cour des comptes, 2020, p. 71-72).

20 Sur le fondement du décret du 23 février 2007 relatif à la sécurisation du financement des charges nucléaires[17] plusieurs fois modifié[18], la réglementation énonce « les modalités permettant de s'assurer de la pérennité et de la disponibilité des fonds notamment pour la gestion des déchets radioactifs » (Rubercy, 2010, P. 15-22). Des actifs dédiés – des biens et des titres – sont provisionnés. Affectés dans les comptes financiers des exploitants, ces actifs forment un patrimoine spécifique. L'exploitant tient à jour un inventaire qui assure la traçabilité de chaque mouvement d'actif [19]. En 2010, la loi dite NOME a édicté un délai de cinq ans pour mettre en œuvre le plan de constitution d'actifs (Garancher, 2011). En raison de la crise économique de 2008, cinq ans de plus ont été accordés[20]. Ce report s'est également, et peut-être surtout, justifié au regard de la prolongation, désormais certaine, de la durée de vie des réacteurs nucléaires du parc actuel au-delà de 2030. Ce délai repousse d'autant les démantèlements et les besoins de liquidités pour la gestion des déchets. En plus de diminuer les liquidités disponibles, ces modifications légales ont ralenti le processus de constitution des actifs de couverture (CNEF, 2012, p. 16).

21 Depuis 2006, le droit nucléaire œuvre à sécuriser le financement de charges dont le décaissement interviendra lorsque l'exploitant n'aura plus de recettes. C'est la situation à considérer pour les déchets nucléaires à vie longue. La Cour des comptes a constaté dans son rapport de 2020 l'insuffisance des actifs provisionnés et donc dédiés aux charges futures de la filière (p. 12). En d'autres mots, le système n'assurerait pas suffisamment la sécurité financière mise en œuvre sur la base d'un dispositif destiné à prémunir le secteur contre les aléas économiques.

2. L'insécurité financière persistante des actifs dédiés aux déchets nucléaires

22 Les pouvoirs publics se portent garants de la disponibilité des ressources financières [21]. La prudence est de mise en droit nucléaire. Pourtant, une part d'insécurité persiste. Celle-ci apparaît, premièrement, avec les classiques risques financiers (2.1) et, deuxièmement, avec les incertitudes financières générées par les spécificités du temps long (2.2).

2.1. Les aléas du traitement juridique classique des risques financiers prévisibles

23 En droit économique et des affaires, les défaillances comme l'insolvabilité des acteurs parties prenantes aux relations contractuelles font l'objet d'attentions et de clauses à visée protectrice. En droit des installations nucléaires de base, le régime des garanties financières consiste principalement à anticiper l'insolvabilité des exploitants qui sont les débiteurs des obligations de sûreté et ce, même après la disparition des installations. C'est-à-dire quand les besoins seront considérables et exigibles à des périodes où justement l'exploitation ne fournira plus de ressources (Rolland., 2014, p. 110-126). Le défaut de provisions, et donc d'anticipation, incombera aux représentants de la société civile. En plus des besoins monétaires qui pourraient s'ajouter avec le temps, comme pour n'importe quelle activité lucrative, le droit nucléaire prévoit la défaillance des exploitants face à leurs créanciers. En vertu de la loi de programme sur les déchets de 2006 précitée, en dehors de l'État dans l'exercice de ses pouvoirs pour faire respecter par les exploitants leurs obligations, nul ne peut se prévaloir d'un droit sur les actifs dédiés [22]. Ceux-ci concernent uniquement les charges de démantèlement des installations nucléaires de base ou, pour les installations de stockage de déchets radioactifs, les charges d'arrêt définitif, d'entretien et de surveillance, ainsi que les charges pour la gestion des combustibles usés et

déchets radioactifs[23]. Pour garantir la sécurisation, les actifs de couverture ne peuvent pas être externalisés. Ils restent la propriété de l'exploitant ou de la personne qui en a le contrôle.

24 De manière générale, le régime se révèle exorbitant du droit commun des procédures collectives. Cela ne veut toutefois pas dire exonération, car si les opérateurs nucléaires ne risquent pas la liquidation judiciaire, l'État prenant la relève, ils n'en demeurent pas moins soumis à des obligations strictes. Par exemple, en cas d'insuffisance des provisions ou des actifs affectés à la gestion des déchets, après avoir recueilli leurs observations, les exploitants nucléaires peuvent se voir prescrire des mesures de régularisation[24]. Une astreinte est notamment possible pour contraindre l'exploitant défaillant à constituer plus de fonds. C'est le cas pour la gestion des déchets futurs[25]. En 2012, pour la pleine efficacité de ses pouvoirs de prescription, l'autorité administrative s'est focalisée sur la sécurisation des charges nucléaires de long terme. Représentée par la Direction de l'énergie et en dépit du fait qu'une entité, la Commission nationale d'évaluation du financement des charges de démantèlement et de gestion des combustibles usés et des déchets radioactifs (CNEF) dévolue au contrôle des charges futures, ait été créée, l'institution aurait besoin de plus de moyens. Par exemple, elle ne dispose que d'un seul agent affecté au travail de base de cette mission de contrôle des provisions (CNEF, 2012, p. 17 et p. 23).

25 Dès 2005, la Cour des comptes déplorait l'absence de sécurisation des fonds et provisions par les exploitants. Elle montre ainsi le risque d'une défaillance financière à la charge de l'État (Cour des comptes, 2005, p. 178, p. 206 et p. 207). Par suite, la loi de programme sur les déchets de juin 2006 précitée institua la CNEF, à qui incombe depuis la charge de veiller aux obligations de sécurisation et de liquidité des actifs dédiés au provisionnement des charges futures[26]. Cette commission s'avère d'autant plus indispensable que « le simple cantonnement des sommes dans les comptes des exploitants ne va pas assez loin, compte tenu des abus du passé » (Rubercy, 2016, p. 136, n° 13). Par ailleurs, la CNEF tend à répondre au besoin d'une structure associant le Parlement au contrôle des provisions et de la gestion des fonds (CNEF, 2012).

26 Malgré le fait que l'Autorité de sûreté nucléaire (ASN) a un droit de regard étendu sur les actions des exploitants, celle-ci n'a pas voulu se doter de compétences économiques et financières. L'ASN a estimé que sa mission ne touchait qu'aux considérations de sûreté et, pis encore, ses interventions dans le domaine économique et financier sont parfois contestées par les exploitants (Cour des comptes, 2020, p. 94). Pourtant, ces derniers ont l'obligation légale de lui démontrer leurs capacités, bien sûr techniques, mais également financières, à obtenir les diverses autorisations nécessaires tout au long de la vie des installations. L'intronisation d'une institution *ad hoc* pour contrôler en toute indépendance la prudence des comptes, même de nature gouvernementale, ne peut qu'être approuvée. Cependant, lors du premier rapport produit en 2012, ladite Commission nationale d'évaluation du financement des charges de démantèlement et de gestion des combustibles usés et des déchets radioactifs a immédiatement mis en doute sa capacité à remplir ses objectifs. Cela est perçu comme un échec (Rubercy, 2016, p. 134, n° 9). En 2020, la Cour des comptes a aussi pointé les difficultés de la CNEF (p. 101). La loi sur les déchets précitée de juin 2006 prévoyait que cette dernière publie un rapport tous les trois ans[27]. Elle n'a pu le fournir qu'au bout de cinq ans et, depuis, il n'y en a pas eu d'autre. Dans ledit rapport de 2012, la CNEF s'est questionnée sur son manque de moyens, notamment par rapport à la Cour des comptes pour qui cette carence ne permet pas au Parlement de se prononcer sur la sécurisation des dépenses futures (Cour des comptes, 2020, p. 101). La CNEF remettait de toute façon déjà en cause la viabilité de sa structure (2012, p. 32 et suiv.).

27 Concrètement, pour réduire le risque financier en droit nucléaire, « les actifs de couverture font l'objet d'une diversification appropriée de façon à éviter une dépendance excessive et un cumul de risques dans l'ensemble des actifs de couverture[28] ». Par exemple, l'exploitant Électricité de France (EDF) a constitué un portefeuille comportant divers actifs dédiés, afin de réduire le risque économique et budgétaire. Le risque se déplace alors dans le champ du choix de l'investissement destiné à couvrir les dépenses futures. C'est pourquoi les entités nucléaires n'ont pas mis, pour reprendre une expression populaire, « tous leurs œufs dans le même panier ». Une partie des placements l'ont été en actions/obligations et l'autre, en investis-

sements divers afin justement de réduire le risque de banqueroute et de pertes financières qui incomberait à la Société civile. Dans le but de garantir les charges futures, l'entreprise EDF peut notamment recourir aux titres négociés sur les marchés [29]. Néanmoins, la valeur de l'argent fluctue et cette réalité constitue un risque à part entière. Les exploitants devaient rendre avant la fin 2021 leur première évaluation des risques relatifs à la sécurisation du financement des charges, que le droit financier nucléaire permet d'anticiper avec des scénarios de projection. Il n'en demeure pas moins que l'approche inhabituelle du temps à prendre en compte, en raison de l'amplitude exorbitante des délais en jeu entre le moment des anticipations et celui où le besoin économique se concrétisera, ne facilite pas le traitement des aléas financiers.

2.2. L'incertitude prégnante du temps long dans le traitement des aléas financiers

28 Si l'obligation d'anticiper des provisionnements, dont le décaissement intervient à compter de la mise à l'arrêt définitive (MED) de l'INB, prend son fondement dans la deuxième loi de programme sur les déchets nucléaire précitée de 2006, elle n'est pas nouvelle. Simplement, auparavant, la dotation reposait sur les normes comptables. Aux termes du règlement comptable, dit CRC, n° 2000-06 du 7 décembre 2000 relatif aux passifs, toute charge future doit être provisionnée dès la création de l'installation nucléaire de base sur la base de sa valeur actualisée (Cour des comptes, 2020, p. 116, note 192).

29 D'abord, la sécurisation du long terme passe par la maîtrise de l'actualisation des taux, une sorte de point de repère pour anticiper une valeur monétaire évolutive. « L'actualisation, qui permet de relier le présent à l'avenir, est une opération venant des mathématiques financières et de la théorie de l'intérêt, qui est généralement employée pour évaluer la rentabilité des investissements » (AEN/OCDE, 2003, p. 45). Dans le domaine électronucléaire, la crainte concerne la défaillance des placements des opérateurs, dont la valeur d'aujourd'hui, en fonction des taux d'inflation, ne sera pas équivalente à celle à valoir dans le futur. Comme tout instrument dans un portefeuille d'actifs, ceux sélectionnés sont soumis aux aléas

des marchés qui concrétisent l'impact de la volatilité du rendement annuel des actifs dédiés à la couverture du financement des charges nucléaires futures. Une gestion financière performante a besoin d'anticiper l'évolution des différents marchés. Aussi, le plus gros risque concerne-t-il le fait que le capital des investissements pourrait ne pas être restitué le moment venu. Sans entrer dans les détails techniques de la gestion de portefeuilles, le calcul du risque financier, au moyen du taux d'actualisation, a partie liée avec la variation des taux d'intérêt. De celle-ci provient le risque de dépréciation des investissements, c'est-à-dire la perte de valeur des provisionnements. Par exemple, en cas de hausse des taux d'intérêt, la valeur des produits investis est susceptible de baisser, ce qui entraînera une baisse de la valeur au moment de liquider le placement pour honorer la dette.

30 Ensuite, le taux d'actualisation, fixé par les exploitants, conformément aux normes comptables internationales IAS 37 applicables aux provisions, actif et passif éventuels, a été plafonné. Sur le fondement du décret n° 2007-243 du 23 février 2007 précité et par arrêté du ministre de l'Économie et celui de l'Énergie, l'autorité administrative du droit nucléaire financier, le taux a été modifié en 2014 et en 2017. Appliqué à la valeur du portefeuille d'actifs dédiés, ce taux « revêt une importance considérable, dans la mesure où c'est lui qui permet aux actifs d'aujourd'hui de couvrir les charges de demain » (Aubert, Romagnan, 2017, p. 57). L'exploitant part de cette base pour calculer le montant des provisions et des actifs. Désormais, le taux d'actualisation ne doit pas excéder le taux de rendement prévisionnel. Celui-ci doit être prudemment estimé sur la base du plafond fixé par arrêté ministériel. La technique de l'actualisation des provisionnements répond aux normes comptables. Elle permet d'arrêter un prix, c'est-à-dire la valeur monétaire des actifs dédiés au fil du temps. Pas convaincue, la Cour des comptes estime insatisfaisante la capacité des actifs dédiés pour couvrir les décaissements futurs (2020, p. 126).

31 L'expérience comparative de la gestion financière sur des temps aussi longs est restreinte. En effet, il n'existe pas d'expérience similaire en dehors du nucléaire et des fonds de pensions de retraite. En outre, au-delà de quarante ans, l'actualisation de l'estimation des coûts futurs devient encore plus aléatoire, car sans référence sur les marchés. Selon une nouvelle théorie économique, non retenue par les

exploitants nucléaires, les échéances très lointaines intrinsèquement incertaines justifient un taux d'actualisation plus faible (Gollier, 2012). De surcroît, la filière ne peut pas compter sur un taux fixe et donc immuable. Par le passé, les parlementaires mettaient en garde sur la possible surévaluation par EDF du taux d'actualisation au regard du rendement réel du portefeuille d'actifs (CNEF, 2012, p. 57). En conséquence, l'opérateur français pourrait percevoir moins de revenus que prévu sur ces placements et ces investissements. Le droit nucléaire financier devait donc être revu.

32 Finalement, l'arrêté du 29 décembre 2017 modifiant celui du 21 mars 2007 relatif à la sécurisation du financement des charges nucléaires a réformé le mode de calcul pour fixer le montant des provisions dédiées au stockage des déchets radioactifs [30]. Par suite, l'entreprise EDF a dû augmenter de plusieurs milliards d'euros lesdites provisions. Ainsi, le taux d'actualisation ayant été baissé de 4,5 à 4,3 %, les provisions d'EDF ont fait un bond de 1 095 millions d'euros (Cour des comptes, 2020, p. 126). Conformément à l'arrêté du 29 décembre 2017 modifiant celui du 21 mars 2007 relatif à la sécurisation du financement des charges nucléaires [31], la pondération affectée au montant de 4,3 % décroît d'une manière linéaire, soit de 100 % pour la clôture relative à l'année 2016 jusqu'à 0 % pour la clôture relative à l'année 2026. L'impact d'une telle modification est considérable pour les finances d'un secteur aussi concurrentiel. La baisse du taux d'actualisation nécessite *de facto* de calculer à la hausse le besoin de provisionnement ; un choix qui engendre la diminution du résultat financier net, augmente la dotation au portefeuille d'actifs dédiés et, par conséquent, réduit le niveau de trésorerie (Cour des comptes, 2012). L'entreprise s'appauvrit, c'est le prix de la sûreté d'aujourd'hui et de demain.

33 Enfin, l'interdépendance des facteurs financiers, avec les choix de calendriers de démantèlement proposés par les exploitants et le mécanisme d'actualisation, favorise plutôt les reports (Cour de comptes, 2020, p. 96). Il faut comprendre que, d'un point de vue financier, les exploitants ont intérêt à repousser le moment du démantèlement des installations. Pour une sécurité financière optimale, le modèle apparaît insuffisamment fiable en ce qui concerne le provisionnement des charges futures nécessaires à la bonne gestion des déchets à vie longue. Retarder les démantèlements revient à

permettre aux actifs de continuer à fructifier. Dans le même temps, l'option aggrave la charge économique de la gestion des déchets nucléaires. Plus l'exploitation dure, plus lourds seront les stocks à traiter et les financements à prévoir.

34 En conclusion, la sécurisation du risque financier nécessite des moyens accrus confrontés à une complexité exacerbée par le temps nucléaire. Celle-ci ne peut être niée. Elle fait croître le doute quant à l'efficacité des instruments financiers classiques. Même si les instruments du droit des déchets nucléaires œuvrent à la prudence, que les exploitants sont tenus d'anticiper les financements sur la base d'amortissements dont le besoin est réévalué à échéances périodiques, les temporalités en jeu limitent l'action juridique. Pour le moment, le droit positif laisse augurer un report des coûts de gestion de nos déchets à vie longue sur les générations futures. Objectivement, un tel risque n'entretiendrait-il pas un doute raisonnable sur la nature durable de l'énergie nucléaire ? Qu'en est-il vraiment des réalités économiques et financières du traitement de ces déchets radioactifs si l'anticipation reste parcellaire ? Les exploitants nucléaires restent exempts de certaines données économiques et financières dont nous pensons qu'elles sont absolument cruciales pour décider des options les plus favorables à une transition énergétique qui se doit d'être à la hauteur des enjeux pour l'humanité d'aujourd'hui, mais aussi celle de demain. Le coût global de la gestion des déchets nucléaires constitue une donnée impérative pour démontrer la durabilité avérée de cette forme d'énergie. Quoi qu'on en pense, cacher la poussière sous le tapis ne rendra jamais le lieu propre.

BIBLIOGRAPHIE

Les adresses Internet citées dans cet article ont été consultées le 19 février 2024.

AEN (Agence pour l'énergie nucléaire) / OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques), 2003, *Électricité nucléaire : quels sont les coûts externes ?*, rapport n° 4373

Aubert J., Romagnan B., 2017, *La mission d'information relative à la faisabilité technique et financière du démantèlement des installations*

nucléaires de base, rapport, Assemblée nationale, n° 4428

Birraux C., Bataille C., Sido B., 2011, *Rapport final : l'avenir de la filière nucléaire en France*, dans *Rapport de la mission parlementaire sur la sécurité nucléaire, la place de la filière et son avenir*, OPECST, tomes I et II, Assemblée nationale n° 4097 et Sénat n° 199

CEA (Commissariat à l'énergie atomique et aux énergies alternatives), 2022, « Le cycle du combustible nucléaire », [https://www.cea.fr/comprendre/Pages/energies/nucleaire/essentiel-sur-cycle-du-combustible-nucleaire.aspx]

Commission européenne, 2020, « Taxonomie verte : mode d'emploi ! », [https://france.representation.ec.europa.eu/informations/taxonomie-verte-mode-demploi-2022-01-13_fr]

CNEF, 2012, *Rapport*, [https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/1207_10_Rapport_de_la_CNEF-2-3_0.pdf]

Cour des comptes, 2020, *L'arrêt et le démantèlement des installations nucléaires. Communication à la commission des finances du Sénat*, rapport, [https://www.ccomptes.fr/system/files/2020-03/20200304-rapport-arret-demantelement-installations-nucleaires-2_0.pdf]

Cour des comptes, 2019, *L'aval du cycle du combustible nucléaire, les matières et déchets radioactifs, de la sortie du réacteur au stockage*, rapport

Cour des comptes, 2012, *Les coûts de la filière électronucléaire*, rapport

Cour des comptes, 2005, *Le démantèlement des installations nucléaires et la gestion des déchets radioactifs*, rapport

Deguergue M., 2018, « Les imperfections de la responsabilité administrative environnementale », *AJDA*, p. 2077

Rubercy G. de, 2016, « Le cadre juridique aux déchets radioactifs issus du démantèlement des INB en France », *RISEO*, *Nucléaire et innovations au xxe siècle*, n° 1, p. 132-147

Rubercy G. de, 2010, « Sécurisation des actifs dédiés au financement du démantèlement des installations nucléaires : questions nouvelles et propositions », *Environnement*, n° 3, p. 15-22

Garancher T., 2011, « Un exemple original de régulation dans le secteur de l'énergie : la loi NOME », *Bulletin du droit de l'environnement industriel*, n° 32, p. 45-49

Gollier C., 2012, « Actualisation et développement durable : en faisons-nous assez pour les générations futures ? », *Annales d'économie et de statistique*, hors-série, n° 1, p. 51-90

Mouterde P., 2020, « Le volume des déchets radioactifs revu à la hausse. L'ASN affirme qu'il ne sera pas possible de revaloriser l'ensemble de l'uranium appauvri », *Le Monde*, 16 octobre 2020

Reporterre, 2022, « L'ASN envisage l'abandon du retraitement des déchets nucléaires » [https://reporterre.net/L-ASN-envisage-l-abandon-du-retraitement-des-dechets-nucleaires]

Rolland B., 2014, « La charge de la remise en état d'une INB », *RISEO*, n° 1, p. 110-126

Zweibaum C., Le Theulé M.-A., Déjean F., 2018, « Lorsque la comptabilité reflète

une réalité masquée : le cas des provisions pour démantèlement », *Revue Lamy. Droit des affaires*, vol. 5, suppl. n° 143, p. 44-48

NOTES

1 *JORF* n° 0144, 23 juin 2023, texte n° 1.

2 Une labellisation verte qui classe l'énergie nucléaire dans la catégorie des énergies durables en la rendant conforme à la transition énergétique engagée afin de favoriser les investissements dans ce secteur (Commission européenne, 2020).

3 Substance naturelle, soumise à transformation pour faire du combustible ; voir la revue d'information scientifique *Élémentaire*, 2005, n° 1, spéc. p. 55-58, [https://events.lal.in2p3.fr/ElementaireNew/ElementaireN1/N1du12mai.pdf].

4 Substance non naturelle, l'un des produits issus de l'opération de fission nucléaire dans la cuve du réacteur, voir *ibid.* et p. 4.

5 Qui qualifie les réacteurs ou encore les installations de préparation, d'enrichissement, de fabrication, de traitement ou d'entreposage de combustibles nucléaires, voir C. envir., art. L. 593-2.

6 Loi n° 91-1381 du 30 décembre 1991 relative aux recherches sur la gestion des déchets radioactifs, *JORF* n° 1 1er janvier 1992.

7 Loi n° 2006-739 du 28 juin 2006 de programme relative à la gestion durable des matières et déchets radioactifs, *JORF* n° 149, 29 juin 2006, texte n° 1.

8 C. envir., art. L. 542-12, 1°.

9 Dans un avis rendu public le 8 octobre 2020, l'ASN a remis en cause la doctrine consistant à classifier l'uranium appauvri comme une matière valorisable et non un déchet, voir Mouterde (2020).

10 Qui a cours dans tous les pays nucléarisés sauf en France.

11 Texte n° 442 (2021-2022), [http://www.senat.fr/leg/exposes-des-motifs/ppl21-442-expose.html].

12 Par ex., il y était mentionné que « [a]vant le 31 décembre 2026, le gouvernement remet au Parlement un rapport relatif à l'opportunité, au coût et aux conditions de la poursuite du fonctionnement jusqu'à soixante ans et au-delà des réacteurs électronucléaires en fonctionnement en France

au 1er janvier 2023, dans le respect des dispositions relatives à la protection des intérêts mentionnés à l'article L. 593-1 du Code de l'environnement. », voir l'article 17 (nouveau) du projet de loi n° 92, modifié en 1re lecture par l'Assemblée nationale, relatif à l'accélération des procédures liées à la construction de nouvelles installations nucléaires à proximité de sites nucléaires existants et au fonctionnement des installations existantes, adopté le 21 mars 2023, [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/textes/l16t0092_texte-adopte-seance].

13 Voir référence *supra*, dans le premier paragraphe de l'introduction.

14 Question écrite n° 15906 de Marie-Christine Blandin, publiée dans le *JORF* Sénat, 10 février 2005, p. 357.

15 C. envir., nouvel art. D. 592-2, al. 1.

16 Réponse du ministère délégué à l'Industrie publiée dans le *JORF* Sénat, 7 avril 2005, p. 989.

17 *JORF* n° 48, 25 février 2007, texte n° 6.

18 Dispositif réglementaire complété par l'arrêté du 21 mars 2007 relatif à la sécurisation du financement des charges nucléaires, *JORF* n° 77, 31 mars 2007, texte n° 11 (modifié en 2018 et 2020).

19 C. envir., art. D. 594-11, I.

20 Art. 20 de la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, dite NOME, *JORF* n° 0284, 8 décembre 2010, texte n° 3.

21 Voir l'article 22 de la Convention commune sur la sûreté de la gestion du combustible usé et sur la sûreté de la gestion des déchets radioactifs, AIEA, INFCIRC/546, décembre 1997 ; la France y a adhéré *via* la loi n° 2000-174 du 2 mars 2000 autorisant l'approbation de la Convention commune sur la sûreté de la gestion du combustible usé et sur la sûreté de la gestion des déchets radioactifs, *JORF* n° 53, 3 mars 2000, p. 3374, texte n° 1.

22 Y compris sur le fondement du livre VI du Code de commerce relatif aux difficultés des entreprises, voir C. envir., art. L. 594-3.

23 Loi n° 2006-739 du 28 juin, précit., art. 20, II, al. 2.

24 *Ibid.*, art. 20, III, al. 2.

25 C. envir., art. L. 542-12-2, al. 2.

26 Notamment des fonds gérés par l'ANDRA.

27 À l'attention du Parlement et du Haut Comité pour la transparence et l'information sur la sécurité nucléaire (HCTISN), loi de programme sur le déchet de 2006, précit., art. 20, IV, al. 3.

28 C. envir. art. D. 594-7, I, al. 1 qui précise aussi que, pour y veiller, l'exploitant respecte notamment les dispositions du II à V de ce même article.

29 Conformément aux articles D. 594-6 du C. envir. et R. 332-2 du Code des assurances et sous réserve des dispositions de l'article D. 594-18 du C. envir. En plus des cinq types d'actifs répertoriés au II du nouvel article D. 594-6 du C. envir., les actions de société doivent être identifiées et séparées des autres actifs de couverture dans le rapport triennal, voir C. envir., art. D. 594-6, III, 2°.

30 JORF n° 0304, 30 décembre 2017, texte n° 28.

31 *Ibid.*

RÉSUMÉ

Français

En matière d'énergie électrique, les centrales nucléaires continuent d'être présentées comme une alternative aux gaz à effet de serre et le mode de production le plus efficient face au dérèglement climatique. Mais, qu'adviendra-t-il demain de l'imputation aux générations futures de la charge – si ce n'est mentale au moins financière – de nos choix de société vis-à-vis des besoins énergétiques d'aujourd'hui ? Cette seule question semblait rendre légitime le besoin de faire un point sur la situation juridico-financière particulière des substances radioactives. Cet article met en évidence le modèle économique de la filière électronucléaire sous l'angle des charges futures relatives à la gestion des déchets à vie longue, la seule catégorie pour laquelle le droit des déchets nucléaires enjoint d'anticiper le financement. Toutefois, celui prévu pour les charges futures de ce type ne semble pas présenter toutes les garanties. L'analyse tend à montrer que les temporalités en jeu rendent incertaines, d'une part, l'anticipation juridique de tous les coûts de gestion et, d'autre part, la sécurisation de leur financement.

INDEX

Mots-clés

déchets nucléaires à vie longue, coût économique, risque financier, provisionnement, actif dédié, actualisation des taux

AUTEUR

Sandra Russo
Docteure en droit, ATER, Univ Côte d'Azur, GREDEG – UMR 7321, Univ Lille, CRDP – ULR 4487 ; sandra.russo@club.fr

Qui veut la peau de l'article 373-2-9 du Code civil ? À propos de la proposition de loi n° 478 du 15 novembre 2022

Emmanuelle Bornet

PLAN

1. Une résidence alternée jouant les Arlésiennes
2. Une approche casuistique de l'intérêt supérieur de l'enfant
3. Intérêt de l'enfant *versus* égalité des droits des parents
4. Alors, vers une présomption de résidence alternée, enfin ?

TEXTE

1 « Chaque année en France, 350 000 couples se séparent et 200 000 enfants sont concernés par un choix de mode de garde ». Ainsi débute la proposition de loi n° 478[1], déposée le 15 novembre 2022 à la présidence de l'Assemblée nationale. Si le constat n'est malheureusement pas sourcé[2], la quinzaine de parlementaires auteurs du texte en a visiblement pris la pleine et entière mesure, et propose lapidairement une réécriture des premiers alinéas de l'article 373-2-9 du Code civil, lesquels disposent depuis mars 2016 que :

> « (…) la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux. / À la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux[3] ».

2 Les mutations sociétales précèdent, souvent de peu, les évolutions législatives. L'une des missions du législateur consiste alors à retranscrire ces transformations dans les textes ; la proposition de loi analysée dans cette contribution est de ceux-là.

3 Pour autant, elle est loin d'être le premier texte à proposer de la sorte cette réécriture, tant s'en faut. En réalité, elle s'inscrit à la suite d'une longue série de propositions en ce sens ; et ce n'est visiblement pas faute pour les parlementaires d'avoir essayé ! Le sort de la résidence de l'enfant victime de la séparation de ses parents – rappelons que le terme « résidence » a succédé au terme « garde » à partir de 1987 – s'est, en effet, retrouvé à de nombreuses reprises sur le bureau des parlementaires qui ont cent fois sur le métier remis leur ouvrage… sans connaître postérité. Voyant que la réforme se faisait attendre, ils ont alors emprunté un chemin de traverse : un récent échange épistolaire entre les deux pouvoirs constitués[4] prend place, en des termes non renouvelés, dans le débat sur les principes relatifs au choix de la résidence de l'enfant commun d'un couple en cours de séparation, débat qui semble aujourd'hui devenu stérile pour n'avoir encore accouché d'aucun *aggiornamento*.

4 Pourtant la question, sans être simpliste, est assez simple : faut-il faire de la résidence alternée le principe ? C'est par une réponse affirmative que des députés s'étaient déjà prononcés, le 17 octobre 2017, dans une proposition de loi remise sur le bureau de leur assemblée[5]. Le texte a été cependant rapidement retiré, la proposition de réforme, discrètement enterrée. Mais il en fallait davantage pour décourager nos représentants ; et cette marotte parlementaire resurgit depuis, avec la régularité d'un métronome[6], sans toutefois obtenir[7] le succès escompté[8]. Le sort réservé à cette réforme a pourtant de quoi surprendre l'observateur, tant il est vrai que le principe de la résidence habituelle assortie d'un simple droit de visite et d'hébergement est aujourd'hui suranné et inadapté à notre modèle sociétal (Antippas, 2021, p. 2188) devenu plus égalitaire.

5 Les débats parlementaires autour de cette question se sont faits plus discrets que ceux entourant la réforme du divorce par consentement mutuel, qui a très récemment été vouée aux gémonies par une grande partie de la doctrine spécialisée[9]. Certes. Mais la question n'en fut pas moins vive, car la matière familiale est incontestablement au nombre de ces droits qui, avançant en ordre dispersé depuis plusieurs décennies[10], talonnent les faits. Au mariage-institution du Code napoléon, religieux, sacramentel a succédé le mariage-contrat ; au modèle mono-familial d'hier a succédé le modèle pluri-parental d'aujourd'hui. O *tempora*, o *mores*.

6 Un bref retour en arrière s'impose alors à titre préliminaire, afin de mieux cerner les enjeux autour des tergiversations juridiques relatives à l'organisation de la résidence du jeune enfant exposé contre sa volonté à la séparation de ses parents. Car, si « le débat sur la résidence alternée est affaire de psychiatres, psychologues et psychanalystes », rappelons qu'il « existe aussi une petite porte ouverte aux juristes » (Hachet, 2016).

1. Une résidence alternée jouant les Arlésiennes

7 La règle d'une résidence habituelle chez un parent assortie, le cas échéant, d'un simple droit de visite et d'hébergement au second parent a longtemps prévalu[11] – nonobstant quelque avant-gardiste décision de la Cour de cassation, laquelle indiquait dès 1983 que « l'article 287 du Code civil[12] n'exclu[ai]t pas toute possibilité de garde associée ou conjoint[13] ». Reconnaissance prétorienne en pointillé n'équivalait évidemment pas à consécration, d'autant que, parmi les divers *scenarii* envisageables, la résidence alternée n'avait jamais vraiment eu la faveur du législateur. Nous devons cependant à ce dernier le premier pas vers un principe de garde alternée : la loi du 22 juillet 1987[14] opère un timide – mais fondamental – changement sémantique en substituant la terminologie « autorité parentale » à celle de « garde ». *Quid* ? En droit, le législateur confiait alors au juge la lourde tâche de fixer une résidence habituelle pour les enfants victimes de séparation parentale. Dans les faits, à la puissance paternelle de droit se substituait donc une prépondérance maternelle de fait (Carbonnier, 2000, p. 601).

8 En dépit d'un accueil plutôt tiède, le principe d'une résidence alternée avait alors fini par émerger sous le regard bienveillant d'une jurisprudence audacieuse. Rappelons, si besoin est, que la Convention internationale des droits de l'enfant[15] elle-même stipule, au profit de l'enfant, un droit d'entretenir régulièrement des relations personnelles avec ses parents séparés, sauf contrariété avec son intérêt supérieur. Forts de cet aval international, les accords sur la mise en place d'une résidence alternée ne cessent de se multiplier sous la plume des juges du fond, en dépit de la rareté de leur homologation par une Cour de cassation particulièrement rétive à l'enracinement

de cette pratique, qu'elle juge illégale. Parmi les quelques tribunaux volontaristes qui admettent l'alternance, la cour d'appel (CA) de Paris indiquera, par exemple, que : « rien ne permet d'affirmer que l'hébergement partagé soit par principe néfaste à l'intérêt de l'enfant ; [qu']il convient d'encourager ce type d'hébergement de l'enfant, condition d'une coparentalité réelle et élément fondamental pour lutter contre la précarisation des fonctions parentales[16] ».

9 Sensible au mouvement prétorien, la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 avait subséquemment inscrit la coparentalité dans le marbre du Code civil, entérinant ainsi la pratique d'une alternance de fait égalitaire mais non paritaire (Juston, 2010, 11). L'article 373-2-9, inchangé depuis lors, dispose que « la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux » et y associe la possibilité d'une alternance à l'essai. Tel que rédigé, le texte ouvre une simple faculté d'alternance. Sans surprise, des controverses d'interprétation se sont rapidement faites jour. Certaines juridictions, hostiles à la mise en place de la mesure, semblent acquises à l'idée que la résidence alternée serait susceptible de perturber le besoin de stabilité des enfants. Timorée, la Cour de cassation se décharge sur les juridictions du fond de la question de la fixation de la résidence de l'enfant, en invoquant la particularité de chaque situation familiale.

10 Les professionnels de la petite enfance sont eux-mêmes divisés. La majorité critique vertement la mesure dès son introduction dans la loi de 2002 (Berger, Ciccone, Guedeney, Rottman, 2004). Soulignons toutefois que les rares représentants de l'univers médico-psychologique qui se disent favorables à la généralisation de la mesure l'analysent comme le témoignage de la volonté de dépasser le schéma matriciel de garde chez la mère ; selon eux, la résidence alternée serait alors le parangon d'une égalité mère / père dans la fonction parentale (Neyrand, Zaouche-Gaudron, 2014), « une traduction dans le langage temporel des principes de coparentalité qui irriguent le droit de la famille contemporain » (Hachet, 2016).

2. Une approche casuistique de l'intérêt supérieur de l'enfant

11 Le législateur s'est donc contenté d'autoriser l'alternance, sans en fixer précisément les contours [17]. Le juge aux affaires familiales, pivot du dispositif législatif de choix du mode de résidence de l'enfant, s'est alors employé à adapter la règle dans le contexte sociétal qui est le nôtre aujourd'hui ; la notion d'« intérêt supérieur de l'enfant », relativement plastique, s'est imposée comme le point nodal de son intervention [18]. Les magistrats se basent précisément sur un faisceau d'indices prédéfinis, révélant *in concreto* la capacité, aussi bien des parents que des enfants, à s'adapter à ce mode de vie particulier : éloignement des domiciles parentaux, âge de l'enfant, conditions d'accueil, besoin de stabilité et sentiments exprimés par l'enfant, relations entre les parents sont autant d'éléments pris en compte pour déterminer chez lequel de ses deux parents l'enfant posera durablement ses valises [19]. L'absence de critères légaux trop précis, et donc rigides, ménage ainsi au juge une marge de manœuvre confortable, laquelle nous semble particulièrement pertinente au vu du contexte évolutif, parfois explosif, dans lequel la décision doit intervenir [20].

12 À l'analyse, l'âge de l'enfant est certainement l'élément prévalant [21]. De nombreux spécialistes de la psychologie enfantine se sont catégoriquement opposés à une application indifférenciée de la mesure, arguant du danger pour un nourrisson d'être déstabilisé par la fréquence des changements de domicile. Pour nombre de professionnels de la petite enfance, il est toutefois nécessaire que l'enfant ait des contacts presque quotidiens avec le parent qui ne l'héberge pas, notamment pour lui permettre de construire un lien d'attachement avec lui. Un fort courant jurisprudentiel conforte d'ailleurs cette approche [22]. Outre le nouveau-né, une autre catégorie d'enfants pose question : les grands adolescents, qui font l'objet d'un régime particulier dans la mesure où le droit leur reconnaît la capacité de s'autodéterminer. D'autres critères prêtent à discussion, notamment celui de l'accord des parents. Doit-il être nécessaire pour que le juge puisse prononcer une garde alternée ? En faire une condition *sine qua non* reviendrait à donner au parent qui s'y opposerait un droit de *veto*, au détriment de l'intérêt de l'enfant.

13 Et les *desiderata* de l'enfant, dans tout ça ? La décision sur la résidence de l'enfant fait intervenir trois niveaux de subjectivité : celui des parents, celui de l'enfant et celui du juge. À s'en tenir aux observations 12 (sur le droit à l'enfant d'être entendu) et 14[23] du Comité des droits de l'enfant de l'Organisation des Nations unies, il est impératif de permettre aux enfants doués de discernement d'exprimer leur opinion, avant de prendre une quelconque décision les concernant. Ainsi, en amont de toute procédure, il pourrait par exemple être préconisé une écoute judiciaire de l'enfant capable de discernement par des experts neutres, comme le prévoient déjà les dispositions légales relatives à l'audition de l'enfant[24]. Le juge doit mettre en balance le droit de l'enfant à la parole et sa protection, en gardant toutefois à l'esprit que, si la parole de l'enfant peut être prise en compte, « il ne faut pas laisser un enfant en capacité de choisir ; si sa parole fait loi, est-il encore à sa place d'enfant ? » (Dahan, 2003).

3. Intérêt de l'enfant *versus* égalité des droits des parents

14 Si l'alternance pourrait *prima facie* apparaître triplement profitable – pour le père, la mère et l'enfant –, les exigences des parents doivent être tempérées par leur prise de conscience de l'intérêt supérieur de leur enfant commun. En 2006, l'Observatoire national de l'action sociale (ODAS) indiquait que 75 % des signalements étaient liés à des conflits parentaux. Or, précisément, la résidence alternée ne doit pas être un mode de règlement du conflit conjugal. *Exeunt*, donc, les décisions *ab irato*, le narcissisme vaniteux, le triomphe de l'émotionnel, l'instrumentalisation de son propre enfant dans le but de mener un combat parfaitement stérile, ne flattant en définitive que son propre *ego*. La recherche d'un apaisement des relations entre les parents en cours de séparation a conduit le législateur de 2002 à intégrer la médiation familiale dans la réflexion sur l'hébergement de l'enfant[25]. Si les parties sont en principe libres d'accepter la mesure[26], le juge peut toutefois leur enjoindre de rencontrer un médiateur familial[27]. Il faut s'en féliciter : la médiation est une arme dissuasive particulièrement efficace pour aider à signer un « traité de paix » familial. Pratique très au goût du jour, elle est souvent plébiscitée par toutes les forces en présence, parents comme profession-

nels du droit. Gageons que l'accroissement du recours à une telle technique permettra une réelle pacification des rapports parentaux, au bénéfice de l'enfant. Elle entérine en tout cas l'idée que la persistance d'un conflit parental ne fait pas obstacle à la mise en place de l'alternance, en séparant le « conjugal » du « parental ». Le rôle du médiateur étant, entre autres choses, de faire réfléchir les parents sur leurs valeurs éducatives, la mise en place d'une obligation de médiation familiale donnera vraisemblablement les clés de lecture et d'acceptation de la coparentalité.

15 Qu'en est-il chez nos voisins européens ? Aux Pays-Bas, par exemple, une loi de 2009 prévoit le droit pour l'enfant à être élevé de façon égalitaire par ses parents dans le respect d'un plan parental. Mais cette présomption d'alternance peut toutefois être renversée si l'enfant est pris dans ce que les Néerlandais nomment un « conflit de loyauté ». L'exemple de nos voisins hollandais nous enseigne alors que l'alternance ne doit pas nécessairement être érigée en véritable droit des parents, pas plus qu'elle n'aurait vocation à être un jugement de Salomon. La pratique de la résidence habituelle fragilise le lien entre l'enfant et le parent chez lequel, précisément, il ne fait que poser sporadiquement ses valises [28].

16 En France, la loi du 4 mars 2002 avait voulu asseoir une égalité parfaite dans l'exécution du droit de résidence, et par voie de conséquence mettre un coup d'arrêt à l'image d'Épinal d'attribution préférentielle à la mère. Alors, « voici venu le temps des pères "mères bis" niant la nécessité de la mère » (Herzog-Evans, 2014) ? Il serait mal venu de céder aux sirènes d'un sentimentalisme exacerbé : dans les faits, il ressort d'une étude effectuée en 2018 sur un échantillon de décisions du tribunal judiciaire de Béthune que la résidence alternée reste en réalité faiblement sollicitée par les pères qui, en outre, ne réclament pas subsidiairement la résidence habituelle au cas où l'alternance serait refusée [29]. Or, si la résidence alternée est louable en ce qu'elle favorise le passage du père « légal » au père « réel », elle ne doit pas être instrumentalisée : l'affaire, largement médiatisée, de ces pères nantais qui, perchés sur leurs grues, revendiquaient la résidence alternée de leur enfant, en 2013, en est un exemple particulièrement édifiant [30].

4. Alors, vers une présomption de résidence alternée, enfin ?

17 Vouloir trouver un équilibre parfait entre les intérêts de l'enfant et celui des parents, alors que ceux du premier doivent primer ceux des seconds (Hilt, 2019, p. 19), est au mieux une chimère, au pire une erreur. Si le système d'alternance présente l'avantage de la prévisibilité [31] et que le nomadisme peut s'avérer fatigant à la longue [32], la grande plasticité – pour ne pas dire la versatilité – des solutions jurisprudentielles témoigne de ce qu'il ne saurait en réalité y avoir de principe « pour ou contre » la résidence alternée (de Cayeux, 2020, p. 70). Le manichéisme ne saurait d'ailleurs être de mise dans une matière aussi sensible. Néanmoins, il faut bien admettre, avec la quinzaine de parlementaires, que l'alternance pourrait être une solution à terme, au vu des nouvelles formes de parentalité. Elle semble ainsi être un mode de résidence privilégié en cas de famille recomposée, en vertu d'un principe d'unité de la fratrie. Par ailleurs, l'évolution jurisprudentielle récente a consacré la parentalité LGBT+ [33] en permettant, entre autres, l'établissement d'un double lien de filiation ; dans ce cas précis, seul l'un des parents a généralement le lien biologique avec l'enfant. Dans ce cas, les juges pourraient être tentés de privilégier le parent « biologique » pour la fixation de la résidence [34], la reconnaissance d'un principe d'alternance permettrait de préserver une certaine égalité parentale.

18 Du côté du droit international, la résolution 2079 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 2 octobre 2015 invite les États à « introduire dans leur législation le principe d'une résidence alternée des enfants après une séparation, tout en limitant les exceptions aux cas d'abus, et en aménageant le temps de résidence en fonction des besoins et de l'intérêt de l'enfant ». Le principe, s'il est plébiscité, nous semble cependant devoir être posé avec souplesse, ce qui permettrait un aménagement judiciaire dans la durée. Nous préférons parler de « partage du temps parental » car, dans les faits, rien n'impose que le temps passé auprès de chacun des parents soit de même durée ; quand bien même ils sont liés par la demande des parties, les juges peuvent, si l'intérêt de l'enfant le commande, décider d'un partage inégal du temps [35]. Soulignons que la Belgique a adopté

le système de l'hébergement alterné depuis 2006 [36] et qu'elle n'a pas à rougir de son bilan : ce principe est largement appliqué au sein de la société belge, souvent directement par les parents. Le législateur belge, en fixant ce principe, a souhaité réduire le contentieux de l'hébergement. Toutefois, « il ne suffit pas que le parent qui sollicite cet hébergement revendique l'application de la loi, mais il lui appartient de permettre au tribunal d'apprécier si cet hébergement est concrètement possible [37] ».

19 Plus prosaïquement, les questions matérielles de fiscalité et de frais d'entretien seraient indéniablement simplifiées avec l'alternance. En cas de résidence alternée, sauf disposition contraire, les enfants mineurs sont réputés être à la charge égale de l'un et de l'autre parent [38] ; cette présomption peut être écartée s'il est justifié que l'un des parents assume la charge principale de l'enfant [39]. La simplification serait également visible au niveau des modalités de l'obligation d'entretien [40] : en cas d'alternance, la décision judiciaire ou la convention des époux en déterminera les modalités. À défaut, le juge tranchera en appliquant les critères des articles 371-2 et 373-2-2 du Code civil. Dans ce cas, plusieurs situations sont envisageables en fonction des ressources et des charges des parents ainsi que des besoins de l'enfant : le juge peut fixer une contribution à la charge de chacun des parents, prononcer une dispense de contribution, une contribution égalitaire ou encore une réduction de son montant.

20 Aujourd'hui, la garde est encore très majoritairement octroyée à l'un des deux parents [41] (Bonnet, Solaz, 2023), témoignage que les stéréotypes ont la vie dure. Mais les familles évoluent, et leur(s) droit(s) doi(ven)t s'adapter. Toutefois, il faut bien avouer que le flou artistique qui entoure encore le mode de résidence de l'enfant mineur d'un couple séparé a de quoi perdre même l'observateur le plus aguerri. L'analyse menée *supra* nous conduit à penser que la résidence alternée « ne doit être ni un dogme ni un mythe à atteindre dans chaque situation de séparation familiale » (Juston, 2010, p. 11). C'est pourquoi lâcher la proie pour l'ombre, c'est-à-dire l'ériger sèchement en principe, risquerait de passer sous silence l'extrême diversité de la matière familiale : la loi ne peut régir uniformément et de manière péremptoire des situations ontologiquement différentes. Une fois encore, le droit se devra donc d'être la « science des exceptions ».

BIBLIOGRAPHIE

Antippas J., 2021, « Liberté, égalité, parentalité. Réflexion à partir de la proposition de loi n° 4557 du 12 octobre 2021 », *Recueil Dalloz*, p. 2188

Berger M., Ciccone A., Guédeney N. & Rottman H., 2004, « La résidence alternée chez les enfants de moins de six ans : une situation à hauts risques psychiques », *Devenir*, vol. 16, n° 3, p. 213-228

Bodier M., Buisson G., Lapinte A., Robert-Bobée I., 2015, *Couples et familles*, Paris, INSEE

Bonnet C., Solaz A., 2023, « Séparation des parents : un risque accru de pauvreté pour les enfants ? », *Population et sociétés*, vol. 610, n° 4, p. 1-4

Bonnet C., Garbinti B., Solaz A., 2015, « Les conditions de vie des enfants après le divorce », INSEE *Première*, n° 1536

Carbonnier J., 2000, *Droit civil, tome 2 : La famille*, 20e éd., Paris, PUF

Cayeux A.-M. de, 2020, « La résidence alternée », *Gaz. Pal.*, n° hors-série 2, p. 70

Dahan J., 2003, *Se séparer sans se déchirer*, Paris, Pocket

Hachet B., 2016, « Résidence alternée. Pratiques polémiques et normes ambivalentes », *Journal des anthropologues*, vol. 144-145, n° 1-2, 2016, p. 191-219

Herzog-Evans M., 2014, « Résidence alternée, syndrome d'aliénation parentale et violences domestiques : entre inversion du jugement de Salomon et mise en danger », *Revue juridique personnes et famille*, n° 7-8

Hilt P., 2019, « Réflexions autour d'une (énième !) proposition de loi visant à généraliser la résidence alternée », *RTD civ.*, p. 55

Juston M., 2010, « Le challenge de la résidence alternée », *Gaz. Pal.*, n° 21, p. 11

Mestrot M., 2004, « Aspects consensuels et conflictuels de la résidence alternée dans la loi relative à l'autorité parentale », *Petites affiches*, n° 162, p. 3

Neyrand G., Zaouche-Gaudron C. (dir.), 2014, *Le livre blanc de la résidence alternée*, Toulouse, Érès

ODAS (Observatoire national de l'action sociale), 2006, *Enquête annuelle signalements en 2005. Protection de l'enfance : de nouvelles perspectives pour les départements*

NOTES

1 Proposition de loi n° 478 visant à permettre à l'enfant de maintenir des liens équilibrés avec ses deux parents en cas de séparation s'il y a désaccord sur le mode de résidence.

2 En 2009, « 160 000 enfants mineurs ont vécu le divorce de leurs parents (ou leur rupture de Pacte civil de solidarité, Pacs). Selon les déclarations fiscales, un an après l'événement, 76 % d'entre eux sont gardés principalement par leur mère et 9 % principalement par leur père » (Bonnet, Garbinti, Solaz, 2015). D'autres chiffres, du même ordre de grandeur, peuvent être avancés : « Dans les années 2009-2012, le nombre des séparations est de 253 000 par an, dont 115 000 touchent des enfants mineurs. Le nombre d'enfants mineurs impliqués dans ces séparations a augmenté, passant de 145 000 à 191 000 entre ces deux périodes » (Bodier, Buisson, Lapinte, Robert-Bobée, 2015, p. 19).

3 Selon la proposition de loi présentement analysée, les premières phrases seraient remplacées par les trois alinéas suivants : « À défaut d'accord entre les parents sur le mode de résidence de l'enfant, le juge fixe prioritairement l'hébergement de l'enfant de manière équilibrée entre ses deux parents, dans l'intérêt supérieur de celui-ci en application de l'article 371-1. / Lorsque le juge estime que la modalité de cette alternance doit être adaptée dans le temps, en particulier du fait du très bas âge de l'enfant, il le précise sous forme de décision provisoire, ou prévoit une autre modalité à échéance définie. / Lorsque l'enfant ne peut bénéficier de ces dispositions, le juge motive spécialement sa décision et privilégie la solution qui préserve l'environnement habituel de l'enfant. »

4 Réponse du ministère de la Justice, publiée dans le JO *Sénat* du 2 mars 2023 (p. 1577), à la question écrite n° 05375 de M. Yves Détraigne (Marne - UC), publiée dans le JO *Sénat* du 16 février 2023 (p. 1105).

5 Proposition de loi (PPL) n° 307 du 17 octobre 2017.

6 PPL n° 3163 du 30 juin 2020, n° 628 du 13 juillet 2020, n° 3852 du 9 février 2021 et n° 4557 du 12 octobre 2021.

7 Le premier alinéa de l'article 373-2-9 du Code civil demeure, à ce jour, encore inchangé.

8 C'est également ce que souhaite une partie de la doctrine.

9 Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle dite J 21. Elle institue, entre autres, de nouvelles modalités de divorce par consentement mutuel. Des auteurs ont parlé, avec cynisme, de « divorce à la Las Vegas ».

10 Le divorce est particulièrement symptomatique de la tendance : utilisation réduite en 1804, supprimé en 1816, fondé sur la faute en 1884, étendu en 1975, sous la forme d'un acte d'avocat depuis 2017.

11 Sous sa forme la plus répandue : vingt-six jours chez un parent et quatre jours par mois (soit une fin de semaine sur deux) au domicile de l'autre, avec partage des vacances scolaires par moitié.

12 « L'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents. Le juge désigne, à défaut d'accord amiable ou si cet accord lui apparaît contraire à l'intérêt de l'enfant, le parent chez lequel les enfants ont leur résidence habituelle » (abrogé depuis).

13 Cass., 2e civ., 21 mars 1983, *JCP* 1984.

14 Loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale, dite loi Malhuret.

15 Convention du 20 novembre 1989, art. 9, § 3 : « Les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. »

16 CA Paris, 10 février 1999, n° 1999-020221.

17 Ce faisant, il a choisi « de valoriser et d'inciter les accords parentaux », gage d'une meilleure application de l'alternance par ses aspects responsabilisants (Mestrot, 2004).

18 Selon la proposition de loi analysée, l'intérêt supérieur de l'enfant commande « qu'il puisse entretenir des liens forts, réguliers et équilibrés avec ses deux parents afin qu'il reçoive également de chacun d'eux les soins, l'éducation, l'instruction et l'assistance morale ».

19 Article 373-2-11 du Code civil.

20 Nous partageons en cela la doctrine du ministère de la Justice, dans sa réponse précitée : « Si la résidence alternée peut être encouragée, il est essentiel de conserver la possibilité pour le juge de prendre en compte la réalité de chaque situation familiale et d'apprécier au cas par cas l'intérêt de

l'enfant afin d'ajuster sa décision aux multiples configurations familiales. La résidence alternée paritaire ne peut être un modèle unique pour tous. »

21 Il faut néanmoins préciser que certaines décisions ont pris l'exact contrepied de la tendance à octroyer la résidence à la mère lorsque l'enfant est encore très jeune. Voir, par ex., CA Aix-en-Provence, 6e ch., section A, 27 février 2007, n° 2007-342859 ; CA Chambéry, 3e ch., 23 janvier 2017, RG n° 16/01361 ; CA Bordeaux, 18 mai 2021, n° 20/03270.

22 Voir, par ex., sur ce point : CA Paris, 24e ch., 17 juin 2004, n° 2004/243594 ; CA Douai, 26 mai 2011, n° 10/04663 ; CA Douai, 7e ch., 30 juin 2011, n° 10/05573 ; CA Bourges, 28 février 2013, n° 12/00899 ; Cass., 1re civ, 12 juin 2014, n° 13-15.411 ; JAF Bobigny, 18 décembre 2018, n° 18/08690 ; CA Dijon, 27 mai 2021, n° 20/00501 ; CA Aix-en-Provence, 7 juin 2022, n° 20/07847.

23 En particulier l'assertion suivante : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. »

24 Article 388-1 du Code civil ; articles 338-1 à 338-12 du Code de procédure civile.

25 Article 373-2-10 du Code civil, récemment modifié par la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020.

26 « En cas de désaccord, le juge s'efforce de concilier les parties. / À l'effet de faciliter la recherche par les parents d'un exercice consensuel de l'autorité parentale, le juge *peut leur proposer* une mesure de médiation, sauf si des violences sont alléguées par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant, ou sauf emprise manifeste de l'un des parents sur l'autre parent, et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder, y compris dans la décision statuant définitivement sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale » (nous soulignons).

27 « [Le juge] peut de même leur enjoindre, sauf si des violences sont alléguées par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant, ou sauf emprise manifeste de l'un des parents sur l'autre parent, de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure. »

28 Nul besoin de préciser ici que de pléthoriques études attestent que l'enfant a quotidiennement besoin de ses deux parents.

29 Le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes a indiqué dans son rapport du 22 novembre 2017 que « si la résidence des enfants est majoritairement fixée aujourd'hui chez les mères, c'est parce que les pères ne la demandent pas. En effet, 93,4 % des décisions des juges aux affaires familiales sont rendues conformément à la demande des pères et 95,9 % conformément à la demande des mères ».

30 Rappelons, pour l'anecdote, que le premier avait été condamné pour soustraction d'enfant et que le second était poursuivi du chef de violences conjugales et maltraitance sur son propre enfant.

31 CA Versailles, 9 février 2017, n° 16/08609.

32 Cass., 1re civ., 24 juin 2015, n° 14-20.000.

33 Voir les récentes décisions du Tribunal judiciaire de Paris n° 20/37273 et n° 20/37274, en date du 7 janvier 2022, sur validation d'une délégation-partage croisée conférant à quatre parents LGBT+ les prérogatives de l'exercice de l'autorité parentale à l'égard de deux enfants.

34 Voir, par ex., Cass., 1re civ., 13 juillet 2017, n° 16-24.084.

35 Cass., 1re civ., 25 avril 2007, n° 06-16.886.

36 Article 374 du Code civil belge.

37 Civ. Bruxelles, 110e chambre, 27 mars 2013, *Actualités du droit de la famille*, n° 6, 2013, p. 118.

38 Article 194 du Code général des impôts.

39 Cass., 1re civ., 9 septembre 2015, n° 14-23.687.

40 Cass., 2e civ., 14 janvier 2010, n° 09-13.061.

41 C'est en tout cas ce que l'exposé des motifs de la proposition de loi du 15 novembre, présentement analysée, semble mettre en exergue – à grand renfort de données chiffrées dont on regrette qu'elles ne soient pas toujours sourcées.

RÉSUMÉ

Français

L'inflation législative galopante en droit de la famille pousse régulièrement la résidence de l'enfant qui endure la séparation de ses parents sous les feux de l'actualité juridique, mais également sur la table de travail des parlementaires. Les propositions de loi relatives à l'institution d'un principe de « rési-

dence alternée » sont légion ; elles se succèdent… et se ressemblent. Celle du 15 novembre 2022 n'a visiblement pas été suivie d'effets. L'avenir nous dira si la dernière en date, la proposition visant à favoriser la résidence alternée de l'enfant en cas de séparation de ses parents adoptée par les sénateurs le 14 décembre 2023, connaîtra un avenir plus prospère que ses nombreuses devancières.

INDEX

Mots-clés
article 373-2-9, séparation, autorité parentale, résidence alternée, proposition de loi, famille

AUTEUR

Emmanuelle Bornet
Doctorante, Université Toulouse Capitole, Institut des études juridiques de l'urbanisme, de la construction et de l'environnement (IEJUC – EA 1919) ; emmanuelle.bornet@gmail.com

Les principes temporels du droit fiscal constitutionnel

Mathilde Kamal-Girard

PLAN

1. La prévisibilité du droit fiscal constitutionnel
   1.1. Un objectif législatif valorisé
   1.2. Un objectif constitutionnel sanctionnable ?
2. La pérennité du droit fiscal constitutionnel
   2.1. Un objectif constitutionnel affirmé
   2.2. Un objectif constitutionnel rigoureux

TEXTE

1 La « constitutionnalisation du droit » (Favoreu, 1996) n'exclut aucune de ses « branches » (Mathieu, Verpeaux, 1998) et la matière fiscale n'échappe en rien à cette règle (Vidal-Naquet, 2011, p. 89). La doctrine a ainsi mis en évidence un « droit fiscal constitutionnel » (Philip, 2014) ou un « droit constitutionnel fiscal » (Lignereux, 2020) caractérisé par des règles fondamentales de rang constitutionnel irrigant la loi fiscale, l'administration des finances publiques et les décisions du juge de l'impôt. Le phénomène est à ce point connu que c'est aujourd'hui « l'impact » (Crouy Chanel, 2017) de la jurisprudence constitutionnelle sur les différentes branches du droit qui cherche à être mesuré. L'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité a en effet accru la « coloration » (Favoreu, 1982, p. 244) du droit fiscal. Cela dit, cette accentuation s'est révélée, à certains des égards, plus quantitative que qualitative. Bien que le Conseil constitutionnel (CC) soit de plus en plus souvent saisi sur la constitutionnalité de dispositions fiscales, sa jurisprudence postérieure à 2010 – entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) – « n'a pas pour autant bouleversé les cadres qu'elle avait posés depuis une trentaine d'années, et qui permettent, dans leur dialectique, de préserver l'équilibre du système fiscal » (Crouy Chanel, 2011).

2 La constitutionnalisation du droit fiscal s'accompagne en outre d'une certaine fiscalisation du droit constitutionnel. D'un point de vue

substantiel, on assiste à l'apparition récente d'objectifs à valeur constitutionnelle inspirés par la matière fiscale : objectif de lutte contre la fraude fiscale[1], objectif de lutte contre l'évasion fiscale[2] et, plus récemment, objectif de lutte contre l'optimisation fiscale[3]. Le phénomène se traduit aussi au regard des principes temporels qui règlent les conflits de lois dans le temps devant le Conseil constitutionnel et qui ont conduit à l'« émergence du droit transitoire constitutionnel » (Gahdoun, 2016). Régulièrement confronté à la petite rétroactivité de la loi de finances, saisi de dispositions fiscales rétroactives, juge de sanctions fiscales ayant le caractère d'une punition, le Palais Montpensier a dû déterminer à quelles conditions le cadre temporel de la loi fiscale était conforme à la Constitution.

3 L'application de la loi dans le temps a été l'objet de nombreuses études à la suite de celle menée par le doyen Roubier (Roubier, 1960). La doctrine, privatiste comme publiciste, a hérité du « triptyque » (Kamal-Girard, 2020a, p. 38) que composent la rétroactivité, l'effet immédiat et la post-activité. Elle l'a complété et enrichi, avec de nouvelles notions comme celle des dispositions transitoires « substantielles », opposées par Françoise Dekeuwer-Défossez aux dispositions transitoires « instrumentales » (Dekeuwer-Défossez, 1977, p. 61), ou encore celle de « rétrospectivité » (Grasmann, 1989) qu'a popularisée en France Jacques Héron (Héron, 1996, p. 96 ; Pierre Fleury-Le Gros, 2005, p. 247). C'est ainsi que nous disposons d'un panel conceptuel dense pour rendre compte des conflits de lois dans le temps, que ceux-ci concernent des lois au sens propre, mais aussi l'ensemble des règles générales et abstraites, ou encore certaines mesures juridictionnelles, dont celles déterminées par le Conseil constitutionnel. Pour synthétiser l'étude d'une jurisprudence particulièrement abondante, on soulignera simplement que le « droit transitoire constitutionnel » concerne tant la « création des lois » que la « disparition des lois » (Gahdoun, 2016).

4 Une fois décrits les modes d'application de la loi dans le temps employés par le Conseil constitutionnel, on peut s'interroger quant aux objectifs poursuivis au travers d'une telle politique du « temps juridique » (Kamal-Girard, 2020a, p. 34). Selon nous, il existe deux grandes tendances, complémentaires : celle de la prévisibilité et celle de la pérennité (*ibid.*, p. 504). Ces deux orientations pourraient éventuellement être regroupées au sein d'une étude sur la sécurité juri-

dique (Valembois, 2003), notamment en matière fiscale (Périn-Dureau, 2020). Si « la sécurité juridique n'a de cesse de préoccuper la doctrine », il faut toutefois constater qu'« en dépit de nombreuses propositions en ce sens, le principe de sécurité juridique est absent du corpus textuel interne et international » (*ibid.*) et qu'en particulier, il ne fait pas l'objet d'une consécration devant le Conseil constitutionnel[4]. À cet égard, devant le prétoire de la rue Montpensier, « la sécurité juridique est systématiquement envisagée de manière négative : ce n'est pas la sécurité juridique qui est invoquée mais l'insécurité juridique qui est dénoncée » (*ibid.*). Pour aborder cette thématique, il est courant que distinguer la sécurité juridique rédactionnelle et la sécurité juridique temporelle. Reste que, concernant ce second aspect, le choix de présentation demeure assez descriptif. En ce qui concerne la sécurité juridique et le droit fiscal, Ariane Périn-Dureau, par exemple, traite de l'application de la loi dans le temps, d'une part, et de la prescription, d'autre part. Une autre option est certainement possible, qui consiste à ne pas passer par ce prisme d'analyse, mais à tenter de conceptualiser différemment l'utilisation du temps dans le contentieux constitutionnel. Le temps est, dans la jurisprudence constitutionnelle, une ressource (Kamal-Girard, 2020, p. 71) permettant notamment d'exercer le contrôle interne de la loi (*ibid.*, p. 503), au travers de deux standards (Rials, 1980, p. 73)[5] que sont la prévisibilité et la pérennité.

5 Or, les deux standards que sont la prévisibilité et la pérennité ont eu pour substrat la matière fiscale avant d'irriguer ensuite les autres champs du droit constitutionnel. Le premier, la prévisibilité, peut se définir comme le souci du Conseil constitutionnel de faire en sorte que la loi ne prenne pas au dépourvu ceux à qui elle s'adresse. Le Conseil constitutionnel observe si celle-ci pouvait être prévue, c'est-à-dire si son application dans le temps pouvait être conçue comme un fait futur très probable. Dès lors que la loi est envisagée comme telle, le sujet de droit se projette dans l'avenir en s'organisant en fonction des prescriptions et interdictions que la loi contient. Il ne faudrait pas, alors qu'il s'est organisé afin de se mettre en conformité avec la loi, qu'il soit finalement puni pour avoir été prévoyant. Le second standard est celui de la pérennité. Celle-ci désigne le caractère de ce qui dure toujours ou très longtemps et se conçoit comme une stabilité, une sûreté, une continuité, une tranquillité, une

constance même, voire une permanence. Le Conseil, qui ne peut aller à l'encontre de la mutabilité de la loi, incite alors le législateur à procéder aux changements de manière paisible ou sereine.

6 Un rapide survol de la jurisprudence constitutionnelle rend immédiatement compte des liens entre ces principes temporels et le droit fiscal. Du côté de la prévisibilité, le principe apparaît à l'occasion du contrôle de constitutionnalisé de la loi de finances pour 2006[6], le Conseil constitutionnel faisant mention d'un « degré de prévisibilité raisonnable » requis de la part du législateur quant au montant de l'impôt. Quant au principe de pérennité, il est régulièrement mis en œuvre lorsque le Conseil constitutionnel s'attache aux « situations légalement acquises » et aux « effets qui peuvent être légitimement attendus » de celles-ci, situations qui sont notamment et avant tout des situations fiscales[7]. C'est d'ailleurs en matière fiscale que le Conseil constitutionnel a imposé pour la première fois au législateur de prendre des dispositions transitoires substantielles, dans la décision du 8 décembre 2016 portant sur la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique[8].

7 Certes, la prévisibilité et la pérennité sont des standards que le Conseil constitutionnel mobilise pour encadrer la temporalité de lois intervenant dans d'autres matières. Il apparaît néanmoins une spécificité relative au droit fiscal : le degré d'exigence du Conseil constitutionnel est plus fort, au point que le droit transitoire propre au droit fiscal constitutionnel constitue un régime intermédiaire entre la matière pénale et les autres branches du droit. C'est donc de l'originalité du droit transitoire appliqué au droit fiscal constitutionnel dont il est ici question. Pour la prévisibilité, cette originalité relève de l'évidence, car le principe est né du contentieux constitutionnel fiscal. Moins immédiatement préhensible, elle est pour autant tout aussi réelle en ce qui concerne le principe de pérennité.

1. La prévisibilité du droit fiscal constitutionnel

8 Depuis une quinzaine d'années, le Conseil constitutionnel a accordé à la prévisibilité une place dans sa jurisprudence en tant qu'objectif

législatif. Certaines atteintes à la Constitution peuvent être ainsi justifiées si le législateur a cherché à assurer la prévisibilité de la loi fiscale. En ce sens, il est possible d'affirmer que la prévisibilité est un objectif législatif valorisé par le Conseil. En revanche, toutes les tentatives menées par les justiciables pour faire sanctionner en tant que tel le défaut de prévisibilité ont pour l'instant été vouées à l'échec. Des développements récents semblent cependant indiquer que le Conseil constitutionnel pourrait se déplacer vers un autre terrain, celui de l'article 16 de la Constitution, pour imposer au législateur une plus grande prévisibilité de la loi fiscale. Ce faisant, la prévisibilité deviendrait ainsi un objectif constitutionnel sanctionnable au travers du principe de la garantie des droits.

1.1. Un objectif législatif valorisé

9 La « prévisibilité » est mentionnée pour la première fois dans la jurisprudence constitutionnelle à propos de la décision relative à la loi de finances pour 2006[9]. La prévisibilité y apparaît comme un objectif permettant de justifier certaines atteintes au principe d'égalité. Par conséquent, des dispositions fiscales incitatives potentiellement génératrices de rupture d'égalité dans la mesure où leur mise en œuvre dépend des « choix éclairés » du contribuable peuvent trouver leur justification dans la faculté qu'aura l'intéressé « d'évaluer avec un degré de prévisibilité raisonnable le montant de son impôt selon les diverses options qui lui sont ouvertes[10] ». Ce lien entre la « prévisibilité » et la constitutionnalité de la loi fiscale ne s'est jamais démenti. Le Conseil constitutionnel a en effet confirmé que la prévisibilité constituait un objectif législatif susceptible de justifier une différence de traitement en matière fiscale. Ainsi, lors de l'examen de la loi de finances pour 2018, le Conseil affirme que l'augmentation du taux d'imposition des revenus du capital *via* un prélèvement proportionnel exprime la volonté du Parlement de « diminuer les taux marginaux d'imposition des revenus du capital et [d']améliorer la lisibilité et la prévisibilité de la fiscalité qui leur est applicable[11] ». Dans ce cadre, l'objectif de prévisibilité demeure un outil de contrôle de la proportionnalité au sein de la loi elle-même, sans être utilisé comme un outil de conciliation entre droits et libertés (Duclercq, 2015).

10 De la matière fiscale, le principe de prévisibilité a ensuite essaimé vers le domaine financier. L'état actuel de la jurisprudence fait ressortir deux grands cas de figure. D'une part, le principe de prévisibilité est mis en lien avec les effets de la rupture de la relation contractuelle. À plusieurs reprises, le Conseil constitutionnel a admis que l'objectif selon lequel le législateur cherchait à « renforcer la prévisibilité des conséquences qui s'attachent à la rupture du contrat de travail[12] » puisse atténuer la liberté contractuelle. D'autre part, le principe en tant qu'objectif législatif a été étendu à la prévisibilité des ressources financières autres que fiscales, comme la dotation d'intercommunalité[13].

11 Pour résumer, le principe de prévisibilité est né au sein de la matière fiscale et a été étendu à d'autres aspects financiers, qu'ils concernent les particuliers (rémunération issue du travail salarié) comme les collectivités territoriales (ressources locales non fiscales). La valorisation du principe par le Conseil constitutionnel a conduit certains justiciables à réclamer qu'il soit imposé directement au législateur, au travers de la consécration d'un objectif ou d'un principe – selon les termes utilisés lors des saisines de la Haute Instance – constitutionnel de prévisibilité.

1.2. Un objectif constitutionnel sanctionnable ?

12 La première utilisation de la « prévisibilité » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel a pu laisser penser qu'elle pourrait devenir en soi une norme directement sanctionnable, ce qui a conduit des justiciables à s'en prévaloir devant son prétoire. En 2011, Albin R. considère par exemple qu'une disposition de la loi du 29 décembre 2010 relative aux droits de plaidoirie méconnaîtrait « le principe d'égalité devant la justice et le principe de prévisibilité de la loi[14] ». Quant à Gérard D., dans la décision relative à la définition du délit de harcèlement sexuel, il estime que la disposition contestée porterait atteinte aux « principes de clarté et de précision de la loi, de prévisibilité juridique et de sécurité juridique[15] ». Dans les deux cas, les requérants y voyaient une norme constitutionnelle (et non législative), imposant un résultat (et non un moyen devant être poursuivi).

13 Une telle stratégie aurait pu aboutir à la consécration d'un principe à valeur constitutionnelle de prévisibilité : d'objectif pouvant être poursuivi par le législateur – et valorisé en tant que tel – il serait alors devenu une exigence constitutionnelle sanctionnable par le Conseil constitutionnel. Ce dernier ne s'est toutefois pas engagé sur cette voie, à tout le moins de la manière dont l'envisageaient les requérants. Postérieurement à la décision de 2012 sur le délit de harcèlement sexuel, le Conseil utilise des guillemets pour rapporter les arguments des requérants sur « la prévisibilité de la loi[16] », comme pour mettre une distance entre la formulation de ces derniers et sa propre approche. Est-ce là un éloignement irrémédiable ? Il semble qu'il soit circonscrit à la seule matière pénale, le Conseil constitutionnel préférant s'en tenir pour cette dernière à des principes temporels classiques, comme celui de la légalité des délits et des peines.

14 Hors du champ pénal, il se pourrait cependant que le Conseil constitutionnel adopte une autre démarche, plus accueillante vis-à-vis de la prévisibilité. Dans la décision relative à la loi de finances pour 2020, les députés qui saisissent le Conseil font valoir que certaines dispositions de la réforme de la taxe d'habitation seraient contraires à la Constitution, notamment au regard de « leur absence de prévisibilité et l'importance de leur impact financier pour les collectivités territoriales[17] ». Dans son argumentation, le Conseil constitutionnel se garde bien de parler lui-même de prévisibilité. Mais, en se situant sur le terrain de l'article 16 de la Constitution et en excluant, par suite, le caractère rétroactif des dispositions contestées, il fait entrer le principe de prévisibilité dans le champ de la garantie des droits[18], du moins pour ce qui est du droit fiscal.

15 En définitive, la prévisibilité connaîtrait trois degrés : en matière pénale, elle serait gérée au travers du principe de légalité des délits et des peines, l'imprévisibilité étant interdite pour toute sanction plus sévère ; en matière fiscale, elle serait abordée *via* la garantie des droits énoncée à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; dans les autres matières, elle resterait un simple objectif valorisé lors de sa mise en œuvre par le législateur. La démarche du Conseil constitutionnel vis-à-vis de la prévisibilité se rapprocherait alors de celle qui a été développée et approfondie par ce dernier pour la pérennité, la matière fiscale devenant le substrat d'un régime de protection intermédiaire quant aux variations du temps.

2. La pérennité du droit fiscal constitutionnel

16 Par sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel cherche à garantir la pérennité des situations des sujets de droit, c'est-à-dire la stabilité de leurs relations juridiques subjectives, que celles-ci soient contractuelles ou légales. Et cette jurisprudence sur la pérennité concerne, pour une grande part, la pérennité des situations fiscales des contribuables. Le Conseil constitutionnel a développé toute une jurisprudence d'après laquelle le législateur ne « saurait porter atteinte aux situations légalement acquises[19] » avant de l'étendre « aux effets qui peuvent être légitimement attendus des situations légalement acquises[20] ». Ce mode opératoire lui a permis de faire de la pérennité un standard rigoureux en matière fiscale.

2.1. Un objectif constitutionnel affirmé

17 Le droit fiscal constitue un terrain de prédilection pour protéger la pérennité « subjective ». Mise en évidence comme l'une des fonctions attribuées à la liberté contractuelle (Gahdoun, 2008, p. 210), la pérennité subjective, celle de la situation des sujets de droit – et non pas celle du droit objectif – s'étend au-delà du champ conventionnel. À l'instar des contrats, une pluralité de normes juridiques a vocation à durer dans le temps, ce qui implique, pour ceux qui en sont à l'origine ou qui en bénéficient, leur pérennité. Cela s'est montré particulièrement vrai en matière fiscale. C'est pourquoi, bien que le contentieux constitutionnel des dispositions fiscales n'ait pas été à l'origine de la pérennité subjective, il a indéniablement été le terrain de son épanouissement.

18 Dans la décision relative à la loi de finances pour 2006[21], le Conseil constitutionnel reprend la formule selon laquelle « il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; que, ce faisant, il ne saurait toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles » avant d'ajouter « qu'en particulier il méconnaîtrait la garantie des droits proclamés par l'article 16 de la

Déclaration de 1789 s'il portait aux situations légalement acquises une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant ».

19 Il fait ainsi bénéficier certaines situations *légales* – par opposition aux situations *contractuelles* – d'une nouvelle protection, et ces situations légales sont des situations qui relèvent de l'impôt. Cette jurisprudence a trouvé à s'appliquer essentiellement dans le domaine fiscal, le Conseil classant parmi les situations juridiques « légalement acquises » une imposition [22], une exonération [23] ou une majoration [24] fiscales. Et, comme pour la prévisibilité, la pérennité, lorsqu'elle ne protège pas des situations fiscales, sécurise des situations financières [25].

20 La protection offerte par le Conseil constitutionnel s'étend aussi aux « effets qui pouvaient être légitimement attendus » desdites situations [26]. À ce stade de l'étude, on ne s'étonnera pas de ce que ce nouveau pan de la pérennité soit né lors du contrôle d'une loi de finances, celle pour l'année 2014. À cette occasion, la Haute Instance applique un standard de prévisibilité assez bas à la modification des taux de prélèvements sociaux, puisqu'elle admet l'effet rétroactif qui lui est associé. Mais l'atténuation de la prévisibilité est en quelque sorte compensée par le renforcement du standard de pérennité au travers de la prise en compte des « effets qui pouvaient être légitimement attendus » de l'incitation fiscale à la conservation des contrats d'assurance-vie pour une durée de six à huit ans. Le Conseil souligne à cet égard que « les contribuables ayant respecté cette durée de conservation pouvaient légitimement attendre l'application d'un régime particulier d'imposition lié au respect de cette durée légale [27] », dans la mesure où, en modifiant le taux d'exonération fiscale, le législateur revient sur une pérennité qu'il avait lui-même favorisée.

21 La construction et l'affirmation du standard de pérennité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel sont intimement liées à la matière fiscale. C'est d'ailleurs pour protéger la stabilité des situations fiscales – et de leurs effets – que le Conseil s'est montré rigoureux dans son application.

2.2. Un objectif constitutionnel rigoureux

22 La pérennité constitue une norme de contrôle rigoureuse du cadre temporel de la loi fiscale. Depuis 2016, le Conseil constitutionnel a en effet cherché à contraindre ce dernier à assurer la stabilité des situations juridiques dans le temps.

23 Par exemple, lorsque le Conseil constitutionnel est amené à contrôler le délai de report fiscal des donations antérieures [28], il commence son raisonnement par l'énoncé d'une réserve d'interprétation avant d'analyser l'éventuelle atteinte aux effets qui pouvaient être légitimement attendus de ces situations. En l'espèce, il conclut que l'atteinte n'est pas caractérisée, tout en précisant que « le législateur pouvait, sans être tenu d'édicter des mesures transitoires, modifier le délai à compter duquel il n'est plus tenu compte des donations antérieures pour déterminer l'imposition des donations ou successions à venir [29] ». A *contrario*, laisse suggérer le Conseil constitutionnel, dans le cas où la loi conduirait à ce qu'il soit porté atteinte aux attentes légitimes, le Parlement devrait adopter des mesures transitoires substantielles pour prévenir la perturbation engendrée par le changement normatif. La voie est ainsi ouverte pour que la pérennité conduise à imposer des obligations positives au législateur par le biais d'un régime temporel intermédiaire, qui n'est ni celui de la loi ancienne ni celui de la loi future, et qui a vocation à pacifier la transition d'une loi vers une autre.

24 Surtout, dans une décision qui date exactement de la même époque, le Conseil constitutionnel a sanctionné le législateur pour n'avoir pas adopté de mesures transitoires [30]. Pour parvenir à cette conclusion, le Conseil dégage au préalable deux objectifs à valeur constitutionnelle, celui de bonne administration de la justice et celui de lutte contre la fraude fiscale. Or, la lutte contre la fraude fiscale constitue un motif d'intérêt général que le Conseil n'hésite pas à qualifier de « suffisant [31] », propre à justifier une différence de traitement [32]. La Haute Instance franchit alors le pas : la lutte contre la fraude fiscale peut imposer au législateur de traiter différemment certaines situations, par le biais de certaines mesures temporelles. En révélant la raison d'être de la disposition législative au cœur de ce qui constitue

le versant matériel du droit fiscal constitutionnel, le Conseil constitutionnel en déduit les conséquences temporelles.

25 Le Conseil constitutionnel admet donc que la pérennité soit imposée au législateur et conduise, en conséquence, à la sanction de dispositions législatives, si la temporalité de ces dernières n'est pas en adéquation avec l'objet et le but de la loi. Pour l'instant, cette rigueur ne concerne que la matière fiscale. En outre, tout n'y revêt pas la même importance : encore faut-il que la norme matérielle qui est en jeu soit elle-même d'ordre constitutionnel, comme cela est le cas de l'objectif de lutte contre la fraude fiscale. Or les normes constitutionnelles fiscales sont, en parallèle, développées par le Conseil constitutionnel : standard rigoureux, la pérennité pourrait voir son domaine d'application élargi dans le futur.

26 Le droit fiscal constitue un véritable laboratoire de la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel face au temps juridique. La Haute Instance s'est montrée particulièrement créative pour encadrer le temps de la loi fiscale, en prenant tout à la fois en compte – et parfois dans la même décision et pour les mêmes dispositions – la prévisibilité et la pérennité de celle-ci. Pour autant, aujourd'hui, les deux standards n'ont pas la même force. La prévisibilité demeure un objectif législatif souvent souhaitable, parfois valorisé, mais non contraignant. La prévisibilité de la loi fiscale est donc moins recherchée que la prévisibilité de la matière pénale, mais nettement plus attendue que pour l'ensemble des autres branches du droit sur lesquelles le Conseil constitutionnel est amené à se prononcer. À l'inverse, la pérennité est devenue une véritable exigence, à tout le moins en matière fiscale : il n'y a finalement que pour les contrats que la Haute Instance se montre parfois aussi rigoureuse. Dans les deux cas cependant, il existe bien une originalité des rapports entre le droit fiscal et le droit transitoire devant le Conseil constitutionnel, la matière fiscale devenant le catalyseur et le révélateur de principes temporels protecteurs.

BIBLIOGRAPHIE

Benigni M., 2019, *L'application dans le temps des décisions* QPC, Paris, Institut francophone pour la justice et la

démocratie

Benzina S., 2017, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ

Blatière L., 2018, *L'applicabilité temporelle du droit de l'Union européenne*, Montpellier, Éditions du CREAM

Calmes S., 2001, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Paris, Dalloz

Crouy Chanel E. de, 2017, « La portée des décisions rendues par le Conseil constitutionnel en matière fiscale », colloque *La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit : regards critiques*, Paris

Crouy Chanel E. de, 2011, « Le Conseil constitutionnel mobilise-t-il d'autres principes constitutionnels que l'égalité en matière fiscale ? », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 33, p. 15

Dekeuwer-Defossez F., 1977, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, Paris, LGDJ

Disant M., 2015, « La confiance légitime fait son entrée dans le contentieux constitutionnel français », *LPA*, n° 65, p. 9-12

Duclercq J. B., 2015, « Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 49, p. 121-126

Éveillard G., 2007, *Les dispositions transitoires en droit public français*, Paris, Dalloz

Favoreu L., 1996, « La constitutionnalisation du droit », dans *L'unité du droit : mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, p. 25-42

Favoreu L., 1982, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », dans *Mélanges Léo Hamon*, Paris, Economica, p. 235

Fleury-Le Gros P., 2005, *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne*, Paris, Dalloz

Gahdoun P.-Y., 2016, « L'émergence du droit transitoire constitutionnel », *Revue du droit public*, n° 1, p. 149

Gahdoun P.-Y., 2008, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz

Grasmann G., 1989, « La constitutionnalité des règles de droit rétroactives et rétrospectives dans la jurisprudence allemande : règlement du conflit entre la confiance digne de protection des sujets de droit (nationaux et étrangers) et l'intérêt public », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 41, n° 4, p. 1017-1024

Héron J., *Principes du droit transitoire*, 1re éd., Paris, Dalloz

Joannard-Lardant E., 2014, « Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime en droit fiscal. À propos de Cons. const., 19 déc. 2013, n° 2013-682 DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014 », *Revue de droit fiscal*, n° 10, p. 12-23

Kamal-Girard M., 2020a, *Le Conseil constitutionnel et le temps*, Paris, Mare & Martin

Kamal-Girard M., 2020b, « Un nouvel objectif constitutionnel en matière fiscale : l'émergence de l'objectif à valeur constitutionnelle de lutte contre l'optimisation fiscale. Note sous Cons. constit., 28 mai 2020, n° 2020-842 QPC », *Gaz. Pal.*

Lignereux B., 2020, *Précis de droit constitutionnel fiscal*, Paris, Lexis-Nexis

Mathieu B., Verpeaux M. (dir.), 1998, *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris, Economica / Presses universitaires d'Aix-Marseille

Ost F., 1999, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob

Périn-Dureau A., « Le principe de sécurité juridique et le droit fiscal », *Titre VII*, n° 5

Petit J., 2002, *Les conflits de lois dans le temps en droit public interne*, Paris, Dalloz

Philip L., 2014, *Droit fiscal constitutionnel. Évolution d'une jurisprudence*, Paris, Economica

Rials S., 1980, *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ

Roubier P., 2008 [1960], *Le droit transitoire (conflits de lois dans le temps)*, 2e éd., Paris, Dalloz

Valembois A.-L., 2003, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français* Paris, LGDJ

Vidal-Naquet A., 2011, « La constitutionnalisation des branches du droit et "l'impérialisme du droit public" », dans X. Bioy (dir.), *L'identité du droit public*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ / Lextenso Éditions, p. 89-103

NOTES

1 CC, 30 juillet 2010, n° 2010-19/27 QPC, Époux P. et autres [Perquisitions fiscales], *Rec.*, p. 190.

2 CC, 26 novembre 2010, n° 2010-70 QPC, M. Pierre-Yves M. [Lutte contre l'évasion fiscale], *Rec.*, p. 340.

3 CC, 29 décembre 2012, n° 2012-661 DC, Loi de finances rectificative pour 2012 (III), *Rec.*, p. 715, pour une première mention en tant qu'objectif d'intérêt général. CC, 28 mai 2020, n° 2020-842 QPC, M. Rémi V. [Conditions de déduction de la contribution aux charges du mariage], JORF n° 0130, 29 mai 2020, texte n° 57, cons. 6, pour une qualification comme objectif de valeur constitutionnelle. Sur ce point, voir Kamal-Girard (2020b).

4 Une remarque similaire peut être faite à propos du principe de confiance légitime. L'affirmation de la consécration de ce principe a été faite par plusieurs auteurs. Voir not. Disant (2015) et Joannard-Lardant (2014). Il existe cependant deux obstacles à une véritable consécration : d'une part, le

principe de confiance légitime s'appuie sur celui de sécurité juridique, et l'absence de consécration de la sécurité juridique rend difficile celle de la confiance légitime. D'autre part, le caractère objectif du contentieux constitutionnel ne permet pas de prendre en considération la bonne foi de justiciable ni le caractère proportionné du changement.

5 La notion de standard est finalement prise ici dans son sens commun d'instrument de mesure d'une normalité, d'étalon-mètre de cette normalité. Il n'est donc pas ici question de travailler sur une redéfinition du standard, mais de se servir d'une définition lexicale comme d'un outil pour mesurer ce qui est normal en termes de prévisibilité ou de pérennité. Ce faisant, ces standards permettent de mettre en évidence une normalité variable dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel selon les domaines, parfois très largement, parfois très précisément, en donnant de la cohérence à une approche du Conseil qui serait apparue autrement disparate dans ses manifestations.

6 CC, 29 décembre 2005, n° 2005-530 DC, Loi de finances pour 2006, *Rec.*, p. 168.

7 CC, 27 décembre 2019, n° 2019-796 DC, Loi de finances pour 2020, *JORF* n° 0302, 29 décembre 2019, texte n° 3.

8 CC, 8 décembre 2016, n° 2016-741 DC, Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JORF* n° 0287, 10 décembre 2016, texte n° 4.

9 CC, n° 2005-530 DC, précit., *Rec.*, p. 168.

10 CC, n° 2005-530 DC, précit., *Rec.*, p. 168, cons. 79.

11 CC, 28 décembre 2017, n° 2017-758 DC, Loi de finances pour 2018, *JORF* n° 0305, 31 décembre 2017, texte n° 11.

12 CC, 7 septembre 2017, n° 2017-751 DC, Loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, cons. 33, *JORF* n° 0217, 16 septembre 2017, texte n° 6 et n° 2018-761 DC, 21 mars 2018, cons. 86, *JORF* n° 0076, 31 mars 2018, texte n° 2.

13 CC, 8 juin 2018, n° 2018-711 QPC, Communauté d'agglomération du Grand Sénonais [Garantie d'octroi d'une dotation d'intercommunalité à hauteur de 95 de la dotation de l'année précédente], cons. 14, *JORF* n° 0131, 9 juin 2018, texte n° 77.

14 CC, 25 novembre 2011, n° 2011-198 QPC, M. Albin R. [Droits de plaidoirie], cons. 2, *Rec.*, p. 553.

15 CC, 4 mai 2012, n° 2011-240 QPC, cons. 2, M. Gérard D. [Définition du délit de harcèlement sexuel], *Rec.*, p. 233.

16 CC, 19 septembre 2014, n° 2014-412 QPC, M. Laurent D. [Délits de mise et de conservation en mémoire informatisée des données sensibles], cons. 4, *JORF* n° 0219, 21 septembre 2014, p. 15469, texte n° 30 ; CC, 14 octobre 2015, n° 2015-490 QPC, M. Omar K. [Interdiction administrative de sortie du territoire], cons. 13, *JORF* n° 0240, 16 octobre 2015, p. 19327, texte n° 76.

17 CC, 27 décembre 2019, n° 2019-796 DC, précit., cons. 16.

18 CC, n° 2019-796 DC, précit., cons. 28 à 30.

19 CC, n° 2005-530 DC, précit., cons. 45.

20 CC, 27 février 2007, n° 2007-550 DC, Loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur, *JORF* n° 0056, 7 mars 2007, p. 4368, texte n° 21.

21 CC, n° 2005-530 DC, précit., cons. 45.

22 CC, 9 août 2012, n° 2012-654 DC, *JORF*, 17 août 2012, Loi de finances rectificative pour 2012 (II), p. 13496, texte n° 2, cons. 30 à 35, 44 à 47, 73 à 77 ; CC, 29 décembre 2012, n° 2012-661 DC, Loi de finances rectificative pour 2012 (III), *JORF*, 30 décembre 2012, p. 21007, texte n° 8, cons. 10 à 16 ; CC, 29 décembre 2012, n° 2012-662 DC, Loi de finances pour 2013, *JORF*, 30 décembre 2012, p. 20966, texte n° 3, cons. 103 à 108 ; CC, 29 septembre 2017, n° 2017-656 QPC, *JORF*, 30 septembre 2017, texte n° 142, cons. 4 à 7 ; CC, 29 novembre 2017, n° 2017-755 DC, *JORF*, 2 décembre 2017, texte n° 78, cons. 44 à 47.

23 CC, n° 2005-530 DC, précit., cons. 42 à 46 ; CC, 24 novembre 2017, n° 2017-673 QPC, *JORF*, 25 novembre 2017, texte n° 47, cons. 8 à 15.

24 CC, 13 avril 2018, n° 2018-700 QPC, *JORF* n° 0087, 14 avril 2018, texte n° 100.

25 Parmi de nombreux exemples, cela peut concerner des indemnités de retraite (CC, 22 juillet 2010, n° 2010-4/17 QPC, *Rec.*, p. 156, cons. 14 à 17) et le prélèvement fiscal appliqué à ces dernières (CC, 13 octobre 2011, n° 2011-180 QPC, *JORF*, 15 octobre 2011, p. 17463, texte n° 75, cons. 9 à 11), une allocation (CC, 7 octobre 2011, n° 2011-175 QPC, *JORF*, 8 octobre 2011, p. 17018, texte n° 74, cons. 9).

26 Pour la première formulation, voir CC, 19 décembre 2013, n° 2013-682 DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014, *Rec.*, p. 1094,

cons. 14.

27 CC, n° 2013-682 DC, précit., cons. 18.

28 CC, 9 décembre 2016, n° 2016-603 QPC, Consorts C. [Délai de rapport fiscal des donations antérieures], JORF n° 0290, 14 décembre 2016, texte n° 124.

29 CC, n° 2016-603 QPC, précit., cons. 9.

30 CC, 8 décembre 2016, n° 2016-741 DC, Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, JORF n° 0287, 10 décembre 2016, texte n° 4.

31 CC, 26 novembre 2010, n° 2011-165 QPC, JORF n° 0275, 27 novembre 2010, p. 21118, texte n° 41, cons. 4.

32 CC, n° 2011-165 QPC, précit.

RÉSUMÉ

Français
Le Conseil constitutionnel a développé un droit transitoire constitutionnel dont les grands principes doivent beaucoup à son appréhension de la matière fiscale. Régulièrement confronté à la rétrospectivité de la loi de finances, saisi de dispositions fiscales rétroactives, juge de sanctions fiscales ayant le caractère d'une punition, le Palais Montpensier a dû déterminer à quelles conditions le cadre temporel de la loi fiscale était conforme à la Constitution. Pour y parvenir, le Conseil constitutionnel s'est employé à définir deux grands principes, le principe de prévisibilité et le principe de pérennité. Ceux-ci ne sont pas propres au droit fiscal : mais leur naissance et leur évolution ont eu la matière fiscale pour substrat. Si la prévisibilité et la pérennité sont des principes que le Conseil constitutionnel mobilise pour encadrer la temporalité de lois intervenant dans d'autres domaines, il apparaît néanmoins une spécificité relative au droit fiscal : le degré d'exigence du Conseil constitutionnel est plus fort. Il apparaît ainsi, à la lecture de la jurisprudence constitutionnelle, que le Conseil constitutionnel dégage un véritable droit constitutionnel fiscal, avec des règles temporelles propres, qui constituent un régime intermédiaire, entre la matière pénale et les autres matières.

INDEX

Mots-clés
Conseil constitutionnel, contentieux constitutionnel, droit fiscal, droit transitoire, prévisibilité, pérennité

AUTEUR

Mathilde Kamal-Girard
Maîtresse de conférences, Université de Guyane, Migration, interculturalité et éducation en Amazonie (MINEA – UR 7485) ; mathilde.kamal-girard@univ-guyane.fr

Les nuances décentralisatrices d'un « jacobin » : l'organisation de l'action publique territoriale selon Philippe Séguin

Kevin Alleno

PLAN

1. Une critique de la décentralisation
   1.1. Une critique au nom du principe d'égalité
   1.2. Une critique incisive de l'application de la décentralisation
2. Un attachement au couple État-commune
   2.1. Le maire, cheville ouvrière de la République
   2.2. La commune, lieu privilégié des libertés locales
3. Réorganiser l'action publique territoriale
   3.1. Clarifier les compétences des collectivités
   3.2. Optimiser l'action déconcentrée de l'État
Conclusion

TEXTE

1 La vie politique se structure de plus en plus autour de stigmates qui sont autant d'anathèmes destinés à jeter l'opprobre sur le camp adverse. On peut penser à cet égard au terme de « Françafrique » (Alleno, 2020), aux formules telles qu'« islamogauchiste » ou « islamophobe ». C'est le cas aussi du mot « jacobin » qui apparaît comme un stigmate assimilant la cible à un ringard, un anachronique. Et ce d'autant plus que, comme le relève Mona Ozouf, « le jacobinisme est plus souvent nommé, supposé, postulé, adulé ou conjuré que défini » (Ozouf, 1981, p. 29). En creux, le « girondin » renvoie, lui, à la modernité. Le premier est généralement défini comme un centralisateur voire re-centralisateur quand le second renvoie à un défenseur de la décentralisation. Le problème de ces formules réductrices est qu'elles rendent difficile tout débat de fond. L'analyse des réflexions de Philippe Séguin, jacobin revendiqué (Teyssier, 2017, p. 146), nous apparaît à cet égard comme un moyen intéressant d'interroger certaines idées reçues ou caricatures du débat public relatives à l'organisation de l'action publique territoriale et la décentralisation.

Une réflexion qui nous apparaît opportune au moment où le président de la République Emmanuel Macron confie à l'ancien ministre Éric Woerth une mission relative à la décentralisation visant à clarifier et à simplifier son organisation. La lettre d'Emmanuel Macron, qui demande notamment d'étudier l'hypothèse de la suppression d'une strate, relance le débat sur la décentralisation et n'a d'ailleurs pas manqué de susciter des réactions, notamment celle, très vive, des conseils départementaux qui se sont sentis visés par cet objectif (Clavier, 2023). L'analyse des réflexions d'un homme politique des années 1980-1990 sur le sujet met en perspective la discussion actuelle sur la décentralisation en permettant, notamment, de mesurer l'évolution des termes du débat.

2 Par ses choix idéologiques affirmés, son parcours politique riche, son approche intellectuelle de la politique (Alleno, Bruneteau, 2021), Philippe Séguin constitue en effet un objet d'étude stimulant pour l'histoire et la science politiques. Philippe Séguin appartient à ces rares hommes politiques qui sont associés à un corpus idéologique précis, à l'instar de figures comme Michel Rocard (Bergougnoux, 2020) ou Jean-Pierre Chevènement (Boulat, Meltz, 2021), si bien qu'il peut apparaître comme une sorte d'idéal-type toujours appréciable pour servir d'étalon. Réputé pour ses convictions gaullistes et son républicanisme intransigeant, Philippe Séguin est d'autant plus identifié à un corpus d'idées politiques précises qu'il a été l'un des rares hommes politiques à démissionner ou à marquer ses désaccords sur des sujets de fond comme l'Europe. L'homme constitue aussi un objet de recherche intéressant du fait de l'intensité de sa carrière politique : député de 1978 à 2002, ministre des Affaires sociales de 1986 à 1988, président de l'Assemblée nationale de 1993 à 1997, chef d'un parti politique de premier plan, le RPR (Rassemblement pour la République), mais aussi premier président de la Cour des comptes de 2004 à 2010. Ces fonctions, notamment sa présidence remarquée de l'Assemblée nationale (Montis, 2021[1]), en font un observateur et un praticien averti de nos institutions. Cela est d'autant plus vrai s'agissant du sujet qui nous intéresse qu'il a été également élu local. Élu maire d'Épinal en 1983, cinq ans après être devenu député, il a profondément marqué sa ville qu'il a quittée en 1997, considérant qu'il ne pouvait pas être à la fois maire – un élu devant être au-dessus des partis selon lui – et chef du principal parti d'opposition. Il n'a en

revanche jamais été conseiller général, se refusant à cumuler au-delà de ses mandats de député et de maire. Il a été brièvement conseiller régional en tant que membre de droit avant que les membres de cette assemblée locale ne soient élus au suffrage universel. C'est un mandat qu'il a peu investi, se contentant d'y défendre les intérêts de sa commune. Ce parcours a nécessairement influencé ses réflexions sur la décentralisation, de même que ses convictions idéologiques. Son « identité républicaine » (Bruneteau, 2009) prononcée explique son attachement fort à l'État. Chantal Morelle a montré la division historique des gaullistes « entre jacobinisme et régionalisme » (Morelle, 2015). Si Philippe Séguin éprouve une méfiance certaine à l'égard de l'institution régionale, sa pensée ne se résume pas pour autant à cette dichotomie.

3 L'idée de cet article est d'analyser le débat autour de la décentralisation à travers le prisme des cultures politiques qui sont, pour reprendre Serge Berstein, « l'ensemble des représentations porteuses de normes et de valeurs qui constituent l'identité des grandes familles politiques bien au-delà de la notion réductrice de parti ou de force politique » (Berstein, 2003, p. 13-14). Chaque culture politique, nous rappelle l'historien, sécrète sa vision idéale de la société et « détermine l'action politique concrète à la lumière des représentations qu'elle propose » (*ibid.*, p. 18). Il est ainsi stimulant de mettre en perspective les réflexions et positions de Philippe Séguin, gaulliste à la culture politique jacobine, à celles de responsables politiques socialistes, à la culture politique girondine. Nous avons à cet égard choisi principalement des responsables politiques socialistes bretons qui ont souvent été en pointe dans le débat politique français dans les revendications décentralisatrices[2]. Cette analyse comparative vise à interroger la pertinence des stigmates et de la dichotomie jacobins/girondins. Un sujet d'actualité à l'heure où le livre de Benjamin Morel entendant dénoncer le séparatisme que seraient les régionalismes (Morel, 2023) suscite la controverse.

4 Laurent Jalabert relevait un certain retrait des historiens politiques par rapport à l'étude de la décentralisation (Jalabert, 2015, p. 355). Cet article entend contribuer partiellement à combler cette lacune. Il s'agit également d'appréhender le phénomène de la décentralisation à travers le prisme des idées politiques. On oppose ainsi souvent sur la décentralisation la première à la deuxième gauche (Bergougnoux,

2020, p. 59), la droite d'inspiration libérale ou orléaniste à celle de tradition gaullo-bonapartiste (Rémond, 1992). Il s'agit ici de mettre en perspective ces oppositions *a priori*. Un exercice qui n'est pas inintéressant à l'heure où le président de la République annonce une prochaine réforme en matière de décentralisation.

5 Par ailleurs, l'étude des idées de Philippe Séguin, notamment ses mémoires, dévoile une vision précise de nos institutions et une réflexion approfondie sur notre démocratie. S'agissant de la décentralisation, Philippe Séguin formule une critique argumentée, davantage concentrée sur ses modalités que sur son principe (1), exprime son attachement au couple État-commune (2) et lie toute ambition décentralisatrice avec une nécessaire réforme de l'État déconcentré (3).

1. Une critique de la décentralisation

6 Philippe Séguin, dans ses réflexions, émet quelques réserves sur le processus décentralisateur, notamment par rapport au principe d'égalité (1.1). Elles ne s'apparentent pas pour autant à une remise en cause de la décentralisation mais s'ajoutent à une critique incisive de la manière dont elle a été appliquée depuis 1981 (1.2).

1.1. Une critique au nom du principe d'égalité

7 Philippe Séguin, qui cultivait « un vieux fonds de sentiments jacobins » (Teyssier, 2017, p. 145), manifestait une certaine réserve à l'égard du processus décentralisateur. Une attitude qui s'exprima, tout d'abord, par une opposition tous azimuts lors des débats relatifs aux lois Deferre à l'Assemblée nationale. Si cette vive opposition peut s'expliquer par la nécessité pour les élus de droite de l'époque d'engager une « guérilla parlementaire contre l'exécutif » (Bernard, 2016, p. 7), elle s'attachait également à des arguments de fond qu'il détaillera plus tard à travers plusieurs textes. Foncièrement républicain (Alleno, 2021), l'ancien député-maire d'Épinal accordait en effet une importance fondamentale aux principes de la devise républi-

caine. C'est ainsi au nom du principe d'égalité qu'il exprimait ses réticences principales. Un argument avancé par certains juristes qu'il a développé sur le plan politique mais aussi en tant que premier président de la Cour des comptes. Il est intéressant de noter, d'ailleurs, la continuité des arguments relatifs à la décentralisation entre l'homme politique et le magistrat Séguin.

8 Philippe Séguin ne s'oppose pas au principe même de la décentralisation. Il en attribue d'ailleurs la paternité intellectuelle au général de Gaulle lors du référendum de 1969 davantage qu'à Gaston Deferre, bien qu'elle fût déclinée par lui et la majorité socialiste de l'époque (Séguin, 1994, p. 122). Il exprime davantage des critiques et des inquiétudes. Dans son discours introduisant la présentation du rapport de la Cour des comptes sur la décentralisation en 2009, Philippe Séguin pose clairement cet enjeu de respect du principe d'égalité dans le cadre de la décentralisation car, dit-il, « il n'y a pas de lien *a priori* entre l'intensité des besoins et les capacités financières des collectivités responsables ». Et d'ajouter que le « principe d'égalité, tel qu'il résulte de notre pacte républicain, implique un processus de reconnaissance des besoins sociaux qui permette de définir des modalités de réponse suffisamment homogène sur le territoire de la République » (Séguin, 2009). La solution est donc pour lui le principe d'une péréquation et, ajoute-t-il, « l'esprit de notre pacte républicain voudrait en France que cette péréquation soit organisée au niveau national par le jeu d'une modulation significative des dotations » (*ibid.*). Si de tels dispositifs existent en droit français, Philippe Séguin explique néanmoins qu'ils sont inégaux, le bloc départemental et régional bénéficiant d'une part moindre alors même qu'ils ont connu des transferts de compétences importants, notamment en 2003. C'est pour lui quelque chose de problématique, singulièrement pour les conseils départementaux, dans la mesure où « le domaine social […] demande […] un traitement égal sur le territoire national » avec pour résultat que « ce sont souvent les départements les plus pauvres, ceux qui disposent des recettes fiscales les moins dynamiques, qui doivent en même temps faire face aux charges les plus importantes » (*ibid.*). Ainsi, selon le magistrat Séguin, « l'État pourrait à tout le moins mieux incorporer le principe de péréquation dans les dispositifs de compensation des transferts de charges et mieux isoler le coût des compensations par rapport aux dépenses

discrétionnaires engagées par les collectivités ». D'après lui, cette péréquation imparfaite a contribué à « accentuer les inégalités entre les territoires » (*ibid.*).

9 Ce qui gêne Philippe Séguin dans la décentralisation, c'est le risque qu'elle peut faire peser sur la solidarité territoriale. Comme il l'écrivait avec Charles Pasqua en 1993, « la décentralisation s'est accompagnée d'une multiplication des aides attribuées aux entreprises, source de rivalités entre collectivités » (Pasqua, Séguin, 1993, p. 229). Une concurrence qui menace selon lui l'intérêt général. Dans ses mémoires, Philippe Séguin explique ainsi : « Aujourd'hui encore, quand j'entends parler de nouvelles étapes à accomplir dans la décentralisation, je pense d'abord à la solidarité qui risque d'être mise à mal. Car les capacités d'égoïsme des collectivités sont insoupçonnables » (Séguin, 2003, p. 271). Pour illustrer son propos, il prend l'exemple de la restructuration de la filière papier dans l'est de la France avec deux projets concurrents d'entreprises. L'un qui entendait créer 350 emplois dans les Vosges et 200 en Alsace. Et l'autre seulement 270 en Alsace. Les responsables de collectivités alsaciennes (pour certains des militants de la décentralisation précise Séguin) défendaient ardemment la deuxième solution, plus avantageuse pour l'Alsace, mais beaucoup moins du point de vue de l'intérêt général. Philippe Séguin conclut ainsi : « Cette conception de la décentralisation, je la vomis » (*ibid.*, p. 272). C'est le « scénario » qu'il redoutait déjà avec Charles Pasqua en 1993 « celui d'une France à plusieurs vitesses, des territoires aux chances inégales, des collectivités locales aux politiques concurrentes, voire conflictuelles » (Pasqua, Séguin, 1993, p. 19).

10 L'État, dès lors, demeure incontournable à ses yeux, car il « permet l'arbitrage entre les égoïsmes, entre les intérêts particuliers, comme entre les concurrences et les surenchères » (Pasqua, Séguin, 1993, p. 12). Il s'inscrit à cet égard dans le sillage de la doctrine républicaine de l'État comme l'exprime l'historien Claude Nicolet : « L'État n'est qu'un instrument au service de fins qui le dépassent, mais cet instrument peut être doté d'une autorité considérable pour peu que la justice ou la solidarité l'exigent » (Nicolet, 1994, p. 458). Autorité de l'État que Philippe Séguin entend d'ailleurs renforcer dans le cadre d'une réforme institutionnelle de l'action publique locale car, nous le reverrons, il lie étroitement la décentralisation et la déconcentration

et, selon lui, on ne peut pas penser l'une sans l'autre. Ce qu'expliquait d'ailleurs en 2012 une personnalité socialiste comme Marilyse Lebranchu, alors ministre de la Fonction publique (Kada, 2022, p. 35).

11 Philippe Séguin pose finalement la question de la bonne articulation institutionnelle pour que la décentralisation réponde aux exigences du principe d'égalité et améliore la démocratie en rapprochant les citoyens de la décision :

> « Si la décentralisation a pour effet de multiplier la capacité d'action de notre démocratie, de lui apporter une nouvelle énergie, alors ce sera une belle et grande entreprise. Encore faudrait-il, au préalable, avoir tiré les leçons des vingt années écoulées, et esquissé un bilan un peu honnête. Encore faudrait-il avoir défini, toujours au préalable, les premiers éléments d'une organisation cohérente du territoire – *quid* du rôle respectif de la commune, du département, de la région ? Car s'il ne s'agit que de juxtaposer les provinces, de faire disparaître toute solidarité entre les Français et entre les régions, de laminer l'égalité des chances, de rendre impossible tout projet collectif, bref, de transformer la grande aventure de la Nation française en un congrès permanent de conseillers généraux ou de conseillers régionaux, se répartissant prébendes et clientèles, et se distribuant les restes d'un pouvoir défunt… alors, le grand projet de la décentralisation sera voué à l'échec et ne fera qu'exacerber les ferments de la division qui menacent notre société depuis des années, qui se manifestent un peu plus vivement à chaque élection. » (Séguin, 2003, p. 272)

12 Cet extrait montre bien que Philippe Séguin fustige l'application et non le principe de la décentralisation en dépit de son jacobinisme revendiqué (Teyssier, 2017, p. 146).

1.2. Une critique incisive de l'application de la décentralisation

13 Philippe Séguin est particulièrement critique de la façon dont la décentralisation a été appliquée en France. Le premier élément qui l'agace est la manière dont le débat est posé dans la discussion publique. On y retrouve, selon lui, le manichéisme qui caractérisa le débat sur le traité de Maastricht avec une tendance à « escamoter

tout vrai débat en “ringardisant” par avance ceux qui se risqueraient à poser quelques questions simples et candides » sans oublier « le procédé incantatoire, consistant à prôner les vertus mêmes du processus à coups de tautologies pseudo-modernisantes » (Séguin, 2003, p. 272). Une dichotomie qui en recoupe une autre : jacobin *versus* girondin.

14 Philippe Séguin critique aussi « l’émergence de nouvelles féodalités » (Pasqua, Séguin, 1993, p. 19) dès lors que la décentralisation a contribué à ce « que certaines collectivités locales apparaissent comme de véritables principautés autonomes, gérant leurs affaires sans se soucier des intérêts de la Nation » (*ibid.*, p. 37).

15 Le conseil régional constitue la cible récurrente de ses critiques. Elle est d’abord la collectivité la plus éloignée des citoyens (*ibid.*, p. 65-66). Elle est également à ses yeux l’incarnation de la technocratie. Une identité technocratique qui s’explique, selon lui, par les conditions d’émergence de cette institution :

> « Trois ans s’étaient écoulés entre l’octroi à la région de ses nouveaux pouvoirs et la première élection de ses conseillers. Cette trop longue période transitoire explique que de tous nos niveaux d’administration, c’est certainement celui où la technocratie pèse du plus grand poids. L’administration régionale a été recrutée, s’est mise en place, s’est organisée trois années durant sans le contrepoids d’élus qui fussent à la fois légitimes, spécialisés et actifs. » (Séguin, 2003, p. 262-263)

16 Accroître les compétences de la région « aggravera les risques qui menacent l’unité de la Nation » pour Philippe Séguin (Pasqua, Séguin, 2003, p. 65). Une position qui tranche naturellement avec celles des socialistes bretons (Bougeard, 2014, p. 59), mais aussi avec celles de responsables de sa famille politique (Haegel, 2001). Le danger, au-delà, pour cet adversaire résolu du traité de Maastricht, c’est « l’Europe des régions » (Pasqua, Séguin, 1993, p. 65), concept qui a vocation, à ses yeux, à vider l’État de sa substance. Mais l’État est en réalité responsable selon lui de cette résurgence des féodalités et de l’étirement du tissu national favorisé par la conjonction des phénomènes régionaux et européen dans la mesure où il « s’est révélé incapable de redéfinir une politique d’aménagement et d’équilibrage du

territoire » (*ibid.*, p. 12). Pour lui, l'État a même « démissionné, purement et simplement » (*ibid.*). Renaud Epstein dressera plus tard un constat similaire en reconnaissant que « la multiplication des centres d'initiatives dans les territoires a profondément déstabilisé l'État, qui a perdu la main sur la définition des buts collectifs et le pilotage de la mise en œuvre des actions définies pour les atteindre » (Epstein, 2013, p. 20), même si lui estime que « les grandes gagnantes du mouvement de redistribution de l'autorité politique amorcé par les lois de décentralisation » ont été les communes urbaines.

17 L'autre critique de Philippe Séguin relative à la décentralisation porte sur son efficacité. La décentralisation n'a pas conduit à une rationalisation de l'usage de l'argent public d'une part, ni à une rationalisation de la distribution des compétences d'autre part. Sur le premier point, le premier président de la Cour des comptes explique ainsi qu'une hausse des dépenses publiques était inéluctable mais que son ampleur ne se justifie pas nécessairement :

> « Il faut bien reconnaître que la décentralisation engendre fatalement, structurellement, un coût supplémentaire : très légitimement, un élu local voudra en effet que soit rendu un meilleur service à ses administrés et remettre à niveau s'il le faut les équipements qui lui sont transférés. La proximité c'est donc une incitation à dépenser plus, même si cette dépense supplémentaire a une contrepartie : les citoyens bénéficient d'un service plus étendu ou de meilleure qualité. Cela n'empêche pas de reconnaître que la décentralisation a également généré des coûts qui n'ont pas de réelles contreparties pour les citoyens. La décentralisation a en effet démultiplié les niveaux de décision, les structures administratives et les doublons. C'est le fameux mille-feuille administratif. On dénombre aujourd'hui plus de 36 000 communes, 100 départements, 26 régions et 16 000 structures intercommunales. Circonstance aggravante : l'État n'a pas su adapter en conséquence ses propres services déconcentrés, comme en témoigne le bilan en matière d'effectifs[3]. » (Séguin, 2009)

18 L'échec est observable aussi, nous dit le magistrat Séguin, sur le deuxième point via un « enchevêtrement des compétences [qui] entraîne aujourd'hui, au mieux, nombre de procédures de concertation et de financements croisés, alourdissant le travail administratif, entraînant souvent de longs délais et, au pire, des phénomènes de

compétition et des doublons » (*ibid.*). Il rejoint ainsi l'homme politique Séguin expliquant avec Charles Pasqua que la priorité « est d'en finir avec l'enchevêtrement des compétences et de préciser quelle est la vocation de chacun » (Pasqua, Séguin, 1993, p. 59). Cet enchevêtrement des compétences est ce qui nourrit la concurrence entre les collectivités qui :

> « se révèle donc ruineuse et menaçante pour le fonctionnement de notre démocratie, à tel point qu'elle pourrait un jour menacer la cohésion de la Nation. Car la concurrence n'est plus alors émulation créatrice mais un jeu de mistigri destructeur, où chacun s'efforce d'acquérir au détriment d'autrui. Et c'est à qui mettra en place les avantages les plus alléchants pour les entreprises. C'est à qui refusera avec le plus d'énergie les équipements et les logements sociaux […]. Cette logique est tout bonnement suicidaire » (Séguin, 1994, p. 129).

19 Si Philippe Séguin est inquiet de la remise en cause de l'autorité de l'État, il explique aussi que la manière dont il a conduit la décentralisation n'a pas permis aux collectivités d'agir dans les meilleures conditions. C'est le cas, en un sens, comme nous venons de l'évoquer avec la clause générale de compétences induite pour chaque collectivité mais aussi un transfert de charges dysfonctionnel. Ainsi explique-t-il que « les modes de compensation par l'État des transferts de compétences ont été très fluctuants et le plus souvent jugés insuffisants par les collectivités territoriales » (Séguin, 2009). Si bien que :

> « ces dernières ont eu le sentiment de perdre la maîtrise de leur équilibre financier, confrontées qu'elles étaient au transfert de charges particulièrement dynamiques et à la part croissante dans leurs ressources des dotations de l'État sur lesquelles elles n'avaient aucune maîtrise. Constat vérifié, notamment, s'agissant du financement de la décentralisation en matière sociale » (Séguin, 2009).

20 En argumentant de la sorte, Philippe Séguin n'est pas éloigné d'autres femmes et hommes issus d'autres familles politiques et professant un girondisme affirmé. C'est le cas, par exemple, de Claude Bartolone et de Claudy Lebreton qui, lorsqu'ils présidaient les conseils généraux de Seine-Saint-Denis et des Côtes d'Armor, soulevèrent même une

question prioritaire de constitutionnalité sur les transferts de charge qu'ils jugeaient insuffisants s'agissant du RMI, du RSA, de l'APA et la PCH [4] et, par-là, inconstitutionnels (Menguy, 2011).

21 Critique des modalités de la mise en place de la décentralisation, Philippe Séguin était néanmoins attaché au couple État-commune, à l'image de beaucoup d'élus locaux qui expriment leur attachement au binôme préfet-maire.

2. Un attachement au couple État-commune

22 Si le plaidoyer de Philippe Séguin en faveur de la fonction de maire n'apparaît pas comme d'une grande originalité parmi les discours des hommes politiques, plus singulier est assurément son attachement au fait que le maire soit agent de l'État (2.1). Il s'accompagne d'une vision substantialiste de la démocratie qui appréhende la commune comme le cadre naturel de celle-ci (2.2).

2.1. Le maire, cheville ouvrière de la République

23 Philippe Séguin est particulièrement attaché à la figure du maire. Celui-ci occupe un rôle fondamental au sein de l'édifice républicain pour lui. Il décrit une fonction sacerdotale, mélange de proximité avec les citoyens et d'incarnation de la République auprès d'eux, qui la rend unique au sein de l'univers institutionnel français [5].

> « Le soir, en rentrant chez soi, on peut n'être plus conseiller régional ou conseiller général. On peut n'être plus conseiller municipal ou adjoint. […] Mais voilà, être maire, c'est complètement différent. On ne peut l'être à mi-temps […]. C'est un état que l'on vit vingt-quatre heures sur vingt-quatre, une préoccupation constante. Une angoisse permanente. Le maire est responsable de tout. Redevable de tout et toujours devant chaque administré. » (Séguin, 2003, p. 248)

24 Ce qui compte aussi aux yeux de Philippe Séguin, c'est que le maire est à la fois « chef d'une collectivité territoriale qui a vocation à s'administrer librement », mais « également l'agent de l'État et son

représentant dans la commune » (*ibid.*, p. 267). Il constitue ainsi le lien entre le local et le national, incarnant parfaitement l'intérêt général et donc la République. Car, ajoute Philippe Séguin, « le maire n'est pas un féodal. Il est même l'antiféodal par excellence » (*ibid.*, p. 268). Philippe Séguin défendra ainsi une continuité entre le mandat communal et le mandat national justifiant à ses yeux le cumul et ce qu'on appelait le député-maire [6].

> « Le cumul est un gage d'efficacité dans un système où compétences et financement continuent à s'enchevêtrer. Et puis, il faut bien le dire, certains mandats se complètent, se nourrissent réciproquement. Je ne sais pas si j'ai apporté au débat sur le chômage et l'exclusion une contribution vraiment décisive ; ce dont je suis sûr, en revanche, c'est que je n'aurais ni pu ni su crier l'angoisse qu'ils me causaient, je n'aurais jamais détecté, comme je crois l'avoir fait, leurs ressorts, leurs implications, leurs dangers, si je n'avais eu à mettre les mains dans le cambouis, si je n'avais fini par comprendre bien des choses à force de tâtonnements, d'échecs, de frustrations. Être maire est, à cet égard, une incomparable école, celle qui m'a le plus appris. L'échange entre les mandats n'est évidemment pas à sens unique. Un député-maire, cela va sans dire, ouvre plus de portes à Paris qu'un maire dépourvu de mandat national, ne serait-ce que parce qu'il apprend vite où se trouvent les portes à forcer. Je considérais comme légitime le contrat implicite qui avait été passé : compenser une présence physique, par définition intermittente donc insuffisante, par la recherche de tout profit qui pouvait garantir mon éventuelle influence. » (Séguin, 2003, p. 264)

25 La fonction de maire est pour Philippe Séguin « un poste [qu'il estimait] essentiel à la République, et même consubstantiel avec elle » car « la politique peut enfin être un service public et ne plus s'égarer dans les méandres de la politicaillerie… » (*ibid.*, p. 267). Sa présence est d'autant plus fondamentale pour l'ancien maire d'Épinal que, le monde se complexifiant, sa fonction d'interface entre les citoyens et un monde institutionnel profondément technocratisé apparaît comme une sorte de soupape de sécurité. Il écrit ainsi que les citoyens considèrent « le maire comme un ultime recours, le dernier interlocuteur possible », jusqu'à « le transformer à la fois en point de repère, en bouée de sauvetage et en bouc émissaire. C'est dire qu'il devait, à la fois, porter tous les malheurs de ses concitoyens, en

répondre aux yeux de tous, et trouver des solutions, peu importe qu'il en détînt les clés ou qu'il ne pût qu'intercéder » (*ibid.*, p. 269).

2.2. La commune, lieu privilégié des libertés locales

26 Pour Philippe Séguin la commune est fondamentale dans l'édifice institutionnel français parce qu'elle « est, après la Nation, le cadre d'exercice le plus naturel de la démocratie » (Pasqua, Séguin, 1993, p. 57). Il ajoutera plus tard dans ses mémoires :

> « L'État et la commune constituent bien ensemble l'armature de notre République, de même qu'ils sont le champ privilégié de la démocratie. Je l'ai constaté souvent : il existe une opinion publique communale, une opinion publique nationale. Il n'en existe pas ailleurs. » (Séguin, 2003, p. 266)

27 C'est l'une des raisons, selon lui, pour lesquelles les mandats de député et de maire se complètent si bien. Philippe Séguin cultive, on le voit, une vision substantialiste de la démocratie. Dans son célèbre discours contre le traité de Maastricht prononcé à l'Assemblée nationale le 5 mai 1992, il explique ainsi que la démocratie a besoin, pour vivre, qu'existe un sentiment d'appartenance à la communauté suffisamment fort pour que la minorité accepte la loi de la majorité. Sentiment qui n'existe qu'au niveau de la Nation (Alleno, 2021, p. 72).

28 Par ailleurs, ce contempteur des féodalités voit dans l'histoire du fait communal un facteur stabilisant pour l'intérêt général et pour la Nation. Ainsi explique-t-il dans ses mémoires que :

> « La réalité communale s'est d'ailleurs d'abord constituée, par la force des choses, contre les adversaires d'un pouvoir central. L'alliance de fait qui s'était ainsi réalisée a pu paraître un temps menacée par la tentation des bourgeois de former collectivement un anti-pouvoir à l'image des seigneurs d'antan. L'État a donné un coup d'arrêt décisif, aux lendemains de la Révolution, à ces dangereuses velléités, et a cantonné le maire dans un rôle de relais de ses propres directives. Puis, les choses ont repris un cours plus normal. Et la liberté locale a pu s'épanouir tout en préservant, tout en confirmant

> les liens organiques qui existaient entre maire et pouvoir central. » (Séguin, 2003, p. 268)

29 En outre, Philippe Séguin relève que la commune est l'échelon politique pour lequel les Français manifestent l'attachement le plus fort (*ibid.*). Ce qui conforte l'ancien président de l'Assemblée nationale dans le sentiment qu'il est nécessaire qu'elle demeure la cellule de base de la démocratie en France. À la dichotomie des représentations « qui incitent à penser la commune tantôt comme un échelon premier et essentiel de la socialité républicaine, tantôt au contraire comme un échelon français coûteux » (Le Bart, 2012, p. 263), Philippe Séguin s'inscrit indéniablement dans la première. Ce qui ne veut pas dire pour autant qu'il faille selon lui supprimer les collectivités intermédiaires que sont les conseils régionaux et départementaux. Par ailleurs, s'agissant des intercommunalités, il les considérait aussi comme des outils utiles au service des communes, à l'image d'un Jean-Pierre Chevènement (Chevènement, 2019, p. 421), mais sans doute sans aller jusqu'à la conception d'un Daniel Delaveau qui y voit l'avenir du fait communal. Lequel d'ailleurs estime que la décentralisation doit s'opérer autour des régions et des intercommunalités (Le Tallec, 2019, p. 124).

3. Réorganiser l'action publique territoriale

30 Philippe Séguin, s'il a critiqué la manière dont s'est accomplie la décentralisation, a également formulé des propositions pour l'améliorer, à commencer par une clarification des compétences des collectivités (3.1). Et pour cela, l'ancien président de l'Assemblée nationale ne dissocie pas la décentralisation de la déconcentration (3.2). L'État conserve un rôle fondamental dans l'action publique locale car, pour lui, comme pour les républicains de la IIIe République, « l'État n'était […] ni le gardien "neutre" des règles du jeu, puisqu'il devait transmettre au corps social l'impulsion volontaire et active de la volonté générale, ni le chien de garde d'une classe, puisqu'il n'était que l'expression de la Nation, c'est-à-dire de la volonté générale » (Nicolet, 1994, p. 455-456). Dans le droit fil de sa culture gaulliste,

Philippe Séguin estime même qu'il est nécessaire d'avoir un État fort (Berstein, 2003, p. 172).

3.1. Clarifier les compétences des collectivités

31 Philippe Séguin milite pour une clarification des compétences de chacune des collectivités. La fin de la clause de compétence générale doit permettre d'éviter la concurrence entre collectivités et d'optimiser l'efficacité de l'action publique. Il lui apparaît ainsi nécessaire de renforcer les compétences des départements en matière sociale (Pasqua, Séguin, 1993, p. 198) et de réserver l'action économique, les aides aux entreprises, aux régions (*ibid.*, p. 229-230). Celles-ci ne doivent pas voir leurs compétences renforcées selon lui, au risque de mettre en péril l'unité nationale. Néanmoins, elles sont destinées à « se concentrer sur l'aménagement et les équipements lourds pour lesquels [elles doivent] désormais être l'interlocuteur privilégié de l'État » (*ibid.*, 1993, p. 66). L'ancien maire d'Épinal critique ceux qui appellent à redéfinir le découpage des régions et supprimer les départements : « En étant obsédés par la notion de taille, ils ignorent celle d'économie d'échelle. En voulant calquer notre organisation territoriale sur celle d'autres pays, ils oublient notre histoire » (*ibid.*, p. 57). En outre, pour lui, s'agissant de la taille de nos régions, le problème ne vient pas de la superficie mais de la densité de population, plus faible chez nous que chez nos voisins. Il est en outre pour lui sans intérêt de :

> « savoir si tel ou tel notable local pèse politiquement aussi lourd que le chef de tel ou tel exécutif régional allemand. […] Il faut privilégier les fonctions des collectivités plutôt que la notion de territoire, se préoccuper d'abord de ce qui doit être fait à chaque niveau plutôt que de rester attaché à la notion d'omnipotence dans un espace donné, abandonner l'idée qu'il doit y avoir à tous les niveaux des administrations de même nature, cesser d'affirmer que chaque collectivité doit avoir une compétence générale pour toutes les affaires de son ressort géographique. […] La priorité c'est d'en finir avec l'enchevêtrement des compétences et de préciser quelle est la vocation de chacun » pour « remettre de l'ordre dans la décentralisation » (*ibid.*, p. 59).

32 Philippe Séguin aurait peu goûté la réforme engagée sous le quinquennat Hollande fusionnant plusieurs régions. D'aucuns ont critiqué alors le caractère artificiel de certaines nouvelles régions comme celle du Grand-Est qui ne répondait à aucune logique historique ou géographique. Sans doute aurait-il davantage apprécié le fait que la loi sur la Nouvelle organisation territoriale de la République (NOTRe) n'accorde plus la clause de compétence générale qu'aux communes, même si l'on peut penser avec Nicolas Kada que « nombreuses sont les imprécisions qui subsistent à ce jour sur certaines compétences précises qui persistent à relever de niveaux territoriaux différents » (Kada, 2022, p. 38-39). L'ancien ministre des Affaires sociales aurait aussi probablement apprécié que le département soit renforcé dans son rôle de chef de file en matière sociale par la loi NOTRe. Pour lui, le département a effectivement, un « rôle de cohérence intercommunale » et doit « assurer une réelle solidarité entre populations comme entre communes » (*ibid.*, p. 60). Chez Philippe Séguin, communes et département sont assimilés à un « couple pivot de l'organisation territoriale » quand la région est jugée plus éloignée de la population mais « plus directement en charge des problèmes d'aménagement » (Pasqua, Séguin, 1993, p. 60). Ce jugement s'explique chez cet ardent républicain par le fait que la République est née en France sur un triptyque État-département-commune. C'est pourquoi il refuse toute suppression d'échelon mais également toutes les fusions forcées de communes (*ibid.*, p. 57-58).

33 Philippe Séguin refuse toute capacité législative pour les collectivités qui lui paraît « dangereuse » – il diverge en cela d'anciens élus comme Claudy Lebreton ou Jean-Yves Le Drian. Il apparaît toutefois important à ses yeux que les élus locaux soient associés au processus législatif et réglementaire (Pasqua, Séguin, 1993, p. 63). Là aussi, Philippe Séguin reste fidèle au corpus doctrinaire républicain classique, à savoir que la loi est l'expression de la volonté générale et qu'elle ne saurait, par conséquent, être adoptée par d'autres institutions que le Parlement. Un rousseauisme qui apparaît aussi sur la question européenne dans son discours contre le traité de Maastricht par ailleurs (Alleno, 2021 ; Manigand, 2021). On peut estimer, également, qu'il aurait été quelque peu dubitatif, si ce n'est franchement hostile, à l'idée de différenciation tant elle paraît contradictoire avec sa vision du principe d'égalité. En effet, le principe de différenciation, qui

entend promouvoir « une égalité concrète par le traitement différent de situations différentes » (Chavrier, 2020, p. 173) n'apparaît pas compatible avec le caractère uniforme du principe d'égalité sous-tendu par les réflexions de Philippe Séguin.

34 Soucieux de préserver l'autorité de l'État, Philippe Séguin souligne néanmoins ses lacunes dans le processus de décentralisation. Il rappelle ainsi que l'État, lorsqu'il transfère des compétences, doit déléguer les ressources financières et les personnels afférents comme le dispose l'article 72-2 de la Constitution[7]. Ce qui implique que ce transfert de ressources soit complet, sachant que l'État n'a pas toujours compensé intégralement ses transferts de compétences sur le long terme. Dans le prolongement, Philippe Séguin affirme que le « principe « qui paye commande » est un principe majeur » (Pasqua, Séguin, 1993, p. 38). Un élément qui n'est pas anodin à rappeler tant l'État a développé une tendance à imposer des dépenses aux collectivités au point d'ailleurs que certains critiquent ce phénomène au nom du principe de libre administration des collectivités territoriales. L'un des derniers exemples en date, au-delà de l'augmentation du point d'indice des fonctionnaires, est la hausse des dépenses subies par les départements dans le cadre de la revalorisation des métiers de l'accompagnement social et médico-social adoptée par des décrets les 28 et 29 avril 2022. On voit donc ici que Philippe Séguin, pourtant jacobin revendiqué, conteste des pratiques de l'État que d'aucuns qualifient d'inspiration re-centralisatrice et jacobine. En matière d'autonomie financière des collectivités, il propose avec Charles Pasqua que l'on accorde à celles-ci davantage d'impôts (et donc de pouvoir de taux) et moins de dotations (Pasqua, Séguin, 1993, p. 85). Il n'est pas très éloigné sur ce point de personnalités politiques girondines.

35 Philippe Séguin exprime également son attachement à une charte de l'élu local (*ibid.*, p. 73-74), qui constitue un serpent de mer de la vie politique française. Toutes les formations politiques, ou presque, la réclame sans qu'aucune ne la mette en place une fois en responsabilité.

36 Enfin, ce maire de ville moyenne défendait l'idée d'un réseau de villes et de pays afin d'éviter les surconcentrations urbaines (*ibid.*, p. 93). Dit autrement, il souhaitait un aménagement du territoire plus équi-

libré pour limiter le phénomène de métropolisation. Une position que défend, par exemple, l'Union démocratique bretonne (UDB) [Sohier, 2019].

3.2. Optimiser l'action déconcentrée de l'État

37 Philippe Séguin lie, par ailleurs, étroitement la décentralisation à la question de l'action déconcentrée de l'État. Dans son discours introduisant le rapport de la Cour des comptes, il se demande « si la décentralisation n'a pas constitué une espèce de substitut à une véritable réforme de l'État ? La décentralisation de certaines missions n'a-t-elle pas permis d'éviter ou de retarder le moment de leur remise en question, qu'il s'agisse de la légitimité de leur maintien dans la sphère publique ou de l'évolution de leurs modalités d'exercice ? » (Séguin, 2009).

38 Dans le prolongement, il relève « l'incapacité de l'État à accepter de se désengager autant que nécessaire des dispositifs décentralisés et à réorganiser ses propres services déconcentrés en fonction de la nouvelle donne institutionnelle » (*ibid.*). La nécessaire clarification des compétences de chacun qu'il appelle de ses vœux s'applique donc au premier chef à l'État. Philippe Séguin affirmait avec Charles Pasqua dès les années 1990 qu'il fallait :

> « distinguer les niveaux de responsabilité et réaffirmer que tout découle de l'État. À l'État la garantie de l'ordre, du respect du droit et de l'égalité entre citoyens, sans refus de la différence – conséquence nécessaire et positive de la décentralisation – mais en refusant les disparités excessives et inacceptables. À l'État de confier aux collectivités locales les fonctions de service à la population, dans un souci de rapprochement entre décisions et citoyen bien éloigné du concept abusif de subsidiarité prévu par le traité de Maastricht. […] Ayant délégué aux collectivités les fonctions de services, l'État intervient si l'égalité des chances ou si la solidarité sont en cause ou si la collectivité ne peut agir par insuffisance de moyens ou en raison de l'importance du dossier » (Pasqua, Séguin, 1993, p. 37).

39 L'État doit ainsi être « véritablement recentré sur ses tâches essentielles : la garantie de l'ordre, la hiérarchie des pouvoirs et l'uniformité

de leur exercice, la solidarité et l'unité nationales » ; l'ambition étant de « débarrasser l'État de ce qui entrave son action pour mieux restaurer son autorité dans les domaines où son absence se fait le plus cruellement sentir » (*ibid.*, p. 35). Loïg Chesnais-Girard, pourtant fervent régionaliste et de gauche, ne dit pas autre chose lorsqu'il affirme au *Point* :

> « Je veux que l'État assume clairement ses responsabilités là où il est attendu. Mais il y a bien des dossiers où il n'a pas l'agilité nécessaire. Alors qu'il laisse la main aux collectivités, la région peut parfaitement gérer les mobilités, l'innovation et l'agriculture de son territoire et bien d'autres sujets. » (Pérou, 2018)

40 Un constat largement partagé chez les élus locaux et même au-delà. Dressant un bilan de quarante années de décentralisation, le professeur Nicolas Kada note que « les domaines dans lesquels l'État n'a […] plus les moyens financiers et humains d'exercer ses compétences sont […] nombreux, même s'il entend préserver son rôle de chef de file » (Kada, 2022, p. 39) et que « trop attentif à de multiples enjeux, l'État se retrouve éloigné des préoccupations locales. Trop concentré sur les attentes territoriales, l'État se compromet et perd de son autorité » (*ibid.*, p. 45). Pour Philippe Séguin, l'État doit assurer la solidarité et la péréquation entre les collectivités (Pasqua, Séguin, 1993, p. 209), c'est-à-dire être ni plus ni moins le garant du principe d'égalité.

Conclusion

41 La mise en perspective des réflexions de Philippe Séguin sur la décentralisation montre qu'en trente ans, les débats n'ont pas sensiblement évolué. La question du mille-feuille est toujours présente, de même que celles de l'autonomie financière des collectivités et de la répartition des compétences entre elles. On le voit, par ailleurs, l'analyse de l'action publique territoriale de Philippe Séguin, pourtant « jacobin » revendiqué, rencontrait souvent celle de militants « girondins ». Cela n'efface pas pour autant des divergences réelles de points de vue sur cette question, mais ce constat prouve que les différences sont plus nuancées que ne le suppose l'usage stigmatisant du vocable de « jacobin » dans le débat politique français. Ce besoin d'atténuer

l'intensité de l'antagonisme girondins/jacobins en France apparaît d'autant plus nécessaire que des hommes politiques au girondisme si marqué qu'il constitue une part fondamentale de leur identité et de leur culture politiques ont participé à des gouvernements à l'action re-centralisatrice importante. On peut penser, par exemple, à Jean-Yves Le Drian, dont l'attachement à la décentralisation occupe une part importante dans sa culture politique personnelle, défenseur du principe de différenciation, mais qui était membre d'un gouvernement ayant re-centralisé la gestion des subventions de la Politique agricole commune (PAC), supprimé des impôts locaux réduisant l'autonomie fiscale des collectivités territoriales (comme la Taxe d'habitation), imposé une limitation des dépenses de fonctionnement de celles-ci via le pacte de Cahors. L'analyse des positions d'un élu jacobin revendiqué montre qu'elles sont souvent moins éloignées qu'on ne pourrait le croire de celles d'élus girondins revendiqués. Cela pose plusieurs questions. Si un consensus politique existe sur la question de l'autonomie fiscale (au sens de la capacité à fixer un taux d'imposition), du transfert défaillant des ressources en lien avec les compétences transférées par l'État, de la nécessité d'amorcer une réforme de la déconcentration, par exemple, comment expliquer que des décisions politiques ne suivent pas ? Doit-on en déduire que les oppositions sont du côté des structures administratives de l'État ? Ou que ces sujets ne figurant pas au sommet des préoccupations des citoyens ou des médias, les politiques n'estiment pas nécessaire d'engager un tel chantier ? Les débats à venir relatifs au projet de réforme décentralisatrice voulue par Emmanuel Macron éclaireront peut-être davantage ces interrogations.

BIBLIOGRAPHIE

Les adresses Internet citées dans cet article ont été consultées le 30 novembre 2023.

Alleno K., 2020, « La Françafrique, instrument d'un soft power associatif et stigmate de la politique africaine de la France », *Relations internationales*, vol. 182, n° 2, p. 99-113

Alleno K, 2021, « L'imaginaire républicain chez Philippe Séguin », dans K. Alleno, B. Bruneteau (dir.), *Philippe Séguin : un intellectuel en politique* ?, Nancy, Éditions universitaires de Lorraine

Alleno K., Bruneteau B. (dir.), 2021, *Philippe Séguin : un intellectuel en*

politique ?, Nancy, Éditions universitaires de Lorraine

Bergougnoux A., 2020, « La deuxième gauche : quelles idées, quel projet ? », dans A. Bergougnoux, M. Fulla (dir.), *Michel Rocard Premier ministre. La deuxième gauche et le pouvoir (1988-1991)*, Paris, Les Presses de Sciences Po, p. 59-69

Bernard M., 2016, « L'opposition de droite après l'alternance de mai-juin 1981 », *Histoire@Politique*, vol. 1, n° 28, p. 97-107

Berstein S., 2003, « De la démocratie plébiscitaire au gaullisme : naissance d'une nouvelle politique républicaine ? », dans S. Berstein (dir.), *Les cultures politiques en France*, Paris, Seuil, p. 153-187

Bougeard C., 2014, « Les socialistes en Bretagne, étapes et facteurs d'une implantation régionale réussie (1905-2012) », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, vol. hs10, n° 2, p. 51-68

Boulat R., Meltz R., 2021, *Jean-Pierre Chevènement. Le dernier des jacobins*, Paris, Nouveau Monde Éditions

Bruneteau B., 2009, « L'identité européenne contre l'identité "républicaine" ? », *Relations internationales*, vol. 140, n° 4, p. 73-81

Chavrier G., « Différenciation », dans R. Pasquier (dir.), *Dictionnaire des politiques territoriales*, Paris, Les Presses de Sciences Po, p. 172-176

Chevènement J.-P., 2019, *Passion de la France*, Paris, Robert Laffont

Clavier H., 2023, « Décentralisation : les départements s'opposent fermement à l'idée de la suppression d'une "strate" de collectivité territoriale », [https://www.publicsenat.fr/actualites/territoires/decentralisation-les-departements-s opposent-fermement-a-lidee-de-la-suppression-dune-strate-de-collectivite-territoriale]

Direction générale des collectivités locales, 2022, « Les chiffres clés des collectivités locales 2022 », [https://www.collectivites-locales.gouv.fr/files/Accueil/DESL/WEB-Chiffres-cle%CC%81s%20des%20CL%202022.pdf]

Epstein R., 2013, *La rénovation urbaine. Démolition-reconstruction de l'État*, Paris, Les Presses de Sciences Po

Haegel F., 2001, « Le RPR décentralisateur ? », *Pouvoirs locaux : les cahiers de la décentralisation*, vol. 4, n° 51, p. 44-48

Jalabert L., 2015, « Pour une histoire politique de la décentralisation (1982-2014) », dans F. Audigier, S.-Y. Laurent (dir.), *Un historien du politique. Mélanges en l'honneur de Bernard Lachaise*, Paris, Riveneuve Éditions, p. 355-371

Kada N., 2022, « Décentralisation : 40 ans de navigation à vue ? », dans F. Crouzatier-Durand, M. Touzeil-Divina (dir.), *40 regards sur 40 ans de décentralisation*, Nice / Toulouse, Éditions L'Épitoge et collectif L'Unité du droit, p. 35-45

Lachaise B., 2021, « Jean-Pierre Chevènement, le gaullisme et les gaullistes », dans R. Boulat, R. Meltz (dir.), *Jean-Pierre Chevènement. Le dernier des jacobins*, Paris, Nouveau Monde Éditions, p. 111-132

Le Bart C., 2012, « Conclusion », dans R. Le Saout (dir.), *Réformer l'intercommunalité. Enjeux et controverses autour de la réforme des*

collectivités territoriales, Rennes, Presses universitaires de Rennes, p. 263-267

Le Tallec D., 2019, *Chroniques rennaises. 2008-2014 : le mandat de Daniel Delaveau*, Rennes, Éditions Apogée

Manigand C., 2021, « Philippe Séguin, une certaine idée de l'Europe », dans K. Alleno K., B. Bruneteau (dir.), *Philippe Séguin : un intellectuel en politique* ?, Nancy, Éditions universitaires de Lorraine

Mathan A. de, 2018, « Le fédéralisme girondin. Histoire d'un mythe national », *Annales historiques de la Révolution française*, vol. 393, n° 3, p. 195-206

Menguy B., 2011, « Compensations financières de l'État : rejet des requêtes de départements de gauche », *La gazette des communes*, [https://www.lagazettedescommunes.com/69433/compensations-financieres-de-letat-rejet-des-requetes-de-departements-de-gauche/]

Montis A. de, 2021, « La présidence de l'Assemblée nationale par Philippe Séguin : les pierres à l'édification d'un Parlement renforcé », dans K. Alleno, B. Bruneteau (dir.), *Philippe Séguin : un intellectuel en politique* ?, Nancy, Éditions universitaires de Lorraine, p. 83-99

Morel B., 2023, *La France en miettes. Régionalismes, l'autre séparatisme*, Paris, Cerf

Morelle C., 2015, « Les gaullistes entre jacobinisme et régionalisme (1964-1972), dans F. Audigier, S.-Y. Laurent (dir.), *Un historien du politique. Mélanges en l'honneur de Bernard Lachaise*, Paris, Riveneuve Éditions, p. 231-245

Nicolet C., 1994 [1982], *L'idée républicaine en France* (1789-1924), Paris, Gallimard

Ozouf M., 1981, « Fortune et infortunes d'un mot », *Le débat*, vol. 6, n° 13, p. 28-39

Pauly O., 2020, « François Cuillandre, candidat de l'union de la gauche à la municipale de Brest », *Ouest-France*, [https://www.ouest-france.fr/bretagne/brest-29200/portrait-francois-cuillandre-candidat-de-l-union-de-la-gauche-la-municipale-de-brest-6871038]

Pasqua C., Séguin P., 1993, *Demain la France. Tome 2 : La reconquête du territoire*, Paris, Albin Michel

Pérou O., 2018, « Loïg Chesnais-Girard : "Les mots de Jacqueline Gourault ne servent à rien" », *Le Point*, [https://www.lepoint.fr/politique/loig-chesnais-girard-les-mots-de-jacqueline-gourault-ne-servent-a-rien-30-09-2018-2259011_20.php]

Rémond R., 1992, *Les droites en France*, Paris, Aubier-Montaigne

Séguin P., 2009, « Présentation à la presse du rapport public thématique relatif à la conduite par l'État de la décentralisation », [https://www.ccomptes.fr/fr/documents/851]

Séguin P., 2003, *Itinéraire dans la France d'en bas, d'en haut et d'ailleurs*, Paris, Seuil

Séguin P., 1994, *Discours encore et toujours républicains*, Paris, Éditions Denoël

Sohier A., 2019, « Point de vue. À Rennes, l'élue dénonce la concentration

urbaine », *Ouest-France*, [https://www.ouest-france.fr/bretagne/rennes-35000/point-de-vue-rennes-l-elue-denonce-la-concentration-urbaine-6504520]

Teyssier A., 2017, *Philippe Séguin. Le remords de la droite*, Paris, Perrin

NOTES

1 Audrey de Montis explique ainsi que « ses initiatives ont été significatives pour l'Assemblée nationale en particulier mais pour le Parlement en son entier » (Montis, 2021, p. 83).

2 Au point que la chaire « Territoires et mutations de l'action publique » (TMAP), dirigée par Romain Pasquier, a organisé un colloque intitulé *Existe-t-il un modèle breton de la décentralisation* ? le 30 mars 2023 à Rennes.

3 Au 1er janvier 2022, on comptait 34 955 communes, 1 254 établissements publics de coopération intercommunale (EPCI), 101 départements, 18 régions (Direction générale des collectivités locales, 2022).

4 RMI : Revenu minimum d'insertion ; RSA : Revenu de solidarité active ; APA : Allocation personnalisée pour l'autonomie ; PCH : Prestation de compensation du handicap.

5 François Cuillandre, maire de Brest, aime quant à lui à dire que l'un de ses mérites est d'être « à portée de baffe » (Pauly, 2020).

6 La réflexion qu'il développe sur le cumul des mandats est très nuancée. Il explique d'ailleurs avoir évolué sur la question. S'il reconnaît que le cumul a amoindri de fait la quantité de son travail parlementaire (en matière de commissions d'enquêtes, d'amendements), il explique qu'il a dans le même temps amélioré la qualité de son travail de maire et inversement il a été un meilleur député, plus au fait des réalités de ses concitoyens, grâce à son mandat de maire. Il explique néanmoins qu'il s'en est tenu à un cumul limité de deux mandats. Au-delà, il estime qu'il n'aurait pas pu assumer ses fonctions convenablement en termes d'agenda.

7 Article 72-2, alinéa 4 : « Tout transfert de compétences entre l'État et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice. Toute création ou extension de compétences ayant pour conséquence d'augmenter les dépenses des collectivités territoriales est accompagnée de ressources déterminées par la loi. »

RÉSUMÉ

Français
Alors que le président de la République Emmanuel Macron vient de relancer le débat sur la décentralisation en confiant une mission sur le sujet à l'ancien ministre Éric Woerth, l'analyse des réflexions de Philippe Séguin sur l'action publique territoriale s'annonce stimulante à plusieurs égards. La mise en perspective des positions d'un « jacobin » revendiqué avec celles de personnalités politiques girondines révèle ainsi que, si des divergences existent bien entre ces positions, elles sont plus nuancées que ne le laisse entendre le statut de stigmate acquis par le vocable « jacobin » ces dernières années. Par ailleurs, l'étude des réflexions de cet homme politique des années 1980-1990 montre que les termes du débat sur la décentralisation n'ont pas fondamentalement changé en trente ans.

INDEX

Mots-clés
Philippe Séguin, histoire des idées, décentralisation, gaullisme, jacobin, girondin, action publique territoriale, région, département, État

AUTEUR

Kevin Alleno
Docteur en science politique, Univ Rennes, Institut du droit public et de la science politique (IDPSP – UR 4640) ; kevin.alleno@univ-rennes.fr

Les pionnières du Conseil d'État

Laurence Warin

PLAN

1. L'apport des premières femmes au Conseil d'État : peu de « grandes décisions » mais un vivier d'une grande diversité thématique
2. Les premières femmes au Conseil d'État : une voix discrète mais écoutée
Conclusion

TEXTE

1 La petite Agnès Blanco est une image présente dans l'esprit de toute personne ayant étudié ou pratiqué le droit administratif. À part quelques autres noms féminins ayant marqué les *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, les figures féminines en droit administratif restent assez minoritaires[1]. Le rôle des femmes protagonistes dans les différents arrêts ayant marqué cette matière n'est pas le propos de cet article, qui portera sur certains personnages féminins internes au contentieux administratif, c'est-à-dire celles qui ont instruit les affaires et ont proposé leurs conclusions au juge administratif afin qu'il rende ses décisions : les femmes qui ont travaillé au Conseil d'État.

2 Présentons-les brièvement. Louise Cadoux est la première femme à intégrer le Conseil d'État, en 1953[2]. Elle ainsi qu'une autre pionnière, Jacqueline Bauchet, sont classées parmi les quinze premiers lauréats du concours de sortie de l'École nationale d'administration (ENA). Suzanne Grévisse intègre le Conseil d'État la même année. Ces femmes représentent une minorité dans la minorité, puisqu'entre 1946 et 1973, au sein de l'ENA, les femmes représentent 4 % de l'effectif total des anciens élèves (Bui-Xuan, 2001 ; Loiseau, 2015 ; Biland, Kolopp, 2013).

3 Nicole Questiaux entre au Conseil d'État en 1955 et deviendra la première femme à exercer la fonction de commissaire du gouvernement (aujourd'hui rapporteur public) en 1963. La même année, Marie-Aimée Latournerie intègre le Conseil d'État. Marie-Dominique Hagel-

steen rejoint le Conseil d'État en 1972 et exercera six ans plus tard les fonctions de commissaire du gouvernement [3].

4 L'intégration des femmes au corps des conseillers d'État semble avoir été bien vécue, d'un côté comme de l'autre. Jacqueline Bauchet raconta :

> « Les collègues qui (nous) accueillirent furent charmants, courtois, amusés, curieux, étonnés, intrigués, réservés, voire ironiques, un brin sceptiques pour quelques-uns : "Que diable venaient-elles faire dans ce temple du droit administratif" ? » (Sauvé, 2017)

5 L'arrivée de ces femmes dans les années 1950 s'explique par l'évolution du cadre juridique, amorcée par la consécration jurisprudentielle du principe d'égalité d'accès à la fonction publique en 1936 [4], puis poursuivie par l'adoption de l'ordonnance du 9 octobre 1945 portant création de l'École nationale d'administration [5] – ouverte aux femmes sous quelques conditions (Bui-Xuan, 2001) –, et surtout couronnée par la reconnaissance de l'égalité entre les femmes et les hommes par le préambule de la Constitution de 1946 dans son alinéa 3.

6 Pour étudier la contribution des premières conseillères d'État à la jurisprudence administrative, il est inutile de remonter trop loin dans l'histoire du droit administratif. En effet, la présence des femmes dans les professions juridiques en général reste faible jusqu'à assez récemment. Certes, la première femme docteure en droit en France a soutenu sa thèse en 1890. Il s'agit de la roumaine Sarmiza Bilcescu. Sa thèse portait sur « la condition légale de la mère » (Champeil-Desplats, 2019 [6]). Cependant, en 1898, il n'y avait que 565 femmes dans les facultés de médecine, 61 en faculté de lettres et philosophie, 31 femmes dans les facultés de sciences, et seulement 4 en droit (*ibid.*). La première professeure de droit est nommée en 1931 : il s'agit de Charlotte Béquignon-Lagarde, spécialisée en droit privé (*ibid.*), qui deviendra la première femme magistrate en 1946 (Belloubet, 2019). En 1932, Suzanne Basdevant est nommée professeure de droit public à l'Université de Paris. Première femme agrégée en droit public (Marjany, 2019), elle est spécialisée en droit international (Champeil-Desplats, 2019).

7 L'apport doctrinal des femmes au droit administratif dans la première partie du XXe siècle semble donc très limité, et le même constat peut

être fait pour d'autres aspects de l'histoire récente du droit administratif. Le faible nombre de femmes dans l'appareil gouvernemental et dans la haute fonction publique au milieu du XXe siècle (Favier, 2021) permet en effet de déduire un rôle limité des femmes dans l'effort de codification du droit administratif, amorcé à partir de 1948 (Lebreton, 2021) à travers l'adoption de décrets. Le constat est le même en ce qui concerne la constitutionnalisation du droit administratif puisque le Conseil constitutionnel a accueilli sa première membre en 1992 [7], donc bien après la décision du 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence* [8].

8 En plus d'être restreinte, la présence des femmes est peu visible. De la même façon que Charlotte Béquignon-Lagarde, pionnière dans l'ordre judiciaire évoquée précédemment, est restée invisible pendant des décennies (Joly-Coz, 2019), les premières femmes ayant travaillé au Conseil d'État sont peu identifiées dans la mémoire collective.

9 Cela s'explique en partie par un certain refus de la féminisation des titres et des fonctions, tout comme de la discrimination positive, au sein du Conseil d'État (Bui-Xuan, 2001). En effet, certains articles de doctrine évoquant par exemple la jurisprudence dite « des semoules » parlent du commissaire du gouvernement au masculin sans mentionner qu'il s'agit d'une femme [9], mais cela ne traduit pas nécessairement une volonté d'exclusion. La notion de « juge » peut renvoyer à celle de justice au sens large et ainsi désigner indistinctement un homme ou une femme (Delahousse, 2019). C'est la même chose pour les commissaires du gouvernement et rapporteurs, dont seules les initiales sont généralement indiquées dans les commentaires, sans que le genre de l'auteur ne soit précisé.

10 Nous verrons d'abord les dossiers que les pionnières au Conseil d'État ont eu à traiter (1), puis comment elles les ont traités et comment leur travail a été reçu (2).

1. L'apport des premières femmes au Conseil d'État : peu de « grandes décisions » mais un vivier d'une grande diversité thématique

11 La partie statistique de notre recherche porte sur la période qui court entre le 1er janvier 1953, année d'entrée des premières femmes au Conseil d'État, jusqu'à la fin de l'année 1969, ce qui permet d'avoir un aperçu représentatif des deux premières décennies de jurisprudence rendue par des équipes composées de femmes. Cette recherche a été effectuée en grande partie à partir de la base de données Ariane Web du Conseil d'État, qui ne garantit pas l'exhaustivité des décisions rendues entre 1953 et 1969, certaines n'ayant pas encore été numérisées.

12 Nous soulignons qu'à partir du 1er janvier 1970, la base de données Ariane Web comporte un nombre sensiblement plus important de jurisprudences, à savoir plus de 9 000 arrêts du Conseil d'État entre 1970 et 1980 (et plus de 2 000 rien qu'entre 1970 et 1973). L'étude de ces arrêts aurait représenté un travail matériellement infaisable dans les délais impartis pour cette recherche.

13 Malgré ces limites, des constats peuvent être faits. On peut avancer que les femmes représentaient une quantité infinitésimale des effectifs des conseillers d'État dans les années 1950 et 1960, dans la mesure où il y en avait à peine une dizaine d'entre elles (voir le tableau en fin d'article). D'ailleurs, cette proportion semble avoir évolué lentement : les femmes représentaient 32 % des membres du Conseil d'État en 2017 [10] et 34 % en 2022 [11].

14 Sur les 2 117 arrêts rendus par le Conseil d'État entre le 1er janvier 1953 et le 31 décembre 1969, 416 ont été instruits ou conclus par une femme, soit 19,6 % des arrêts. Ainsi, pour ne pas restreindre excessivement notre analyse, nous y avons inclus autant des affaires où l'on comptait une femme exerçant les fonctions de commissaire du gouvernement, que des affaires où l'on comptait une femme exerçant

les fonctions de rapporteur. La nomination de femmes aux fonctions de présidents de section n'aura lieu qu'à partir des années 1980 (Bui-Xuan, 2001).

15 Les affaires confiées aux premières femmes au Conseil d'État portent sur des questions extrêmement variées, touchant à la responsabilité administrative[12], à la protection de l'ordre public[13], à la nomination et la promotion des fonctionnaires[14], aux actes de gouvernement[15], à la voie de fait[16], à l'office du juge administratif et au contrôle de légalité qu'il effectue[17, 18, 19], ce qui permet d'écarter toute hypothèse touchant à une tendance particulière à confier certaines questions aux femmes.

16 Entre 1953 et la fin de l'année 1969, il y a eu 52 arrêts rendus en assemblée, dont neuf ont été instruits ou conclus par une femme. Autrement dit, seuls 17 % des arrêts rendus en assemblée pendant cette période, ont eu une femme pour rapporteur ou pour commissaire du gouvernement.

17 Parmi les « grandes décisions » recensées sur le site du Conseil d'État, cinq ont été rendues entre 1953 et 1969[20] ; aucune n'a été instruite ou conclue par une femme. De même, d'autres arrêts marquants de cette époque, tels que *Société Le Béton* (1956), *Société Les Films Lutetia* (1959), *Narcy* (1963) n'ont pas été instruits ou conclus par des femmes.

18 Pendant ce laps de temps, on recense 32 affaires ayant été attribuées à la fois à une commissaire du gouvernement femme et à une rapporteure femme, soit moins de 8 % des 416 affaires traitées par des femmes entre 1953 et la fin de l'année 1969, ce qui représente 1,5 % des 2 117 arrêts rendus au total pendant la période étudiée.

19 Entre 1953 et la fin de l'année 1969, un seul « grand arrêt » a été conclu par une femme, mais il a été par la suite rendu obsolète : l'arrêt dit « des semoules », du 1er mars 1968. En voici les principales caractéristiques.

20 Nicole Questiaux est la première femme à avoir accédé à la fonction de commissaire du gouvernement[21]. Elle conclut notamment pour cette affaire dite « des semoules » en 1968[22], qui va conduire à considérablement singulariser le juge administratif par rapport au reste de l'ordre juridictionnel français et à l'étranger[23], en privilégiant une

vision légicentriste conduisant à la primauté du raisonnement chronologique en cas de conflit entre un traité et une loi postérieure.

21 Sur cette affaire portant sur la question de savoir, en cas de contrariété entre un règlement communautaire et une ordonnance de valeur législative adoptée postérieurement, quel texte le juge doit faire primer, il n'est pas si surprenant que Madame Questiaux se soit positionnée en faveur d'une solution perçue comme classique, dans la mesure où, nous le verrons plus loin, l'intégration des premières femmes parmi les conseillers d'État a été faite sous le signe de la discrétion et de la sobriété.

22 À l'heure où Nicole Questiaux formule ses conclusions, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a rendu son arrêt *Consta contre Enel*[24] qui consacre la primauté du droit communautaire sur les législations nationales. Par ailleurs, sur le plan doctrinal, le juriste Hans Kelsen a développé et publié, peu de temps auparavant, sa *Théorie pure du droit*, dans laquelle il présente sa théorie de la hiérarchie des normes (Kelsen, 1962). Celle-ci se diffuse puissamment dans l'imaginaire juridique collectif.

23 La plus haute juridiction administrative avait, jusqu'à cette date, évité d'aborder cette question frontalement : dans ce type de cas de figure, le juge optait soit pour une mise à l'écart de l'une des deux normes, soit pour une conciliation entre les deux grâce à une interprétation des textes (Lachaume, 2019[25]).

24 Pour le cas d'espèce, la prise de position s'annonçait cependant inévitable (Lachaume, 2019). La commissaire du gouvernement Nicole Questiaux se fonde alors sur le postulat selon lequel le juge administratif ne peut pas contrôler la conformité de l'ordonnance au cœur de ce litige avec le texte communautaire[26]. En effet, rappelant que, selon l'article 55 de la Constitution, il existe une prééminence du droit international sur la loi interne, Madame Questiaux souligne néanmoins la nécessité de respecter la place du juge dans les institutions[27]. Elle s'en remet donc à la stricte mission du juge d'appliquer la loi et de ne pas empiéter sur la mission du Conseil constitutionnel.

25 Cette voie qu'elle préconise implique d'écarter les moyens tirés de la violation du règlement communautaire visé, dans la mesure où la

décision attaquée est conforme à l'ordonnance adoptée postérieurement. Ainsi, en écartant ces moyens, le juge éviterait de tomber dans un travail d'« interprétation hasardeuse [28] » : en effet, Madame Questiaux considère que, dans les cas de figure comme celui-ci, soit le juge peut interpréter la loi – et « ses silences ou ses ambiguïtés [29] » – en estimant qu'elle n'a pas pour but d'enfreindre le traité international, soit, si la loi nationale exprime une volonté précise, difficilement conciliable avec le traité, il est alors

> « difficile d'imaginer que se créent, dans tous les domaines affectés par un traité international, des zones entières où les lois seraient privées d'effet par le juge […]. La thèse est séduisante pour encourager le développement d'un ordre juridique communautaire, l'évolution se conçoit moins facilement si elle fait échapper à l'action du législateur des pans entiers de la vie du pays [30] ».

26 Ce faisant, Madame Questiaux fait application de la doctrine Matter pensée par ce procureur général au début des années 1930 à l'occasion de la décision de la Cour de cassation du 22 décembre 1931, *Sanchez* [31], selon laquelle, en cas de conflit entre une loi et un traité non résolu par voie d'interprétation, la loi postérieure doit prévaloir sur le traité (Debbasch, 1990).

27 L'argumentaire de la commissaire du gouvernement dans l'affaire « des semoules » illustre la façon dont une partie des juristes de l'époque conçoit la force normative du droit communautaire. En 1968, la Communauté européenne existe seulement depuis dix ans. Or la force d'une norme juridique, par exemple des normes communautaires, est liée à « l'autorité de celui qui l'énonce », à sa légitimité (Béchillon, Amrani-Mekki, 2009). Il est concevable que l'autorité politique et la légitimité de la Communauté européenne se soient affirmées progressivement, en même temps que le degré d'adhésion [32] des récepteurs de ces normes dans les droits internes des États membres a pu croître.

28 Le Conseil d'État suivra la conclusion de Madame Questiaux : il n'y a pas lieu de s'interroger sur l'application du règlement européen invoqué, dans la mesure où les actes attaqués étaient conformes à une ordonnance postérieure, qui avait valeur législative.

29 Selon le professeur Lachaume, la jurisprudence « des semoules » revenait à priver les citoyens français de la primauté du traité de Rome et du droit dérivé – pourtant affirmée dans la décision de la CJCE, *Costa c/ Enel*, en 1964 – dont les autres ressortissants européens pouvaient bénéficier devant leur juge national (Lachaume, 2019). Symbolisant les « survivances d'un nationalisme juridique périmé », la décision du 1er mars 1968 a suscité le mécontentement d'une partie de la doctrine, dans la mesure où elle conduisait à tenir l'article 55 de la Constitution pour « non-écrit », voire à le « nullifier » (*ibid.*).

2. Les premières femmes au Conseil d'État : une voix discrète mais écoutée

30 On raconte qu'à l'époque, certains – de bonne ou de mauvaise foi – avaient craint que l'on entende mal la voix féminine lors des audiences au Conseil d'État (Bui-Xuan, 2001).

31 De façon moins anecdotique, une idée forte qui se dégage des témoignages des pionnières du Conseil d'État est la volonté de réussir par le seul mérite et de maintenir dans la discrétion, vis-à-vis des collègues, les différences liées aux contraintes familiales, voire de ne pas « accentuer leur féminité » (Bui-Xuan, 2001).

32 Dans le cadre de cette intégration féminine à pas feutrés dans la haute juridiction, le travail des pionnières semble avoir été apprécié. Rappelons que les conclusions des commissaires du gouvernement ont un poids important lors des délibérations et plus largement dans l'évolution de la jurisprudence (Barav, 1974). Dans une majorité des cas, les conclusions des rapporteurs publics sont suivies d'effets. Cette vérité se vérifie dans les décisions que nous avons piochées parmi les 416 arrêts identifiés pour notre étude. La première affaire sur laquelle Nicole Questiaux, première femme ayant endossé la fonction de commissaire du gouvernement, a rendu ses conclusions, date de 1964. Mais les conclusions des premiers arrêts où son nom est indiqué ne figurent pas dans les archives. Les premières conclusions de Nicole Questiaux auxquelles nous avons eu accès remontent

à 1967 et sont des documents manuscrits scannés, parfois peu lisibles. Néanmoins, sur douze décisions rendues entre 1967 et 1969, il apparaît que le juge administratif a suivi sa commissaire du gouvernement dans plus de 80 % des cas (dix fois sur douze)[33].

33 Dans les années suivantes – et nous élargissons ici notre cadre temporel –, deux contre-exemples significatifs peuvent être mentionnés[34]. Premièrement, nous évoquerons une décision d'assemblée du 22 octobre 1979, *Union démocratique du travail*[35], où le juge administratif suit les conclusions de la commissaire du gouvernement Marie-Dominique Hagelsteen, mais en ne choisissant pas, toutefois, l'explication privilégiée par celle-ci. Celle-ci proposait une solution pragmatique et attendue.

34 Sept ans après la décision *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, le Conseil constitutionnel prend une décision signifiant la distance qu'il souhaite afficher vis-à-vis de cette jurisprudence du Conseil d'État. Avec la décision *Interruption volontaire de grossesse* de 1975, le juge constitutionnel se déclare incompétent pour contrôler la conventionalité des lois dans le cadre du contrôle de constitutionnalité[36]. Dans ce contexte, le Conseil d'État est saisi d'une requête concernant un décret relatif à l'élection des représentants à l'assemblée des Communautés européennes. L'un des moyens de la requête reposait sur la méconnaissance, par le décret attaqué, des dispositions de l'article 138 du traité du 25 mars 1957 créant la Communauté européenne. La commissaire du gouvernement, Madame Hagelsteen, constate qu'entre le traité de Rome invoqué par la requérante et le décret attaqué en date du 28 février 1979 (n° 79-160), deux actes de valeur juridique supérieure se sont interposés : la loi n° 77-729 du 7 juillet 1977 relative à l'élection des représentants à l'assemblée des Communautés européennes, et la décision du Conseil des Communautés européennes du 20 septembre 1976, entrée en vigueur en droit français le 1er juillet 1978. Ces deux textes représentent alors un « écran infranchissable » pour le juge administratif[37].

35 Deux possibilités sont évoquées par Madame Hagelsteen. La première consiste à retenir que c'est la loi du 7 juillet 1977 qui fait écran, parce que c'est pour son application que le décret attaqué a été adopté. La commissaire du gouvernement suggère alors éventuellement, pour trancher cette affaire, que le juge administratif s'interroge sur le

maintien de la jurisprudence « des semoules »[38]. En effet, Madame Hagelsteen appelle à tenir compte de l'évolution du droit depuis cet arrêt, c'est-à-dire de la décision IVG du Conseil constitutionnel de 1975 et de la décision de la Cour de cassation *Administration des douanes c/ société café Jacques Vabre* du 24 mai 1975[39].

36 La deuxième possibilité préconisée par Madame Hagelsteen est de retenir au contraire pour texte « écran », la décision du Conseil des Communautés européennes du 20 septembre 1976, régulièrement introduite en droit interne par une loi en 1977[40] et un décret de 1979[41]. Ce texte est entré en vigueur après la loi du 7 juillet 1977 (précisément le 1er juillet 1978), mais avant le décret attaqué (28 février 1979)[42] : « La règle postérieure, la seule dont vous auriez à assurer l'application si cela vous était demandé, est celle résultant de l'accord et non celle résultant de la loi, puisqu'à peu de chose près, l'accord est d'un an postérieur à la loi[43]. » Elle privilégie donc la « priorité chronologique », s'alignant ainsi explicitement sur l'arrêt *Croissant* rendu par le Conseil d'État peu de temps avant[44]. Elle recommande :

> « de répondre en l'espèce à la requérante que le décret attaqué pris pour l'application de la loi du 7 juillet 1977 trouve son fondement dans les dispositions de l'Acte du 20 septembre 1976, lequel est un engagement international régulièrement ratifié et publié qui est entré en vigueur le 1er juillet 1978 ; […] son moyen qui tend à faire apprécier la validité de cet engagement au regard d'un traité antérieur ne peut être utilement présenté à la juridiction administrative[45] ».

37 Le juge administratif opte malgré tout pour la première possibilité, en retenant pour texte écran la loi du 7 juillet 1977 : « Le décret attaqué se borne à appliquer les dispositions de cette loi[46]. » En outre, il se montre dans cette décision plus explicite qu'en 1968 : « Les moyens tirés de ce que le décret pourrait être contraire à la Constitution, aux principes consacrés par son Préambule et à l'article 138 du traité précité tendant nécessairement à faire apprécier par le juge administratif la constitutionnalité des dispositions de la loi et leur conformité à ce traité […] ne peuvent donc être accueillis[47]. »

38 La solution « des semoules » est ensuite abandonnée par le Conseil d'État lors de son arrêt *Nicolo* du 20 octobre 1989[48], lequel marque, pour le juge administratif, un tournant vers un nouveau rapport à la loi (Connil, 2012) : s'alignant avec la jurisprudence des juges constitutionnel et civil, le juge administratif accepte d'opérer un contrôle de conventionnalité de la loi, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à l'entrée en vigueur du traité (*ibid.*).

39 La commissaire du gouvernement Marie-Dominique Hagelsteen porte, dans plusieurs de ses conclusions, une vision novatrice. Nous verrons à présent un second exemple montrant qu'elle n'a pas été suivie immédiatement mais que ses suggestions auront des effets ultérieurement en ce qui concerne la jurisprudence sur l'abrogation des règlements illégaux[49].

40 Il s'agit de l'arrêt rendu le 30 janvier 1981, *Ministre du travail et de la participation contre Société France Europe Transactions*[50], dans lequel le Conseil d'État a eu à se prononcer sur la question de l'abrogation des actes illégaux de l'administration. Cet arrêt peut être considéré comme l'une des étapes qui a contribué, indirectement, à mener à l'adoption de la décision *Nicolo* par le Conseil d'État en 1989. En effet, Madame Hagelsteen, commissaire du gouvernement sur l'affaire *Ministre du travail et de la participation contre Société France Europe Transactions*, préconisait déjà, en 1981, la solution qui ne sera adoptée par le juge administratif qu'en 1989 dans son grand arrêt *Alitalia*[51]. Or l'ancien vice-président du Conseil d'État Marceau Long, dans un entretien accordé en 2014, revient sur les circonstances internes de l'adoption des décisions *Alitalia* et *Nicolo* en 1989 :

> « Il n'aurait, à mon sens, jamais été possible de rendre la décision *Nicolo* si l'assemblée du contentieux n'avait pas, quelques mois auparavant, adopté la décision *Alitalia*. C'est en écoutant les brillantes conclusions de Noël Chahid-Nouraï dans cette affaire que je me suis dit qu'un abandon de la jurisprudence *Syndicat général des fabricants de semoules de France* était possible. D'ailleurs, je me souviens qu'à la fin du délibéré sur l'affaire *Alitalia*, la présidente Bauchet m'avait glissé à l'oreille que, maintenant, tout était possible. » (Domino, 2014)

41 Selon la jurisprudence antérieure du Conseil d'État portant sur cette question [52], les arrêtés préfectoraux prévoyant les jours de fermeture des commerces doivent être adoptés sur la base d'accords syndicaux représentant la volonté de la majorité des membres de la profession concernée. La société requérante invoque un changement de circonstances, dans la mesure où les syndicats ayant signé l'accord de 1937 n'existent plus, et les habitudes des consommateurs, tout comme les circuits de distribution, ont évolué depuis cette date [53].

42 La question posée au juge était de savoir si l'administration est tenue d'abroger ses règlements illégaux, ou si elle n'est tenue de le faire que lorsque l'abrogation est demandée en raison d'un changement des circonstances de droit ou de fait, postérieur à l'intervention du règlement.

43 Madame Hagelsteen envisage deux possibilités. Soit le juge administratif retient que les jurisprudences sur l'exception d'illégalité et sur le changement de circonstances suffisent pour assurer le respect du principe de légalité [54], soit le juge administratif substitue à la simple « faculté » de ne pas appliquer un règlement illégal une véritable obligation d'abroger un tel règlement quand la demande lui en est faite [55]. Cette seconde solution permettrait, selon la commissaire du gouvernement, une conciliation entre les exigences nécessaires à la liberté d'action de l'administration et l'obligation de respecter la légalité [56].

44 Madame Hagelsteen s'appuie, comme la société partie au litige, sur la jurisprudence Leboucher et Tarandon [57], jamais réaffirmée depuis, qui a énoncé la règle selon laquelle « l'auteur d'un règlement illégal, ou son supérieur hiérarchique, saisi d'une demande tendant à l'abrogation de ce règlement, est tenu d'y déférer [58] ». Elle souligne que la jurisprudence *Leboucher et Tarandon* permet à un plus grand nombre de personnes de faire respecter le principe de légalité par l'administration [59]. Elle recommande d'adopter la deuxième solution et précise qu'il est nécessaire pour le juge, dans un premier temps, de vérifier la légalité des arrêtés attaqués, afin de trancher l'affaire [60].

45 Le juge ne la suit pas. Faisant l'économie de cette vérification, il décide de maintenir les possibilités existantes [61]. Ainsi, soit la société devait former un recours pour excès de pouvoir tendant à obtenir l'annulation des arrêtés, ce qu'elle a fait trop tardivement, soit

soulever l'exception d'illégalité des arrêtés lors d'une demande d'annulation d'une décision prise en application de ces arrêtés, ce qu'elle n'a pas fait, soit elle devait fournir des conclusions contre le refus du préfet d'abroger ces arrêtés, mais en invoquant un changement de fait ou de droit postérieurs aux arrêtés contestés, ce qui n'est pas établi qu'elle ait fait en l'espèce. Le juge administratif accueille la demande du ministre, contrairement à ce que préconise Madame Hagelsteen.

46 Cet arrêt de 1981 est ensuite contredit par l'article 3 du décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 qui prévoit que « l'autorité compétente est tenue de faire droit à toute demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, soit que le règlement ait été illégal dès la date de sa signature, soit que l'illégalité résulte des circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date ».

47 Puis, le grand arrêt *Compagnie Alitalia* est rendu en 1989 par le Conseil d'État, la requérante faisant référence au même décret de 1983. Les deux questions posées au juge à cette occasion étaient liées à deux obligations de l'administration : d'une part, celle d'accueillir une demande d'abrogation d'un règlement illégal, d'autre part, celle d'appliquer les directives communautaires (Long *et al.*, 2021). À l'occasion de cette affaire, le Conseil d'État pose le principe selon lequel « l'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, est tenue d'y déférer, soit que ce règlement ait été illégal dès la date de sa signature, soit que l'illégalité résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date[62] ». Le juge administratif œuvre ainsi pour l'effectivité du principe de légalité (Guyomar, Collin, 2014).

Conclusion

48 Marie-Dominique Hagelsteen est décédée en 2012. Avec elle, s'est tournée une des premières pages de l'histoire des pionnières du Conseil d'État.

49 L'apport des premières hautes fonctionnaires ayant travaillé au Conseil d'État est discret. D'une part, parce qu'au cours des presque deux décennies étudiées dans notre première partie (1953-1969), les pionnières ont rarement eu l'occasion d'instruire ou de conclure sur

de grands arrêts. D'autre part, parce que leur intégration dans l'institution s'est faite sous le signe de l'assimilation et non de l'affirmation. En outre, la période étudiée correspond à une séquence temporelle considérée comme moins dense d'un point de vue jurisprudentiel (Melleray, 2019), ce qui a peut-être contribué à diminuer les opportunités pour les femmes de se voir confier des affaires exceptionnelles.

50 Cette discrétion ne peut se confondre avec une facilité d'intégration des femmes au Conseil d'État. On ne peut affirmer avec certitude que cette institution est exclue de celles citées dans les textes qui soulignent les difficultés auxquelles les femmes ont dû faire face, de façon générale, lorsqu'elles ont intégré la haute fonction publique. Des auteurs ont pu relever, par exemple, le fait d'exiger d'une femme qu'elle reste à son poste jusqu'à des heures tardives (Rouban, 2013).

51 En dépit de cette discrétion, les conclusions des premières commissaires du gouvernement ont été suivies d'effet. Les arrêts et conclusions évoqués ici n'ont pas permis de conclure à une moindre prise en compte des avis juridiques féminins.

52 La jurisprudence « des semoules », bien qu'obsolète à présent, a laissé une empreinte indélébile dans l'histoire du droit administratif moderne. Cependant, Madame Questiaux semble aujourd'hui moins connue que d'autres grandes personnalités ayant marqué le Conseil d'État, alors qu'elle est pourtant considérée comme faisant partie des « virtuoses du droit administratif », comme Bruno Genevois (Latour, 2004).

53 Nul doute que la contribution des femmes du XXIe siècle au droit administratif sera plus visible. En effet, la féminisation du corps des magistrats administratifs a progressé rapidement et fortement au cours des dernières années (Sauvé, 2017). Les femmes représentent 32 % des membres, 30 % des présidents de chambre et 31 % des rapporteurs publics (*ibid.*). Le corps des conseillers d'État est le plus féminisé de la haute fonction publique (Bui-Xuan, 2001). La parité est proche d'être acquise pour les emplois de directeurs, de chefs de département et de chefs de bureau au Conseil d'État[63]. Cependant, aucune femme n'a encore vice-présidé le Conseil d'État (Champeil-Desplats, 2019).

54 De nos jours, la justice administrative se mobilise en faveur de l'égalité entre les femmes et les hommes et a signé un accord avec les organisations syndicales en faveur de l'égalité professionnelle : dans ce cadre, différentes actions sont mises en œuvre par les juridictions administratives à tous les niveaux, par exemple la visibilisation [64] des femmes dans les productions écrites de la justice administrative [65].

55 La doctrine, évoquée en introduction, a un lien étroit avec la jurisprudence dans la construction du droit ; le professeur Rivero y voyait une « collaboration nécessaire » (Rivero, 1980). À cet égard, il reste encore une marge de progrès en matière de parité dans le milieu universitaire. Mis à part le faible nombre de femmes dédicataires d'ouvrages intitulés « Mélanges en l'honneur de… [66] » qui peut paraître anecdotique, on recensait, pour les années 2017-2018, sur le nombre total d'étudiants en droit, 60 % de femmes (Champeil-Desplats, 2019). En 2008, il y avait 43,5 % de femmes parmi les maîtres de conférences en poste et 30 % de professeures. En 2009-2010, en droit public, il y avait 391 hommes pour 109 femmes dans le corps des professeurs, et 476 hommes pour 330 femmes dans le corps des maîtres de conférences (*ibid.*). Enfin, en ce qui concerne les résultats du concours pour l'agrégation de droit public, les femmes représentaient 30 % des reçus en 2002, puis 33 % en 2014, 26 % en 2016 et 30 % en 2018, soit cette année-là 7 femmes reçues pour 23 hommes (*ibid.*). Autant de pistes de progression pour que le droit administratif de notre siècle soit incarné par toutes et tous.

Tableau : les pionnières du Conseil d'État

Nom	Date d'entrée au Conseil d'État
Louise Cadoux	1953
Jacqueline Bauchet	1953
Suzanne Grévisse	1953
Nicole Questiaux	1955
Marie-Aimée Latournerie	1963
Marie-Dominique Hagelsteen	1972
Mme Meme	1967 (au plus tard)
Mme Aubin	Date inconnue
Françoise Chandernagor	1972 (au plus tard)

BIBLIOGRAPHIE

Les adresses Internet citées dans cet article ont été consultées 11 décembre 2023.

Barav A., 1974, « Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'État français et l'avocat général près la Cour de justice des communautés européennes », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 26, n° 4, p. 809-826

Belloubet N., 2019, « Préface », dans I. Rome, D. Dibie (dir.), *Femmes, droit et justice*, Paris, Dalloz

Biland E., Kolopp S., 2013, « La fabrique de la pensée d'État », *Gouvernement et action publique*, vol. 2, n° 2, p. 221-248

Bui-Xuan O., 2001, *Les femmes au Conseil d'État*, Paris, L'Harmattan

Carbonnier J., 2017, *Sociologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2e éd.

Champeil-Desplats V., 2019, « Les femmes dans les facultés de droit en France : des pionnières aux post-modernes », *Congreso Internacional Mujeres y Profesiones Jurídicas*, Espagne

Chifflot N., 2017, « L'office du juge administratif et les normes », dans J.-F. Lafaix (dir.), *Le renouvellement de l'office du juge administratif*, Boulogne-Billancourt, Berger-Levrault, p. 51

Connil D., 2012, *L'office du juge administratif et le temps*, Paris, Dalloz

Debbasch C., 1990, « L'arrêt Nicolo et la suprématie du Traité sur la loi postérieure », *RTD Com.*, p. 193

Béchillon D. de, Amrani-Mekki S., 2009, « Réponse de juristes à la question "Selon vous, qu'est-ce qui fait la force des normes en droit ?" » dans C. Thibierge et al. (dir.), *La force normative, naissance d'un concept*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, p. 858

Delahousse M., 2019, Table ronde « Femmes dans la justice, d'hier à aujourd'hui », dans I. Rome, D. Dibie (dir.), *Femmes, droit et justice*, Paris, Dalloz

Domino X., 2014, « Genèse de la décision *Nicolo*. Entretien avec Marceau Long, vice-président honoraire du Conseil d'État », *AJDA*, p. 100

Favier E., 2021, *Énarques et femmes. Le genre dans la haute fonction publique*, thèse, Paris, École des hautes études en sciences sociales

Genevois B., 2018, « Principes généraux du droit : principes de technique juridique. Obligation d'abroger un règlement illégal », dans *Répertoire de contentieux administratif*, Paris, Dalloz

Guyomar M., Collin P., 2014, « Le début d'une révolution pour la juridiction administrative », *AJDA*, p. 99

Joly-Coz G., 2019, Table ronde « Femmes dans la justice, d'hier à aujourd'hui », dans I. Rome, D. Dibie (dir.), *Femmes, droit et justice*, Paris, Dalloz

Kelsen H., 1999 [1962], *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ

Lachaume J.-F., 2019, « De l'article 55 de la Constitution à Nicolo en passant par les semoules », *AJDA*, p. 2097

Latour B., 2004, *La fabrique du droit*, Paris, La Découverte

Lebreton G., 2021, *Droit administratif général*, Paris, Dalloz

Lellig W., 2015, *L'office du juge administratif de la légalité*, thèse, Université de Montpellier

Lochak D., 2015, *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris, LGDJ

Loiseau N., 2015, « Défis et enjeux de la place des femmes à l'ENA », *Revue française d'administration publique*, vol. 1, n° 153, p. 91-101

Long M. et al., 2021, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 23e éd., Paris, Dalloz

Marjany M., « Suzanne Basdevant-Bastid, une juriste d'exception », *Émile*, [https://www.emilemagazine.fr/article/2019/11/29/suzanne-basdevant-bastid-une-juriste-dexception]

Melleray F., 2003, « Les retenues pécuniaires pour fait de grève dans les services publics », AJDA, p. 1648

Melleray F., 2019, « Les cycles de la jurisprudence administrative », dans P. Gonod, P. Guyomard, C. Maugüé, R. Schwartz (dir.), *La scène juridique : harmonies en mouvement. Mélanges en l'honneur de Bernard Stirn*, Paris, Dalloz, p. 441-445

Rideau J., 1996, « Droit communautaire et droit administratif, la hiérarchie des normes », AJDA, p. 6

Rivero J., 1980, « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », dans A. de Laubadère *et al.*, *Pages de doctrine. T. 1 : Aux sources du droit. L'État et la politique*, Paris, LGDJ, p. 3-10

Rouban L., 2013, « La féminisation des élites administratives : avancée sociale ou nouvelle discrimination ? », *Revue française d'administration publique*, vol. 1, n° 145, p. 5-10

Sauvé J.-M., 2017, « La jurisprudence administrative et les femmes », discours, 14 novembre

Tikhonov Sigrist N., 2009, « Les femmes et l'Université en France, 1860-1914 », *Histoire de l'éducation*, n° 122, p. 53-70, [https://journals.openedition.org/histoire-education/1940]

NOTES

1 En effet, sur les 122 arrêts, onze ont le nom de femmes, demanderesses au pourvoi (Long *et al.*, 2021).

2 Voir [https://www.conseil-etat.fr/actualites/portraits-de-femmes-du-conseil-d-etat-journee-du-8-mars].

3 *Ibid.*

4 Cons. État, ass., 3 juillet 1936, n° 43239 et n° 43240, *Demoiselle Bobard et autres*, *Lebon*, p. 721. D'autres décisions favorables à l'emploi des femmes ont été prises à la même époque : Conseil d'État, ass., 3 décembre 1948,

Dame Louys, *Lebon*, p. 451 où le Conseil d'État a censuré les dispositions interdisant aux femmes de prendre part à l'examen professionnel de la magistrature coloniale ; Cons. État, sect., 11 mai 1960, *Ville de Strasbourg*, *Lebon*, p. 194, où le Conseil d'État a censuré les dispositions excluant les femmes mariées des emplois de la ville de Strasbourg (Sauvé, 2017).

5 Ordonnance n° 45-2283 du 9 octobre 1945 relative à la formation, au recrutement et au statut de certaines catégories de fonctionnaires et instituant une direction de la fonction publique et un conseil permanent de l'administration civile.

6 Voir aussi Tikhonov Sigrist (2009).

7 Voir [https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/1992-2001-souvenirs-d-une-femme-au-conseil-constitutionnel] et [https://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/IMG/pdf/cp_hce_conseilconstitutionnel_vf-2.pdf].

8 Cons. const., 23 janvier 1987, n° 86-224 DC, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence. Cette décision est considérée comme consacrant explicitement, au niveau constitutionnel, l'existence de la juridiction administrative.

9 Voir, par exemple, Rideau (1996).

10 Voir [https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/la-jurisprudence-administrative-et-les-femmes].

11 Cons. État, rapport d'activité, 2022.

12 Cons. État, 8 juin 1966, n° 63369.

13 Cons. État, 23 février 1968, n° 65071, n° 65072 et n° 65073.

14 Cons. État, 14 juin 1967, n° 61742 et n° 62191.

15 Cons. État, 1er mars 1967, n° 56180.

16 Cons. État, 8 juin 1966, n° 63369.

17 Cons. État, ass., 26 novembre 1976, n° 97328, *Soldani*, *Lebon*, p. 507 ; Cons. État, 23 juin 1978, n° 6850 et n° 6912, *Commune de Meylan et a. c/ Association des résidents des Eyminées*, inédit. Ces affaires ont été instruites par la rapporteure Louise Cadoux et les conclusions rédigées par la commissaire du gouvernement Marie-Aimée Latournerie.

18 Cons. État, ass., 26 novembre 1976, n° 97328, *Soldani*, *Lebon*, p. 507.

19 Cons. État, 26 mars 1971, n° 79815, *Sieur Devillers*, *Lebon*, p. 259, conclusions de Suzanne Grévisse, commissaire du gouvernement.

20 Cons. État, 28 mai 1954, n° 28238, *Barel* ; Cons. État, 20 avril 1956, n° 98637, *Époux Bertin et ministre de l'Agriculture c/ consorts Grimouard et autres* ; Cons. État, 31 mai 1957, n° 26188, *Rosan Girard* ; Cons. État, 26 juin 1959, n° 92099, *Syndicat général des ingénieurs-conseils* ; Cons. État, 19 octobre 1962, n° 58502, *Canal*, *Robin et Godot*.

21 Voir [https://www.conseil-etat.fr/actualites/portraits-de-femmes-du-conseil-d-etat-journee-du-8-mars].

22 Cons. État, sect., 1er mars 1968, *Synd. général des fabricants des semoules de France*, *Lebon*, p. 149 ; AJDA, 1968, p. 235.

23 La Cour constitutionnelle de République fédérale d'Allemagne a reconnu la primauté d'un traité communautaire sur une loi même postérieure dans une décision du 9 juin 1971 ; la Cour constitutionnelle italienne a fait de même le 8 juin 1984 (*Société Granital*).

24 CJCE, 15 juillet 1964, aff. 6-64, *Flaminio Costa c/ ENEL*, *Rec.*, p. 01141.

25 Voir notamment Cons. État, 7 avril 1965, n° 57537, *Secrétaire d'État au commerce intérieur c/ Hurni*, *Lebon*, p. 226 ; Cons. État, 31 janvier 1968, n° 67755, *Huertas*, *Verdu et Albaladejo*, *Lebon*, p. 77.

26 Conclusions de N. Questiaux, séance du 16 février 1968, p. 12.

27 *Ibid.*

28 *Ibid.*, p. 14.

29 *Ibid.*, p. 13.

30 *Ibid.*

31 Conclusions de P. Matter, Cass. civ., 22 décembre 1931, *Dalloz*, 1932, 1, p. 131.

32 Expression empruntée à P. Brun, au sujet de la définition de la « force normative » (Thibierge *et al.*, 2009 p. 858).

33 Notons que l'échantillon visé était plus conséquent, mais certaines conclusions ne figurent pas dans les archives. Sur la base de douze conclusions analysées, le juge a suivi la commissaire du gouvernement dans les affaires suivantes : Cons. État, 10 février 1967, n° 63684 ; Cons. État, 1er mars 1967, n° 56180 ; Cons. État, 1er mars 1967, n° 58736 ; Cons. État, 1er mars 1967, n° 68898 ; Cons. État, 1er mars 1967, n° 69663 ; Cons. État, 1er mars 1967,

n° 71057 ; Cons. État, 13 juillet 1967, n° 68680 ; Cons. État, 13 juillet 1968, n° 75835 ; Cons. État, 13 décembre 1968, n° 71624, n° 71625 et n° 71626 ; Cons. État, 12 juillet 1969, n° 76089. Il ne l'a pas suivie (ou partiellement) dans les deux cas suivants : Cons. État, 10 février 1967, n° 59125, n° 59126 et n° 59329 et Cons. État, 1er mars 1967, n° 65988.

34 On retiendra un autre cas datant de 1978, où Mme Hagelsteen conclut sur l'arrêt Cons. État, 7 juillet 1978, n° 03918, *Sieur Omont*, *Lebon*, qui porte sur une demande d'annulation de la décision implicite de rejet résultant du silence gardé par l'administration sur une demande tendant au reversement de retenues effectuées sur le traitement d'un professeur pour fait de grève. Contrairement à ce que Mme Hagelsteen préconisait, la requête a été rejetée par un arrêt qualifié de radical par la doctrine (Melleray, 2003).

35 Cons. État, ass., 22 octobre 1979, n° 17541, *Union démocratique du travail*, *Lebon*, p. 384.

36 Cons. const., 15 janvier 1975, n° 74-54 DC, *Rec.*, p. 19.

37 Conclusions de M.-D. Hagelsteen, séance du 19 octobre 1979, p. 10.

38 *Ibid.*

39 Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, *Dalloz*, 1975, p. 497.

40 Loi n° 77-680 du 30 juin 1977 autorisant l'approbation des dispositions annexées à la décision du Conseil des communautés européennes du 20 septembre 1976 et relatives à l'élection des représentants au Parlement européen.

41 Décret n° 79-92 du 30 janvier 1979 portant publication des dispositions annexées à la décision du Conseil des communautés européennes du 20 septembre 1976 et relative à l'élection des représentants à l'Assemblée des communautés européennes du suffrage universel direct.

42 Conclusions de M.-D. Hagelsteen, séance du 19 octobre 1979, p. 10.

43 *Ibid.*, p. 11.

44 L'arrêt du Cons. État, ass., 7 juillet 1978, n° 10079, *Croissant*, *Lebon*, p. 293, consacre la supériorité du traité ou de l'accord sur la loi antérieure. Selon le doyen C. Debbasch, le terme de « supériorité » n'est pas adéquat « puisque de deux normes de valeur équivalente, la dernière en date prévaudra : *lex posterior derogat priori.* » (Debbasch, 1990).

45 Conclusions de M.-D. Hagelsteen, séance du 19 octobre 1979, p. 12.

46 Cons. État, ass., 22 octobre 1979, n° 17541, *Union démocratique du travail*, *Lebon*, p. 384.

47 *Ibid.*

48 Cons. État, ass., 20 octobre 1989, n° 108243, *Nicolo*, *Lebon*, p. 190, *D.*, 1990, 135, note P. Sabourin. Pour l'anecdote : « Je me suis d'abord enquis du sentiment de Nicole Questiaux, qui avait conclu dans l'affaire dite des semoules. Et je me suis aperçu qu'elle ne tenait pas vraiment tant que cela à cette jurisprudence. » (Domino, 2014).

49 En revanche, sa position ne sera pas retenue s'agissant de la nature des moyens liés à la compatibilité d'un texte à une convention internationale, ce qui est en dehors du cadre temporel de cette étude et ne sera pas abordé ici.

50 Cons. État, 30 janvier 1981, n° 16148, *Ministre du travail et de la participation contre Société France Europe Transactions*, *Lebon*, p. 32, AJDA, 1981, p. 245.

51 Voir [https://www.conseil-etat.fr/actualites/portraits-de-femmes-du-conseil-d-etat-journee-du-8-mars#:~:text=En%201972%2C%20Marie%2DDominique%20Hagelsteen,nouveau%20de%201989%20%C3%A0%201992].

52 Cons. État, ass., 10 janvier 1964, n° 57946, *Ministre de l'Agriculture c. Simonet*, *Lebon*, p. 19 ; Cons. État, 10 juin 1932, *Syndicat des marchands de chaussures détaillants de Poitiers*, *Lebon*, p. 571, cité par M.-D. Hagelsteen dans ses conclusions, lecture du 30 janvier 1981, p. 3.

53 Conclusions de M.-D. Hagelsteen, lecture du 30 janvier 1981, p. 4.

54 *Ibid.*, p. 16.

55 *Ibid.*, p. 16-17.

56 *Ibid.*, p. 17.

57 Cons. État, 12 mai 1976, n° 96436, *Leboucher et Tarandon*, *Lebon*, p. 246.

58 Conclusions de M.-D. Hagelsteen, lecture du 30 janvier 1981, p. 5 et p. 7.

59 *Ibid.*, p. 16.

60 *Ibid.*, p. 6.

61 Cons. État, 30 janvier 1981, n° 16148, *Ministre du travail et de la participation c/ Société France Europe Transactions*, *Lebon*, p. 32, AJDA, 1981, p. 245 : « Ces moyens, qui sont tirés des illégalités dont seraient entachés les arrêtés préfectoraux des 8 et 12 avril 1937, ne pourraient être utilement

invoqués que soit à l'appui de conclusions tendant à l'annulation de ces arrêtés, conclusions qui ont été tardivement présentées ainsi que l'a décidé le tribunal administratif de Caen dans une partie non frappée d'appel de son jugement, soit à l'appui d'une exception d'illégalité invoquée à l'occasion d'une demande d'annulation d'une décision prise en application de ces arrêtés, laquelle n'a pas été présentée au juge administratif. » En revanche, ces moyens « ne peuvent l'être au soutien de conclusions dirigées contre un refus d'abrogation de ces arrêtés à l'encontre duquel la société n'aurait pu, le cas échéant, se prévaloir que de changements de fait ou de droit postérieurs à l'intervention des arrêtés contestés ».

62 Cons. État, sect., 3 février 1989, n° 74052, *Compagnie Alitalia*, *Lebon*, p. 44 (conclusions de N. Chahid-Nourai, commissaire du gouvernement, rapport de M.-D. Hagelsteen, maître des requêtes). Voir Genevois (2018).

63 Voir [https://www.conseil-etat.fr/site/actualites/egalite-professionnelle-femmes-hommes-la-place-des-femmes-au-sein-de-la-justice-administrative].

64 Terme utilisé en sociologie.

65 Voir [https://www.conseil-etat.fr/site/actualites/egalite-professionnelle-femmes-hommes-la-place-des-femmes-au-sein-de-la-justice-administrative].

66 Et, d'après nos recherches, aucune spécialisée en droit administratif n'en a bénéficié.

RÉSUMÉ

Français

Nicole Questiaux, Marie-Dominique Hagelsteen, Suzanne Grévisse, ne font pas partie des noms fréquemment cités dans les devoirs de nos étudiants en droit administratif. Elles sont absentes de la mémoire collective en la matière. Pourtant, elles ont été pionnières en tant que femmes intégrées au Conseil d'État et ont accompli un travail significatif quoique relativement méconnu. Cet article propose un aperçu de leur contribution à la jurisprudence du Conseil d'État.

INDEX

Mots-clés
Louise Cadoux, Jacqueline Bauchet, Suzanne Grévisse, Nicole Questiaux, Marie-Aimée Latournerie, Marie-Dominique Hagelsteen, femme, Conseil d'État, xxe siècle, histoire du droit administratif

AUTEUR

Laurence Warin
Docteure en droit public, Université de Paris Cité ; laurence.warin@outlook.fr

Le renouveau de la procédure civile à travers la pensée d'Henry Vizioz

Kévin Castanier

PLAN

1. L'ouverture d'esprit d'Henry Vizioz à la doctrine
2. La théorie de l'action
3. La théorie de la juridiction
4. La théorie de l'instance

TEXTE

1 Le thème suggéré par le Professeur Richard Desgorces, prédécesseur du Professeur Olivier Serra en tant qu'organisateur du cycle de conférences « Le droit selon… », fut à l'origine d'un sentiment de réjouissance pour la redécouverte d'un auteur quelque peu oublié[1].

2 Henry Vizioz naît le 18 novembre 1886 à Saint-Jean-de-Maurienne dans le département de la Savoie. Il commença ses études de droit à Grenoble pour les terminer à Bordeaux. Il fut lauréat de la Faculté de droit de Bordeaux au titre du concours de droit civil de troisième année de licence en 1907. C'est à partir de cette période qu'il décida de s'engager au sein des associations estudiantines et fut l'un des fondateurs de l'Association catholique des étudiants (Malherbe, 1996, p. 151)[2]. Il rédigea une première thèse portant sur « la notion de quasi-contrat », qui obtint la médaille d'or du concours des thèses de l'année 1912, et une seconde sur « le fidéicommis en Prusse » en 1914. Sa préparation à l'agrégation fut interrompue par la Première Guerre mondiale, quand il fut mobilisé comme sous-lieutenant. Fait prisonnier, il ne retrouva sa liberté qu'à la fin des hostilités. Reçu au concours de l'agrégation en 1920, il fut nommé à Bordeaux. Le Doyen Léon Duguit, spécialiste de droit civil et de droit commercial, le convainquit de reprendre le cours de procédure civile pour le « régénérer » (Malherbe, 1996, p. 432). En effet, cette matière était souvent délaissée en raison de son « aridité » (Vizioz, 2011, p. 3). Vizioz réussit sa mission et devint un éminent spécialiste de la matière en y inté-

grant des éléments de droit comparé, notamment italien (Fatal, 2018, p. 365-380) et allemand (Vizioz, 2011, p. 16, note 3). Il publia en 1927 à la *Revue générale du droit* ses « Observations sur l'étude de la procédure civile », qui lui assurèrent une renommée internationale (Malherbe, 1996, p. 432). Il fut par la suite désigné par le recteur pour accéder au décanat. Il décida néanmoins de n'accepter la charge qu'après la ratification de son poste par l'assemblée des professeurs (*ibid.*, p. 72). Elle accepta à l'unanimité. Il fut ainsi doyen du 20 janvier 1944 au 1er août 1948. Il présida l'agrégation de droit privé en 1947, puis a été à l'origine de l'École de droit de Fort-de-France. Ce fut au retour de son voyage aux Antilles qu'Henry Vizioz perdit la vie le 1er août 1948, à la suite de l'accident de son hydravion (*ibid.*, p. 253)[3]. Pour lui rendre hommage, un amphithéâtre de la Faculté de droit de Bordeaux porte encore aujourd'hui son nom (*ibid.*, p. 148-149)[4].

3 La réédition des *Études de procédure* aux éditions Dalloz en 2011 permet de mettre en lumière la pensée d'Henry Vizioz dans le domaine de la procédure civile. Par le biais de ses « Observations sur l'étude de la procédure civile », il propose une relecture complète de la matière. En effet, s'il constate une « défaveur aussi persistante » (Vizioz, 2011, p. 5) envers la procédure civile, il envisage une alternative à son origine : soit elle provient de la matière elle-même, soit elle est issue d'une mauvaise conception, d'un défaut de méthode (*ibid.*). La conséquence n'est assurément pas similaire. Dans la première hypothèse, rien n'est envisageable pour sauver la matière, tandis que, dans la seconde, un remède peut exister (*ibid.*). D'une plume parfois « acerbe » (Guinchard, 2011), Henry Vizioz remet en cause l'analyse exégétique de la procédure civile. Il reproche aux auteurs de la doctrine « de n'avoir pas su s'affranchir de ce legs du passé [le Code de procédure civile de 1806] et, dans l'exécution, de trahir leur dessein » (Vizioz, 2011, p. 7). L'étude de la procédure civile ne peut donc être, selon lui, un simple commentaire de la loi (*ibid.*). Il faut en conséquence en finir avec le « fétichisme » (Gény, 1919, p. 70) de la loi écrite, même s'il reconnaît lui-même que l'exégèse est la suite logique de toute codification (Vizioz, 2011, p. 8). En procédant à la critique de la méthode exégétique en procédure civile, Henry Vizioz a pour objectif de reconstruire la matière. Effectivement, cette méthode analytique qui se focalise sur la lettre du texte amène la doctrine à se

concentrer exclusivement sur le formalisme tout en oubliant la réalité sociale qui sous-tend les règles de droit (*ibid.*). Une telle analyse pragmatique du droit est d'ailleurs en adéquation avec la pensée du Doyen François Gény. Il a réaffirmé son aversion pour l'exégèse dans la préface d'un manuel de procédure civile publié en 1944 (*ibid.*, p. 165). Henry Vizioz est ainsi le premier à envisager un droit processuel, bien qu'il ne retienne pas pleinement cette qualification, plutôt qu'un droit de la procédure (Guinchard, Varinard, Debard, 2021, p. 5). Les quelques lignes suivantes extraites d'une note de ses « Observations sur l'étude de la procédure civile » sont à cet égard très éclairantes :

> « Les termes de procédure, de droit procédural, ont l'inconvénient de mettre exclusivement en relief le côté formaliste, extérieur du procès : on oppose d'ordinaire les règles de procédure aux règles de fond. […] une étude scientifique de la procédure doit s'orienter de plus en plus vers ces problèmes de fond. […] En même temps que de droit processuel, on parlerait de rapports processuels, de situations processuelles, et de *processualistes* pour désigner les auteurs qui s'adonnent à l'étude de cette branche du droit […]. » (Vizioz, 2011, p. 13-14, note 2).

4 Dans cette vision renouvelée de la procédure civile, le procès civil ne s'étudie plus au prisme de la pure technique ; il convient dorénavant de prendre en considération des principes directeurs (Guinchard *et al.*, 2022, p. 21). Le dessein du droit processuel est alors d'envisager l'ensemble des procès – civil, pénal et administratif, disciplinaire ou encore communautaire (Frison-Roche, Baranes, Robert, 1993, p. 9) – pour en dégager des principes communs et développer une théorie générale du procès (Cadiet, Normand, Amrani-Mekki, 2020). L'analyse d'Henry Vizioz trouva sa consécration dans la création d'un enseignement de droit processuel (Motulsky, 1973). D'ailleurs, la réédition des *Études de procédure* dans la « Bibliothèque Dalloz », qui a pour « vocation la réédition d'œuvres qui, bien qu'appartenant déjà à l'histoire de la pensée politique, juridique ou économique, conservent une actualité incontestable », illustre l'intérêt indéniable de la doctrine pour le droit processuel.

5 Dans cette perspective, il n'est de méthode plus honnête que de suivre pas à pas l'analyse d'Henry Vizioz dans la réédition des *Études*

de procédure : il conviendra tout d'abord de rappeler son ouverture d'esprit à la doctrine tant étrangère que publiciste (1) pour envisager successivement ses théories de l'action (2), de la juridiction (3) et de l'instance (4). Nous laisserons donc de côté le commentaire de la réforme de l'appel par la loi du 23 mai 1942, les réflexions quant à l'arbitrage et les questions liées aux voies d'exécution.

1. L'ouverture d'esprit d'Henry Vizioz à la doctrine

6 En prolégomènes, il convient d'indiquer que, si la conception du droit processuel était à l'origine une comparaison « brute » (Guinchard *et al.*, 2022, p. 24) des procédures administrative, pénale et civile, elle dépasse désormais cette analyse comparatiste. Le droit processuel se retrouve « irrigué par des standards communs à tous les procès, nationaux ou internationaux, peu important qu'ils relèvent de la matière civile ou de la matière pénale, standards provenant de sources internationales, pour l'essentiel européennes, mais aussi de sources constitutionnelles » (Guinchard, 2011). L'analyse d'Henry Vizioz s'est, de fait, étoffée pour intégrer d'autres éléments, notamment issus de la Convention européenne des droits de l'homme.

7 Pour développer ses principes de droit processuel, Henry Vizioz, faisant preuve d'ouverture d'esprit, utilisera la littérature juridique étrangère, plus spécifiquement allemande et italienne. Ce recours à de la doctrine étrangère n'allait pourtant pas de soi à l'époque, la fin de la Grande Guerre contre l'Allemagne s'étant terminée neuf ans avant la publication de son article « Observations sur l'étude de la procédure civile ». À côté de la littérature étrangère, il usera de la doctrine publiciste française. L'utilisation de la doctrine est en conséquence un pilier fondateur de la reconstruction de la procédure civile française.

8 Henry Vizioz estime que, pour « rechercher le but social des règles et des institutions de la procédure, [la doctrine doit faire] appel à l'histoire, au droit comparé, à la jurisprudence », et ce dans un objectif de fécondité du droit processuel (Vizioz, 2011, p. 15)[5]. Pour ce faire, il divise son raisonnement en deux parties : tout d'abord, il

regarde la doctrine étrangère ; ensuite, il évoque celle publiciste française.

9 En premier lieu, pour développer une « étude vraiment scientifique de la procédure » (Vizioz, 2011, p. 16), Henry Vizioz fait appel à la doctrine allemande. En effet, en lieu et place d'un repli sur le droit français à la suite de la Première Guerre mondiale, il démontre que les processualistes allemands avaient déjà une conception *scientifique* de la matière. Sans en résumer le contenu ni en faire la critique, il estime qu'il s'agit d'une « contribution précieuse […] non seulement à la science de la procédure mais à la science juridique en général » (*ibid.*, p. 17-18). Il est intéressant de mentionner que le droit allemand, qui réfléchit aux théories de l'action, de la juridiction et du jugement, est pour l'auteur tout ce que n'est pas le droit français. Le droit italien prendra exemple sur ces analyses allemandes. Henry Vizioz accorde d'ailleurs sa préférence au droit italien. Il évoque le Professeur Chiovenda, qui avait écrit les *Principes de droit processuel*. Ce dernier avait par ailleurs réduit le procès à deux notions maîtresses : l'action et le rapport processuel. Il est opportun d'indiquer que, si Henry Vizioz ne partagera pas l'ensemble des analyses de l'auteur italien, Chiovenda laisse toutefois « l'impression d'une construction solidement charpentée, dont toutes les parties se relient harmonieusement, d'une magnifique synthèse doctrinale de la procédure civile » (*ibid.*, p. 24). La doctrine française semble pourtant être restée réfractaire quant à ses analyses étrangères. En effet, la majorité des auteurs restait attachée au texte légal et ne se souciait guère des problèmes de fond. Seuls deux auteurs de droit privé semblent avoir pris en compte cette évolution (*ibid.*, p. 25) : René Japiot et Albert Tissier (Glasson, Tissier, 1926).

10 À côté de la doctrine étrangère, Henry Vizioz va étudier les auteurs publicistes qui avaient commencé à analyser la procédure sous un angle *scientifique*. Ainsi, seulement quatre ans après l'article « Observations sur l'étude de la procédure civile », il en publie un second, tout aussi fondateur, intitulé « Les notions fondamentales de la procédure civile et la doctrine française du droit public ». Dans sa préface des *Études de procédure*, M. Guinchard met en avant l'idée que rien dans le texte de 1927 ne laissait supposer qu'Henry Vizioz aurait un intérêt pour la doctrine publiciste (Guinchard, 2011). Il y consacrera pourtant 110 pages. En introduction de son article, Henry

Vizioz traite des notions fondamentales de procédure qui « dominent toute espèce de procès » (Vizioz, 2011, p. 53), à savoir celles de la juridiction, de l'action et de l'instance. Il va alors étudier quatre auteurs : Carré de Malberg, Duguit, Hauriou et Jèze. Les recherches menées par ces auteurs ont un double mérite. Premièrement, elles ont mis en lumière l'ampleur et la complexité des notions qui irriguent le droit procédural, plus généralement la théorie générale du droit ; deuxièmement, elles ont suscité un vif intérêt pour les problèmes de fond (*ibid.*, p. 54). Si Henry Vizioz fait appel à la doctrine publiciste pour étayer ses propos, c'est en raison de l'origine jurisprudentielle du droit public (*ibid.*, p. 55). N'ayant pas une règle légale comme source de droit, la jurisprudence et la doctrine publiciste ont dû dégager des principes, leurs conditions et leurs effets. Vizioz remarque toutefois que l'aspect procédural du droit public n'est pas à l'origine de ces réflexions, c'est au contraire la problématique de la séparation des pouvoirs qui en serait la source (*ibid.*, p. 58).

11 Avec le soutien de cette littérature juridique – étrangère et publiciste française – Henry Vizioz va offrir aux processualistes une lecture, voire une relecture, des théories de l'action, de la juridiction et de l'instance. Effectivement, il convient de rappeler que les ouvrages du XIXe siècle n'accordaient qu'une place restreinte à ces théories (*ibid.*, p. 27).

2. La théorie de l'action

12 Henry Vizioz a remarqué que les auteurs de procédure civile avaient tendance à rapprocher l'action de la compétence. Elle n'en était que le préambule (*ibid.*,). Sur la notion même de l'action, peu d'auteurs s'attardaient. Au contraire, ils ne s'intéressaient qu'à la classification des actions. Pour affiner sa théorie de l'action, il va faire référence aux auteurs de droit public, même s'ils « ne se sont guère souciés d'approfondir la théorie de l'action » (*ibid.*, p. 127). En effet, leur objectif était de « concentr[er] toute leur attention sur le détail d'une évolution jurisprudentielle dont ils discernaient l'importance pour le développement ultérieur de l'ensemble du droit administratif » (*ibid.*, p. 128).

13 Pour ces auteurs du XIXe siècle, l'action peut revêtir deux aspects : soit être le recours à la justice, soit être un aspect du droit lui-même que

le juge doit reconnaître et protéger (*ibid.*, 2011, p. 27-28). Pour le dire plus simplement, l'action était soit assimilée au droit d'accès aux tribunaux, soit au droit substantiel. La première conception est évidente ; la seconde est, quant à elle, plus récente. L'action serait donc « le pouvoir de réclamer en justice ce qui nous est dû ou ce qui nous appartient, […] la sanction, la garantie d'un autre droit : droit de créance ou droit réel. Or, la sanction est un corollaire du droit. Le droit implique donc l'action : elle lui est inhérente » (*ibid.*, p. 29-30). Cette analyse, issue des écrits de Démolombe énonçant que « l'action est le droit mis en mouvement, à l'état de guerre » (Démolombe, 1872, p. 201), sera toutefois remise en cause.

14 En effet, il était clairement énoncé qu'une action se fondait nécessairement sur un droit préexistant. Mais comment expliquer l'action publique ? ou encore le pourvoi dans l'intérêt de la loi ? En étudiant les écrits des auteurs de droit public, Henry Vizioz conforte son idée que l'action doit être distinguée du droit substantiel. À cet égard, Duguit, auteur de droit public, ne confondait pas l'action avec le droit déduit en justice. Il convient, de fait, de séparer l'action du droit qui la sous-tend. Une action peut être mise en œuvre sans invoquer un droit, tout simplement en alléguant la violation de la loi (Vizioz, 2011, p. 133). C'est exactement cette idée qui est mise en avant pour justifier l'action publique, l'action en nullité, car il n'y a pas de droit à la nullité ou encore l'ancienne action possessoire où la possession n'était pas un droit mais un simple fait[6]. Une même idée se trouve en droit public avec le recours en excès de pouvoir.

15 De plus, il était mis en avant que, pour *un* droit, il ne pouvait y avoir qu'*une* action. Il est pourtant possible de cumuler plusieurs actions se fondant sur un même droit, à l'instar du cumul de l'action publique et de l'action civile pour une seule et même infraction (*ibid.*, p. 32). Sur ce point, les auteurs du XIXe siècle se contredisaient puisqu'ils admettaient cette possibilité de cumul.

16 Enfin, si l'action se confond avec le droit, elle va aussi se confondre avec les conditions d'existence du droit (*ibid.*, p. 33). Il y en a quatre : le droit, l'intérêt, la qualité et la capacité. Reprenons-les successivement.

17 En premier lieu, pour intenter une action, il faudrait *un droit*. C'est évident, car l'action ne serait ici que le droit déduit en justice. Pour

autant, il est incompréhensible que le droit soit en lui-même une condition de l'action. Henry Vizioz explique cette analyse en remarquant qu'il y avait eu un recopiage des textes antérieurs : auparavant, l'action était distinguée du droit dont on demandait au juge la reconnaissance et la protection (*ibid.*). Ce qui n'est pas le cas dans les écrits de l'époque contemporaine d'Henry Vizioz : si l'action est le droit, le droit ne peut donc être une condition d'existence de l'action. La jurisprudence récente valide ce raisonnement [7].

18 Ensuite, il convient d'avoir *un intérêt*. Pour ces auteurs du XIXe siècle, cet intérêt va résider dans le droit contesté, méconnu ou violé. Ces derniers mettaient en lumière deux possibilités, à savoir l'intérêt légitime [8] pécuniaire ou moral et le préjudice qui ne s'était pas encore réalisé. Henry Vizioz va s'en étonner. En effet, comment est-il possible de concilier la recevabilité de l'action pour prévenir un dommage imminent avec l'idée que l'action suppose un droit contesté, méconnu ou violé ? Par conséquent, s'il est utile de s'adresser à la justice en cas de préjudice éventuel, il ne devrait pas y avoir d'action faute de droit contesté, méconnu ou violé. Le doyen bordelais estime alors que la définition de l'action est inexacte, sauf à admettre que le droit se met en mouvement dès lors qu'il risque d'être contesté, méconnu ou violé et non plus seulement dès qu'il l'est. Il est intéressant d'indiquer qu'à l'origine, le doyen Hauriou ne prenait en compte que l'intérêt (*ibid.*, p. 130), avant d'y rajouter le caractère légitime de cet intérêt.

19 Par la suite, Henry Vizioz évoque la qualité comme troisième condition. Les auteurs de l'époque ne s'entendaient pas sur sa définition : certains considéraient qu'il s'agissait du titre auquel on figurait dans l'acte juridique ou dans le procès (est-ce alors vraiment une condition ?) ; pour d'autres, il s'agissait de la faculté légale d'agir en justice. Tous étaient d'accord, en revanche, pour dire que la qualité était celle du titulaire du droit litigieux. Pour autant, Henry Vizioz s'étonne encore :

> « Mais si, avoir qualité, c'est être titulaire du droit litigieux, la faculté légale d'agir en justice se confond avec le droit muni d'action, avec l'action. La qualité s'évanouit. Du moins on ne peut plus y voir une condition spéciale d'exercice des actions. » (*ibid.*, p. 35)

20 Il est des hypothèses où ce n'est pas le titulaire du droit qui agit en justice mais un tiers, à l'image de la représentation en justice. Dans cette hypothèse, ce ne serait pas vers l'action qu'il faudrait se tourner pour Henry Vizioz, mais vers l'instance et ses conditions. Les auteurs n'ont donc pas examiné sous « [son] véritable jour » (*ibid.*) l'action. Aujourd'hui encore, la qualité est une condition d'existence de l'action (Guinchard *et al.*, 2022, p. 173-206).

21 Pour terminer, Vizioz se questionne sur la condition de capacité. De nos jours, elle n'est pas une condition d'existence de l'action, mais de régularité de son exercice (Guinchard *et al.*, 2022, p. 159). Ainsi, pour le doyen bordelais, toute personne peut plaider sauf si elle a été déclarée incapable par la loi. Dès lors, si l'action se confond avec le droit, la capacité pour exercer l'action devrait être la même que celle requise pour exercer le droit. Cependant, Vizioz remarquait que tel n'était pas toujours le cas. Pour illustrer ses propos, il donnait l'exemple d'une femme mariée non séparée de corps ne pouvant ester en justice sans l'accord de son mari, alors qu'elle avait pu faire seule l'acte litigieux. Bien entendu, cet aspect a disparu avec la réforme du 18 février 1938 qui a permis aux femmes mariées d'ester en justice sans l'autorisation de leur mari (Vizioz, 2011, p. 215).

22 Mais alors qu'est-ce que l'action ? Les processualistes français ne se sont pas posé cette question. Il faut se tourner vers les auteurs de droit public. Duguit estimait que l'action était la voie de droit par excellence. Il s'agit pour le plaideur de la Faculté de s'adresser au juge. Cependant, il réfutait l'analyse qui assimilait l'action à un droit subjectif distinct. En effet, il énonçait l'impossibilité de déterminer qui était le sujet passif de ce droit : était-ce le plaideur ? le défendeur ? Il est au surplus des hypothèses où il n'y a pas de défendeur et, s'il y en a un, aucune obligation ne s'impose à lui (*ibid.*, p. 138). Cette analyse va pourtant à l'encontre de la théorie de Chiovenda qui voyait dans l'action un droit *subjectif* sans obligation correspondante. Théorie que réfutera Henry Vizioz (*ibid.*, p. 139, note 1). En définitive, pour Duguit, l'action est la demande en justice. Théorie que réfutera encore Henry Vizioz (*ibid.*, p. 145-147), puisque « la possibilité de mettre en mouvement une voie de droit ne saurait être confondue avec la voie de droit elle-même, ni avec la demande en justice, car la demande met en œuvre la voie de droit, et n'est donc pas la simple possibilité de la mettre en œuvre » (*ibid.*, p. 145). Il faut alors se

tourner vers Jèze pour trouver la théorie de l'action qui sera validée par Henry Vizioz : c'est un pouvoir légal, impersonnel et objectif. Ce n'est donc pas un droit à proprement parler ; l'action est une « situation légale impersonnelle, objective, un *status* » (*ibid.*, p. 148). Ainsi, pour reprendre les propos de l'auteur :

> « Tout justiciable dispose en effet de ce pouvoir ; il est créé et réglé exclusivement et impersonnellement par la loi, il est le même pour tous les individus qui se trouvent dans les conditions fixées par la loi ; il est permanent ; il peut être exercé indéfiniment et son exercice n'empêche pas le justiciable de recourir de nouveau à la justice ; il ne peut faire l'objet d'une renonciation générale, absolue : si un citoyen déclarait d'une manière générale ne plus vouloir s'adresser à la justice en cas de différend, cette renonciation ne produirait aucun effet. » (*ibid.*)

23 L'action ne doit pas se confondre avec le droit déduit en justice, c'est un pouvoir qui est général, impersonnel et objectif qui va se traduire par un acte juridique, à savoir la demande en justice. Cette théorie diffère de celle des processualistes classiques qui voyaient dans le droit d'action un pouvoir subjectif, alors que Jèze y voit un droit objectif. Conception validée par Henry Vizioz qui écrivit :

> « Et il semble bien que l'action, que le pouvoir d'agir en justice, pouvoir général directement accordé par le droit objectif, présente, quel que soit l'aspect sous lequel on l'envisage, un caractère nettement objectif. » (*ibid.*, p. 150)

24 La conception défendue par Henry Vizioz n'est pas celle qui sera retenue à l'aune de la réforme de la procédure civile. Effectivement, Motulsky estimera que cette analyse entraînerait une confusion entre les notions d'action et d'accès aux tribunaux (Motulsky, 1964, p. 215). En conséquence, l'action a pour nature d'être un droit subjectif autonome distinct du droit substantiel (Terré, 2015, p. 576 ; Cadiet, Jeuland, 2020, p. 291). L'action est définie comme un véritable droit d'agir ou d'être entendu par l'article 30 du Code de procédure civile qui opère bien une distinction entre le droit et l'action. Cela n'est pas exempt de critique. M. Guinchard reprendra à son compte en partie la théorie d'Henry Vizioz voyant dans l'action une prérogative légale facultative (Guinchard *et al.*, 2022, p. 135), voire un droit fondamental.

25 À côté de cette théorie de l'action, Henry Vizioz s'est aussi interrogé sur la théorie de la juridiction.

3. La théorie de la juridiction

26 Dans son article « Observations sur l'étude de la procédure civile », Henry Vizioz constate que peu d'auteurs, si ce n'est aucun, ont étudié la théorie de la juridiction. Selon lui, il n'est pas possible d'analyser les considérations générales des ouvrages sur le *pouvoir judiciaire* comme étant une théorie de la juridiction (Vizioz, 2011, p. 38). Une idée est toutefois en germe dans ces propos. Les auteurs qui opèrent une classification des jugements et qui distinguent la juridiction contentieuse de la juridiction gracieuse ne touchent que parcellairement à la théorie de la juridiction. La fonction juridictionnelle qui est présente dans la juridiction contentieuse va consister à trancher des contestations et des différends (*ibid.*, p. 41). Toutefois, Henry Vizioz se pose de nombreuses questions à la suite de cette définition :

> « Mais quand peut-on dire qu'il existe une contestation ? Et au moyen de quels actes se réalise cette fonction ? Quels sont les caractères spécifiques de l'acte de juridiction, qui permettront de le reconnaître et de le séparer des autres actes du juge ? » (*ibid.*, p. 41-42)

27 Les auteurs de l'époque n'apportent aucune réponse précise à ces problèmes. Sur ce point, le doyen bordelais estime que la doctrine avait une vénération pour ses devanciers sur cette théorie de la juridiction, à l'instar d'Henrion de Pansey et de son ouvrage *De l'autorité judiciaire en France*. La doctrine étant fuyante sur le sujet, il est assez remarquable que les effets des jugements, plus particulièrement l'autorité de la chose jugée, aient pu être analysés. D'une plume acerbe, Henry Vizioz rétorque que c'est la présence dans le Code civil de l'autorité de la chose jugée – à l'article 1351 – qui a entraîné des écrits. Sans le secours de la doctrine civiliste, certains éléments n'auraient quasiment pas été étudiés. Il s'agit par exemple de la nature des jugements avant dire droit (Castanier, 2018), des ordonnances de référé, des ordonnances sur requête – qui seraient pour l'auteur des actes administratifs du point de vue matériel (Vizioz, 2011, p. 243-247) – ou encore de la nature du recours en cassation. Au sein

de son second article fondateur, « Les notions fondamentales de la procédure civile et la doctrine française du droit public », Henry Vizioz remarque que deux écoles s'opposent quant à la théorie de la juridiction : certains caractérisent la fonction juridictionnelle d'un point de vue formel, tandis que d'autres l'envisagent d'un point de vue matériel. Pour étayer ses propos, le doyen bordelais fait encore appel aux auteurs de droit public.

28 Il commence par évoquer Carré de Malberg pour qui la fonction juridictionnelle était liée au formalisme. En d'autres mots, celle-ci ne peut se caractériser d'après son objet qui est soit de trancher des litiges, soit de dire le droit (*ibid.*, p. 60-61). En effet, pour l'auteur de droit public, le juge peut créer du droit pour éviter le déni de justice. Matériellement, rien ne distingue l'acte législatif ou l'acte administratif de l'acte juridictionnel. Formellement, il y a des distinctions. Premièrement, le juge est limité au litige et sa décision n'engendrera du droit qu'*inter partes*. Deuxièmement, les règles organisant l'autorité juridictionnelle justifient la valeur singulière des décisions de justice qui ont autorité de chose jugée (*ibid.*, p. 69). Henry Vizioz rejette complètement cette théorie : elle est « propre à entretenir l'obscurité et la confusion » (*ibid.*, p. 71). En effet, si l'on se fonde essentiellement sur la forme, il n'y a aucune explication pour que des actes d'un même tribunal accomplis avec les mêmes formes aient des effets variés. C'est par exemple le cas des mesures d'administration judiciaire prises par une juge et qui ne sont pas des actes juridictionnels ou des autorités administratives indépendantes qui prennent des décisions juridictionnelles sans être des juridictions [9]. Cette théorie ne se fondait alors que sur la qualité de l'organe.

29 Par la suite, Vizioz réunit les théories de Jèze et de Duguit qui se caractérisent par un point de vue matériel. Ce n'est pas la *qualité* des organes qui est essentielle mais la nature des actes accomplis. Il faut alors étudier l'acte juridique en lui-même. Pour le premier auteur, Jèze, l'acte juridique « est une manifestation de volonté en exercice d'un pouvoir légal, en vue de produire un effet de droit » (Vizioz, 2011, p. 74). C'est donc le contenu de l'acte qui va être le critère de distinction. Si cet acte *constate* une situation juridique préexistante générale ou individuelle, voire un fait, c'est un acte juridictionnel. La constatation seule ne suffit pas ; cet acte doit avoir force de vérité légale, c'est-à-dire autorité de chose jugée (*ibid.*, p. 75). Henry Vizioz critique

cette théorie car il dépend du seul législateur qu'une constatation soit ou non un acte de juridiction. Si le législateur ne se prononce pas, il faudra interpréter sa volonté. Selon le doyen bordelais « on risque d'être entraîné à des solutions hasardeuses et empiriques ou à des assimilations contestables » (*ibid.*, p. 78). De plus, au regard de cette théorie, ce sont les effets de l'acte qui en déterminent la nature. Le raisonnement est faussé par inversion. Le second auteur, Duguit, se focalise sur la structure de l'acte. Un élément nouveau se trouve dans l'acte juridictionnel : la *prétention*. Cette dernière soumet au juge une question de droit qu'il doit résoudre par le biais d'une solution, d'une *constatation*. Celle-ci aura force de vérité légale. L'acte juridictionnel est un acte complexe (*ibid.*, p. 86) comportant une *prétention*, une *constatation* et une *décision* qui est la conséquence directe de la constatation et qui vise à sa réalisation concrète. Henry Vizioz critique la théorie. Il est difficile de déterminer quel est l'élément déterminant de l'acte juridictionnel. Est-ce le volet décision ? est-ce le volet constatation ? ou sont-ce les deux combinés ? Sur ce dernier point, il a remarqué que des actes administratifs étaient des décisions sans pour autant être qualifiés d'acte juridictionnel. En outre, M. Guinchard se demande si ce n'est pas le seul volet *constatation* qui est important, car il remarque que la prétention est extérieure à l'acte et que de nombreux actes juridictionnels n'ont pas de décision consécutive (Guinchard *et al.*, 2022, p. 823). C'est notamment le cas des questions préjudicielles. Au regard de ces deux théories, Henry Vizioz estime qu'il y a juridiction dès lors que l'agent public vient trancher une question de droit – une *prétention* –, qu'il la résout par le biais d'une constatation certaine généralement suivie d'une décision. Cependant, ce n'est pas au législateur de déterminer si c'est un acte de juridiction, il faut seulement « rechercher simplement si l'agent public est ou non intervenu avant tout pour résoudre une question de droit, pour statuer sur une prétention d'ordre juridique » (Vizioz, 2011, p. 94). Il termine ainsi son exposé, passage qui mérite d'être repris *in extenso* :

> « Quoi qu'il en soit de cette question, l'exposé qui précède n'autorise-t-il pas à conclure que c'est ici la fonction qui appelle l'acte et non l'acte qui appelle la fonction ? Ce n'est point de l'existence d'actes juridictionnels ayant une nature spécifique qu'on peut induire l'existence d'une fonction juridictionnelle distincte, mais c'est parce

> qu'une fonction spéciale s'impose à l'État, fonction qui consiste à trancher des prétentions, qu'il existe des actes présentant un caractère propre, adapté à l'objet de cette fonction : la nature de l'acte juridictionnel est donc d'ordre "fonctionnel". Autant dire que les fonctions de l'État, tout au moins la fonction juridictionnelle, doivent être caractérisées et différenciées d'après leur objet, qu'elles ne peuvent pas l'être exclusivement d'après la nature interne, le contenu des actes par lesquels elles se traduisent. » (Vizioz, 2011, p. 97)

30 Pour conclure sur la théorie de la juridiction, Henry Vizioz fait appel à Hauriou. Ce dernier énonce que trois éléments sont importants : une contestation, une acceptation des parties à régler pacifiquement le litige et un juge public (*ibid.*, p. 99). Il est intéressant de mentionner que l'analyse d'Hauriou ne fait pas mention de la théorie de la juridiction. Il parle plutôt du contentieux. Il apparaît toutefois aux yeux d'Henry Vizioz que les deux sont similaires (*ibid.*, p. 107). La théorie de cet auteur de droit public se fonde principalement sur l'idée d'une contestation. Cependant, l'absence même d'une contestation ne permet pas de refuser à un acte tout caractère juridictionnel, à l'image de la *prétention unilatérale*. Il s'agit par exemple du recours pour excès de pouvoir (*ibid.*, p. 109 ; Guinchard *et al.*, 2022, p. 822) ou encore du pourvoi en cassation dans l'intérêt de la loi par le procureur général près la Cour de cassation. *In fine*, la théorie d'Hauriou se place tant au point de vue matériel – une contestation – que formel – un juge public qui statue à la suite d'une instance contradictoire, acceptée par les plaideurs et dont la décision aura autorité de chose jugée. Henry Vizioz ne souscrit pas à cette théorie : il réaffirme l'idée que la fonction juridictionnelle se définit par rapport à son objet qui est de trancher des prétentions de droit (Vizioz, 2011, p. 122) ce qui permet d'en avoir une notion précise. C'est donc le critère matériel qui doit prédominer (*ibid.*, p. 239).

31 La conception défendue par Vizioz se focalisant essentiellement sur le critère matériel est de nos jours toujours prise en considération. Par ailleurs, il avait admis les deux effets de l'acte juridictionnel, à savoir le dessaisissement du juge et l'autorité de la chose jugée (*ibid.*, p. 238). Il faut toutefois faire mention d'une dernière théorie qui n'avait pas été évoquée par Henry Vizioz et à laquelle il n'accordait que peu d'importance : la conception téléologique. Issue des écrits de Guillien de 1931 et reprise par M. Guinchard, cette analyse se fonde

sur le but de l'acte, sa finalité (Guinchard *et al.*, 2022, p. 823). L'acte juridictionnel constate l'atteinte au droit, il devient un « pur acte de l'intelligence » (*ibid.*, p. 824). Il apparaît toutefois que ces différentes théories n'ont pas résolu le problème de la définition de l'acte juridictionnel. Une combinaison du critère formel et du critère matériel doit en conséquence être mise en œuvre :

> « Il est en effet des actes qui, tout en étant juridictionnels au point de vue matériel, ne le sont pas au point de vue formel : cela se produit, par exemple, lorsqu'un fonctionnaire a le droit d'annuler l'acte d'un subordonné pour illégalité. Cette annulation a la nature d'un jugement, mais n'est pas entourée des garanties organiques et procédurales. » (*ibid.*, p. 826)

32 Cette position médiane est celle qui est mise en œuvre par la Cour européenne des droits de l'homme qui définit une juridiction comme un organe qui « tranche, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence [10] ».

33 À côté des théories de l'action et de la juridiction, Henry Vizioz s'est aussi interrogé sur la théorie de l'instance.

4. La théorie de l'instance

34 Un constat s'impose quant à la théorie de l'instance. Ni les auteurs de droit privé ni les auteurs de droit public ne se sont véritablement intéressés à la définition du procès. Ce terme a alors deux acceptions pour les auteurs : soit au sens du litige, soit au sens de la procédure jugée (Vizioz, 2011, p. 45). Mais la doctrine se contentait d'examiner l'aspect extérieur du procès, sa forme jugée (*ibid.*, p. 45 et p. 150). En d'autres termes il n'y avait aucun questionnement sur des problèmes de fond, à l'instar de la notion de parties, des conditions de formation de l'instance, de ses éléments constitutifs ou de sa nature. Henry Vizioz remarque pourtant une divergence entre Duguit et Jèze quant à la demande en justice : il se ralliera d'ailleurs à la conception du second en analysant la demande en justice comme un acte-condition jugée (*ibid.*, p. 155). Un point mérite notre attention, à savoir la notion de parties (Veyre, 2019). La conception d'Henry Vizioz sera prémonitoire (Guinchard, 2011). En effet, il énonce que la demande en justice

ne fait pas naître un rapport de créance, d'obligation entre le demandeur et le défendeur. Si ce dernier refuse de réaliser les actes du procès, il sera jugé par défaut. Il sera condamné non pas en raison d'une sanction de son défaut, mais bien parce que la prétention du demandeur sera considérée comme bien fondée (Vizioz, 2011, p. 160). À titre d'exemple, la Cour de cassation a examiné cette notion de parties à l'aune de l'éventuel appel des candidats évincés de la reprise d'une entreprise en difficulté qui n'ont pas été considérées comme des parties[11]. Ainsi, pour continuer son exposé de droit comparé, Vizioz évoque Hauriou. Pour ce dernier, une partie est le « plaideur complètement subordonné à l'instance et la qualité de partie n'intervient que dans la question du défaut, des dépens et de l'autorité de la chose jugée » ou, plus généralement, « le[s] plaideur[s] qui invoque[nt] des droits » (*ibid.*, p. 158-159). Jèze, quant à lui, se contente de définir les parties comme les particuliers figurant au procès (*ibid.*, p. 159). Henry Vizioz s'étonne de ce désintérêt. En effet, la notion de parties est cruciale. Il remarque que la définition traditionnelle de la notion ne peut s'appliquer dans le domaine processuel. Ainsi, une *partie* dans le droit des contrats est *l'auteur* d'un acte juridique qui va s'opposer au *tiers* (*ibid.*, p. 158, note 1). Mais, en droit processuel, le juge est l'auteur du jugement – acte juridique –, non les plaideurs : c'est le premier qui devrait recevoir le qualificatif de partie. Cette analyse peut s'expliquer par la controverse qui a existé quant à la nature contractuelle ou quasi-contractuelle du lien d'instance. Une telle conception est erronée. D'une part, l'origine de l'action du demandeur ne se trouve pas dans un contrat passé mais est au contraire au sein de la loi. D'autre part, le défendeur subit le procès et, même s'il ne comparaît pas, il sera jugé (Guinchard *et al.*, 2022, p. 359). En conséquence, le doyen bordelais énonce que le qualificatif de partie est plus large que les personnes ayant participé aux actes du procès (exemple du défaillant) ; c'est plutôt une « situation juridique de caractère objectif » (Vizioz, 2011, p. 158, note 1).

35 Dans ses deux articles fondateurs « Observations sur l'étude de la procédure civile » et « Les notions fondamentales de la procédure civile et la doctrine française du droit public », Vizioz ne développe pas de manière approfondie cette théorie de l'instance. Il faut donc se référer à la partie spéciale des *Études de procédure* pour mettre en lumière toute sa pensée. Il remarque par exemple l'existence de *prin-*

cipes directeurs[12], à l'image du principe du contradictoire ou de celui d'impulsion (Guinchard et *al.*, 2022, p. 387). Ce dernier énonce que ce sont les parties qui sont à l'origine de l'instance ; celui du contradictoire – souvent confondu avec les droits de la défense (Vizioz, 2011, p. 443) – implique selon Henry Vizioz « la liberté pour les parties, leurs représentants ou leurs défenseurs de faire connaître au juge tout ce qui est nécessaire ou utile au succès de leurs demandes, tout ce qui peut concourir à la manifestation de la vérité » (*ibid.*, p. 443-444). Ce principe a une *portée générale*, car il s'applique à « toute espèce de procès juridictionnel, qu'il soit civil, administratif, pénal ou disciplinaire » (*ibid.*, p. 447). C'est à ce titre que Vizioz considère que ce principe est « la garantie d'une élémentaire justice » (*ibid.*). D'autant plus que le contradictoire est opposable au juge : il ne peut asseoir sa décision sur des éléments qui n'auraient pas été discutés par les parties (*ibid.*, p. 448). Si la théorie de l'instance d'Henry Vizioz s'est limitée aux questions du contradictoire, elle reste pour autant d'actualité.

36 En conclusion de son article « Les notions fondamentales de la procédure civile et la doctrine française du droit public », Henry Vizioz apprécie la contribution des auteurs du droit public à la science de la procédure. Ainsi, il énonce clairement :

> « On est encore plus convaincu, après les avoir lus, qu'il est impossible d'élaborer des théories satisfaisantes de l'action, de la juridiction, de l'instance, en s'attachant exclusivement au procès civil, que ces théories dominent tous les types de procès et leur sont communes. Les erreurs ou les lacunes des processualistes tiennent en partie à ce qu'ils n'ont pas voulu ou su s'élever à cette vision d'ensemble. » (*ibid.*, p. 161)

37 La puissance de la pensée d'Henry Vizioz ne sera égalée que par Motulsky (Guinchard, 2011). Il est le premier à envisager la procédure civile autrement que sous son aspect formaliste : par la prise en compte des théories de l'action, de la juridiction et de l'instance, il évoque les problèmes de fond de la matière. De nos jours, les traités et manuels de procédure civile continuent à élaborer leur plan en se fondant sur les théories conceptualisées par le doyen bordelais. Il est cependant envisageable d'opérer une critique de l'analyse d'Henry Vizioz en ce sens qu'elle n'est qu'une ébauche (*ibid.*). Ainsi, s'il avait

envisagé de son vivant de publier un *traité de procédure civile*, celui-ci n'était pas un *traité de droit processuel*[13]. Dans ses notes de jurisprudence, Vizioz n'opère pas de comparaison des différents procès, il se contente d'évoquer la procédure civile. Ce n'est que Motulsky qui rédigera le premier véritable ouvrage de droit processuel. À cet égard, M. Guinchard n'hésite pas à énoncer que « le droit processuel est en réalité une théorie générale du procès axée sur les théories de l'action, de la juridiction et de l'instance, mais [qu']aucun élément des deux autres contentieux ne vient conforter sa pensée […] » (*ibid.*). De même, le droit processuel envisagé par Henry Vizioz n'est pas celui en vigueur aujourd'hui. Les droits fondamentaux s'insèrent désormais à l'intérieur de la matière, la procédure étant devenue « un instrument de mesure de l'effectivité de la démocratie dans notre pays » (*ibid.*). Un aspect de la pensée d'Henry Vizioz serait de nos jours insoutenable : il n'opère pas de critique du statut vichyste des juifs s'agissant des actions déclaratoires de la « race juive » (*ibid.*). Ne remettant pas en cause la légitimité de la législation, il demeure dans ce domaine d'une froide technicité (*ibid.*, p. 197-200).

38 Concluons cet article en citant la conclusion d'Henry Vizioz à son article « Les notions fondamentales de la procédure civile et la doctrine française du droit public » :

> « [La doctrine de la procédure] témoigne d'ailleurs avec force qu'au-dessus des théories et des notions techniques propres à chaque branche, il existe des théories, des notions générales et communes sur lesquelles il faut de toute nécessité, pour un progrès durable de la science du droit, que les juristes de toute catégorie finissent par s'entendre. » (*ibid.*, p. 163-164)

BIBLIOGRAPHIE

Cadiet L., Jeuland E., 2020, *Droit judiciaire privé*, 11e éd., Paris, LexisNexis

Cadiet L., Normand J., Amrani Mekki S., 2020, *Théorie générale du procès*, 3e éd., Paris, PUF

Castanier K., 2018, « Réflexions *de lege feranda* autour des jugements avant-dire droit », *Revue de la recherche juridique*, n° 3, p. 1097-1109

Demolombe Ch., 1872, *Cours de Code civil*, t. 9, Paris, Hachette et Cie

Fatal S., 2018, « Le *diritto processuale civile* de l'Italie post-unitaire (1865-années 1920) », *Mélanges de l'École française de Rome. Italie et méditerranée modernes et contemporaine*, vol. 130, nº 2, p. 365-380

Frison-Roche M., Baranes W., Robert J.-H., 1993, « Pour le droit processuel », *Recueil Dalloz*, p. 9-11

Gény F., 1919, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, t. 1, 2e éd., Paris, LGDJ

Glasson E., Tissier A., 1926, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, t. 2, 3e éd., Paris, Sirey

Guinchard S., 2011, « Préface », dans H. Vizioz H., *Études de procédure*, Paris, Dalloz

Guinchard S., Ferrand F., Chainais C., Mayer L., 2022, *Procédure civile*, 36e éd., Paris, Dalloz

Guinchard S., Varinard A., Debard Th., 2021, *Institutions juridictionnelles*, 16e éd., Paris, Dalloz

Malherbe M., 1996, *La faculté de droit de Bordeaux* (1870-1970), Talence, Presses universitaires de Bordeaux

Motulsky H., 1973, *Droit processuel*, textes recueillis et mis en corrélation avec la loi relative à la réforme de la procédure civile par M.-M. Capel, Paris, Éditions Montchrestien

Motulsky H., 1965, « L'action en justice et le droit subjectif », *Archives de la philosophie du droit*, t. IX, p. 215-230

Terre F., 2015, *Introduction au droit*, 10e éd., Paris, Dalloz

Veyre L., 2019, *La notion de partie en procédure civile*, Paris, IRJS Éditions

Vizioz H., 2011 [1931], *Études de procédure*, Paris, Dalloz

NOTES

1 Cet article constitue la version développée d'une conférence donnée à la Faculté de droit et de science politique de l'Université de Rennes, le 10 mai 2022, dans le cadre du cycle de conférences « Le droit selon… », organisé par M. le Professeur Olivier Serra. L'auteur souhaite d'ailleurs renouveler ses remerciements au Professeur Serra pour lui avoir donné l'opportunité d'effectuer cette conférence et au Professeur Desgorces pour le choix du thème.

2 Cette vocation ne semble pas l'avoir quitté, puisqu'il n'hésitait pas, une fois doyen, à dépanner sur ses propres deniers les étudiants peu fortunés que les appariteurs de la Faculté de droit de Bordeaux lui signalaient.

3 La cause de l'accident de l'hydravion demeure inexpliquée. Au regard des nombreux débris flottants, la seule hypothèse serait une explosion.

4 À l'initiative de l'Organisation socioculturelle de Bordeaux IV, l'amphithéâtre Roger Bonnard de la Faculté de droit de Bordeaux fut débaptisé en raison du soutien de ce juriste au régime de maréchal Pétain. Elle le souhaite aussi pour l'amphithéâtre Henry Vizioz. S'il ne peut être nié que Vizioz était un soutien du Maréchal, il ne semble pas avoir soutenu le régime hitlérien. Il a ainsi fait preuve d'une résistance passive en acceptant tous les étudiants juifs lorsqu'il était membre d'une commission chargée de statuer sur l'admission des étudiants juifs. Refuser une admission revenait tout simplement à les dénoncer au régime de Vichy.

5 En effet, l'auteur remarque que « le droit comparé, en montrant la voie où s'engagent aujourd'hui d'autres peuples, les résultats de leurs expériences récentes et les tendances qu'elles traduisent, fournira aussi de précieux enseignements, qu'il s'agira d'utiliser avec discrétion, sans vouloir en tirer des solutions directement applicables à notre droit positif. Ici comme ailleurs et peut-être plus qu'ailleurs, il faut, en effet, tenir compte des traditions et des habitudes de chaque pays, des particularités de sa constitution politique et sociale ».

6 Les actions possessoires ont été supprimées par la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures et par le décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile.

7 L'existence du droit n'est pas une condition de l'action, voir Cass., 3e civ., 5 février 1997.

8 L'exigence d'un intérêt légitime est toujours présente au sein de l'article 31 du Code de procédure civile et illustre toujours cette confusion entre l'action et le droit substantiel. En effet, ce caractère légitime fait passer de l'examen de la recevabilité de l'action à celui du bien-fondé de la prétention.

9 Voir Cons. const., 23 janvier 1987 pour l'autorité de la concurrence et Cons. const., 28 juillet 1989 pour l'autorité des marchés financiers.

10 Cour EDH, 22 octobre 1984, *Sramek c/ Autriche*, n° 8790/79.

11 Cass. com., 22 mars 1988, nos 87-15.901 et 87-15.902.

12 Cette terminologie est présente dans le plan adopté pour présenter les *Études de procédure*.

13 Voir à cet égard le plan évoqué dans la seconde partie des *Études de procédure*, il s'agit purement et simplement d'un plan de procédure civile.

RÉSUMÉ

Français
Cet article issu d'une conférence donnée à l'Université de Rennes permet d'étudier la pensée juridique d'Henry Vizioz dans le domaine de la procédure civile. Il est retracé sa prise en compte de la doctrine étrangère – allemande et italienne – et publiciste pour critiquer l'aspect formaliste de la procédure civile qui ne faisait qu'une application exégétique du Code de procédure civile et ainsi développer les théories de l'action, de l'instance et de la juridiction. Henry Vizioz est un précurseur dans la prise en compte des principes directeurs du procès civil par le biais du droit processuel. Les écrits de l'auteur ont aussi été étudiés en contemplation du droit positif pour affiner ses théories.

INDEX

Mots-clés
Henry Vizioz, procédure civile, action, juridiction, instance

AUTEUR

Kévin Castanier
Maître de conférences, Université de Rouen Normandie, Centre universitaire rouennais d'études juridiques (CUREJ – UR 4703), membre associé à l'IODE, Univ Rennes, CNRS (UMR CNRS 6262) ; kevin.castanier@univ-rennes.fr