



Bertrand du Marais : « Stabilité des relations économiques internationales et confiance juridique vont de pair »

Diplômé de l'ESSEC (1985) et ancien élève de l'ENA (1989), Bertrand du Marais est conseiller d'État. Son expertise juridique est riche d'une double expérience : d'une part professionnelle, avec des années de pratique dans la haute fonction publique ou auprès d'institutions internationales ; et d'autre part universitaire, grâce à plus d'une

décennie d'enseignement du droit public et de recherche. De cette connaissance à la fois pragmatique et académique, Bertrand du Marais a mûri une réflexion pointue sur les interactions entre le droit et les sciences économiques, problématique d'ailleurs abordée par l'influent think tank FIDES qu'il a cofondé et préside. Les échanges accordés à Socle mettent en lumière les mécaniques qui régissent notre société, voire qui l'entravent. Ils ouvrent aussi la porte à une approche alternative.

Pourquoi Socle ?

En un temps où les repères au sein des sociétés humaines s'estompent ou semblent voler en éclats, chacun s'accorde à reconnaître qu'il « faut recréer du lien social ».

Mais un tel impératif ne se décrète pas. Il naît du vécu et du réel, il s'affermi au fil du temps, au cœur de sociétés tout à la fois ouvertes sur le monde et ancrées dans leurs territoires. En ce sens, cette vertu (au sens romain de vertu) qu'est la confiance s'impose en douceur, en tout temps et en tous lieux, comme le socle du bien commun.

C'est pour y réfléchir avec vous, mois après mois, que nous engageons ici, avec des experts venant de tous les horizons, une réflexion de fond sur la crise de confiance que nous traversons.

Car pour que société puisse rimer avec liberté, il faut un socle solide qui se nomme confiance, qualité décidément éternelle et universelle.

**Gens de
Confiance**

Comment le droit anglo-saxon s'est-il peu à peu imposé dans les transactions internationales ?

Depuis les années 1990-2000, s'est développé, au sein de l'analyse économique du droit (*Law and Economics*), d'origine américaine, le courant *Law and Finance* qui consiste, d'une part, à aborder le droit en partant du point de vue des économistes et, d'autre part, à supposer une supériorité universelle du droit anglo-saxon dans la facilitation des transactions économiques. Ce courant, fort influent dans le monde entier, se traduit par toute une série d'indicateurs, ces indices synthétiques censés condenser en un seul chiffre l'effet du cadre juridique sur la vie des affaires. Ces indicateurs sont transformés en classements internationaux afin de faciliter la prise de décision. Créés par des institutions internationales (Banque mondiale, OCDE, Forum économique mondial de Davos, etc.), ils répondent au besoin d'information facilement disponible de nombre d'acteurs économiques (investisseurs, agences de notation financière, banques...)

Cette approche, cette « vulgate économisante » comme j'aime à la décrire,

conduit de fait à la standardisation du droit. Or toute construction d'un indicateur se révèle nécessairement biaisée – par les préférences de ses créateurs, le contexte, etc., sans compter la possibilité de manipulations comme l'a montré en septembre 2021 le scandale de l'index de « facilité des affaires » de la Banque mondiale.

Le mouvement *Law and Finance* présuppose en outre que la diversité des systèmes juridiques dans le monde génère des coûts empêchant le développement économique. Il propose d'y remédier en imposant un cadre juridique unique pour toute transaction internationale : le droit anglo-américain.

Cette approche me paraît erronée pour deux raisons. Premièrement, si la diversité du droit crée des coûts de *transaction* pour l'investisseur international, sa standardisation génère également des coûts de *transition*, mais qui se retrouvent supportés entièrement par le pays accueillant l'investissement ! Dans le cas classique d'un investissement émanant d'un pays occidental vers un pays en développement, l'investisseur considérera comme normal que le pays bénéficiaire se conforme aux règles juridiques de son

propre environnement – le plus souvent le droit anglo-américain –, et qu'il en supporte les coûts induits. On connaît par exemple le coût faramineux supporté par les pays de l'ex-bloc soviétique afin d'assurer leur transition économique.

Deuxièmement, une transaction ne peut réussir que si les deux parties se font confiance, étant entendu que la confiance se fonde avant tout sur une compréhension mutuelle. Or la standardisation du droit ne crée qu'une fausse sécurité juridique : elle berce d'illusions l'investisseur étranger en lui affirmant que le pays d'accueil fonctionne selon le même paradigme juridique, culturel, cognitif... mais c'est faux. La perception des concepts

Une transaction ne peut réussir sans la confiance, qui se fonde avant tout sur une compréhension mutuelle

juridiques diffère d'un pays à l'autre. Au lieu de s'obstiner dans la création de standards, coûteux et ignorant la diversité des cultures juridiques, mieux vau-

drait créer des clés de transposition pour aider à la compréhension de chaque environnement. Dans les années 2000 par exemple, des analystes ont pu saluer le premier Code civil chinois comme consacrant la propriété privée de la terre. Or il fallait plutôt le comparer à l'usage du domaine public français ou aux baux emphytéotiques des immeubles londoniens, un terrain pouvant être négocié tout en restant propriété de la collectivité.

Un tel effort de traduction d'une réalité locale dans le droit de l'autre partie est certes compliqué et nécessite acculturation et approche pluridisciplinaire. Mais il n'est pas plus coûteux que d'entretenir des batteries d'indicateurs imposant une mise en conformité. La prise en compte de cette « jurisdiversité » est gage de confiance dans une transaction car elle produit moins de distorsions dans la société locale : la confiance par la compréhension du droit de l'autre partie constitue la véritable attractivité économique du droit. En somme, la stabilité des relations économiques mondialisées suppose un solide socle de confiance juridique fondé sur le respect des diversités culturelles.

En tant que membre de la CNIL (Commission nationale de l'informatique et des libertés), que pensez-vous du RGPD, règlement général de l'Union européenne sur la protection des données ? L'Europe serait-elle ici en avance sur le reste du monde, notamment les États-Unis et la Chine ?

Le RGPD est un texte précieux, une véritable réussite européenne, en avance sur le reste du monde, et devenue modèle de référence à l'échelle internationale. Il est l'un des seuls instruments

juridiques à être aussi complet et cohérent, tout en conciliant deux objectifs distincts : d'une part, la protection des données personnelles et, d'autre part, la libre circulation de ces données entre « pairs » en vue de faciliter le développement de l'économie numérique. Il est très inspiré de la loi française « Informatique et libertés » de 1978.

L'Union européenne se devait de réglementer la protection des données car nous sommes le premier marché mondial pour Internet, avec 500 millions d'utilisateurs, devant le marché américain. Le marché chinois de l'Internet est certes plus important en nombre de consommateurs mais les pratiques diffèrent. Outre-Atlantique, le droit de la protection des données est très parcellisé en fonction des États, des secteurs, et s'inspire d'abord de la protection du consommateur. Depuis l'arrêt « Schrems II » de la Cour de justice de l'UE du 16 juillet 2020, le RGPD interdit d'ailleurs le transfert aux États-Unis de données personnelles collectées sur des citoyens européens, les relations des opérateurs américains avec les services secrets restant trop opaques. Outre le dépôt de plaintes contre les GAFAM au sujet de la protection des données de leurs utilisateurs, Max Schrems, l'activiste autrichien à l'origine de cette croisade, a également déposé 101 plaintes contre de grandes entreprises européennes hébergeant leurs données sur des serveurs américains. La souveraineté numérique est donc une obligation pour tous les acteurs européens et ses enjeux sont considérables, que ce soit pour les libertés individuelles ou sur les plans économique et politique – au regard notamment des risques d'espionnage.

Le RGPD s'avère même un véritable avantage concurrentiel pour les entreprises européennes. À l'inverse des GAFAM fondant leur stratégie sur les besoins publicitaires des industriels, auxquels ils revendent les données captées chez les internautes, un modèle entrepreneurial alternatif est à développer, partant des besoins des individus, envisagés non plus comme de simples consommateurs mais comme des personnes sensibles à la protection de leur vie privée.

Dans l'un de vos articles, vous pointez une évolution de la fonction du droit postmoderne qui n'est pas sans dommages. Comment un tel retournement est-il possible ?

La complexité du droit est une critique régulièrement formulée, notamment à l'encontre du droit français – mais le droit anglo-saxon n'est pas moins complexe. Il me semble que cette complexité, réelle, découle d'une évolution de la fonction du droit moderne. Après le siècle des Lumières et la Révolution française, la première fonction du droit moderne a été d'encadrer l'arbitraire du Souverain pour

Entretien avec Bertrand du Marais

favoriser les libertés individuelles. Avec la révolution industrielle, la fonction du droit est devenue d'élargir le marché, mettant en place des mécanismes juridiques abstraits (contrats, société anonyme, etc.) capables d'instaurer une confiance institutionnelle et donc de garantir la sécurité juridique entre des acteurs nombreux et éloignés. Au tournant des années 1950-60, un nouveau paradigme s'est instauré. Mon hypothèse est que la complexité du droit est engendrée par la nouvelle fonction du droit postmoderne : permettre aux différentes parties prenantes d'une transaction d'évincer les aléas des relations interpersonnelles – ce que j'appelle le « Grand Évitement ». Aujourd'hui, il faut prévoir, par exemple dans un contrat de 1 000 pages, tous les scénarios possibles afin d'anticiper la réponse adéquate, en d'autres termes de construire une régulation automatique. Le but est de soulager au maximum l'individu de tous les multiples arbitrages, parfois microscopiques, qu'il doit sans cesse opérer dans son environnement. En guise d'exemple, on peut citer la mise en place de l'avancement automatique dans la fonction publique, qui soustrait le supérieur hiérarchique à ses obligations d'exigence de résultats envers ses subordonnés.

La limitation du pouvoir discrétionnaire des juges en est également une cause, avec des lois encadrant de plus en plus chaque situation afin d'en standardiser au mieux le traitement. Cette dépersonnalisation se retrouve aujourd'hui dans tous les champs du droit. Comme la nature humaine ne peut se laisser corseter indéfiniment, cet excès de sophistication du droit peut hélas conduire en retour au développement de mécanismes mafieux ou à des éruptions de violences. Un carcan est tôt ou tard contourné, quand il n'est pas attaqué avec violence. Pour remédier à ce grand évitement, fruit de l'hyperindividualisation et du déclin de la confiance dans les relations interpersonnelles, la logique est certainement de reposer le primat de la personne. L'être humain n'est pas, au mieux, qu'un individu, au pire, qu'un consommateur considéré comme un « paquet de données » par les GAFAM. Les systèmes juridiques institutionnels devraient se fonder sur la personne humaine et prendre en compte ses relations tant horizontales – avec ses pairs – que verticales – relations à une transcendance, qu'elle soit religieuse ou laïque (comme le constituent les valeurs républicaines de la Déclaration des droits de l'homme). ■

REPÈRES

Bertrand du Marais



Né à Lyon en 1964, Bertrand du Marais est diplômé de l'ESSEC (1985) et ancien élève de l'ENA (1989). Il intègre le Conseil d'État dès 1989 comme auditeur puis maître des requêtes, et devient conseiller d'État en 2006. Il est actuellement rapporteur à la section de l'Administration et membre élu de la Commission supérieure du Conseil d'État. Il a également participé à diverses missions de conseil juridique du Conseil d'État auprès d'administrations françaises (Direction du Trésor, 1992-1995 ; Agence pour le développement de l'administration électronique, 2003-2005) ou internationales (Banque mondiale). Depuis 2019, il est membre du collège de la CNIL (Commission nationale de l'informatique et des libertés), élu par le Conseil d'État.

De 2005 à 2015, il a été professeur de droit public à l'université de Paris Nanterre. Il est chercheur associé au Centre de recherche en droit public (CRDP) de cette université. Bertrand du Marais est président et cofondateur du think tank FIDES (Forum sur les interactions entre le droit, l'économie et la société). Il a publié de nombreux articles ainsi que, notamment, *Droit public de la régulation économique* (Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004 ; Prix Charles Dupin 2004 de l'Académie des sciences morales et politiques). Il a codirigé le *Dictionnaire des régulations* (LexisNexis, 2015 ; Prix du Livre de la pratique juridique 2016 du Club des juristes) et *Legal Certainty in Real Estate Transactions: A Comparison of England and France* (Intersentia, 2016).

Bertrand du Marais: "The stability of international economic relations and legal confidence go hand in hand"

A graduate of ESSEC (1985) and alumnus of ENA (1989), Bertrand du Marais is a State Councillor. His legal expertise is rich with a two-fold experience: on the one hand, professional, with years of practice in the senior civil service and international institutions; and on the other hand, academic, thanks to more than a decade of teaching and research in the field of public law. From this knowledge, both pragmatic

and academic, Bertrand du Marais has cultivated a keen sense of the interactions between law and economics, an issue that is also addressed by the influential think tank FIDES, which he co-founded and chairs. The exchanges with Socle shed light on the underlying processes that govern our society, and even hinder it. They also open the door to an alternative approach.

EXTRAITS & RÉFÉRENCES

Le droit, instrument privilégié pour construire la confiance dans la société

Bertrand du Marais préside le think tank FIDES, créé en 2009. Lors de notre entretien, il est revenu sur les spécificités de ce forum et sur ses objectifs.

FIDES, confiance et ambition au service des interactions entre droit et économie

« Ce n'est évidemment pas un hasard si notre think tank se nomme FIDES, acronyme de Forum sur les interactions entre droit et économie. Comme nous l'écrivons sur la présentation de notre think tank :

Pour "fides", le célèbre dictionnaire latin-français Gaffiot (Paris, Hachette, 1934, p. 665) donne les mots : "confiance", "crédit", "bonne foi". Ce qui a conduit en français aux termes : "fiducie", "fiduciaire", etc. Or le droit est un instrument privilégié pour construire la confiance dans la société, confiance sans laquelle il n'existe pas d'échange, et donc finalement de croissance, ni d'économie et moins encore de vie en société.

Ce terme de "fides" devrait donc parler aux membres de Gens de Confiance ! L'idée initiale était de constituer un réseau de juristes et d'économistes, mais également d'experts d'autres sciences sociales afin d'ouvrir et de développer un dialogue autour des interactions entre le droit et l'économie. Comme nous l'avons évoqué précédemment, le mouvement *Law and Economics*, développé aux États-Unis dans les années 1970, a donné naissance, dans les années 1990-2000, au mouvement *Law and Finance*, une véritable vulgate régissant les transactions internationales. Sous l'égide de l'un de ses théoriciens, Andrei Schleifer, et à travers le classement effectué par la Banque mondiale dans ses rapports *Doing Business*, le principe consiste à imposer une analyse économique réductrice pour aborder les questions juridiques. Il en résulte non seulement une vision "économisante" et très théorique de sujets qui nécessiteraient de prendre en compte toutes les facettes de la mise en œuvre pratique du droit, mais aussi une diffusion encore accentuée du droit anglo-américain. Celui-ci est considéré comme le seul cadre adapté aux transactions internationales. Dès 2005, nous nous sommes donc réunis entre juristes et économistes à l'université de Paris Ouest Nanterre La Défense afin de proposer une alternative à une telle vision, celle-ci nous semblant dangereuse à dupliquer à tous les environnements et cultures juridiques qui existent dans le monde. Nos travaux ont permis de mettre en évidence les biais de l'indicateur de la Banque mondiale et de faire progresser la France de 17 places en deux ans dans son classement. Notre réseau s'étant rapidement étendu à d'autres spécialistes des sciences sociales et à des professionnels, nous avons finalement créé ce think tank en 2009. Notre spécificité ne tient pas à l'étude de champs du droit ou de secteurs de l'économie en particulier. Elle réside dans une méthodologie originale visant à créer un dialogue entre droit et économie au moyen d'une approche pluridisciplinaire rigoureuse et comparative. »

La « jurisdiversité » comme facteur d'efficacité économique

« FIDES est donc un think tank (un vrai si j'ose dire, pas un "talk tank"...) pluridisciplinaire, ouvert à toutes les opinions politiques et tous les courants de pensée, ayant pour objectifs d'enrichir le débat public sur les interactions entre droit et économie et d'éclairer la décision. Nos colloques et nos publications entendent servir de matériaux aux décideurs publics ou privés, et développent l'enseignement, la recherche et l'évaluation dans le domaine des relations entre droit, économie et société.

Jusqu'à présent, la pluridisciplinarité est restée assez peu développée en France, notre culture aimant les cloisonnements académiques. Or ces derniers, vus de l'étranger, ne sont pas forcément compris. Il est donc grand temps de décloisonner les débats. En outre, compte tenu du développement du mouvement *Law and Economics*, notre positionnement se veut un pendant de cette approche américaine : partir non pas de manière systématique du point de vue des économistes sur le droit, mais revaloriser au contraire le regard des juristes. Bien évidemment, il s'agit par ailleurs de tenir compte de la spécificité de notre droit européen, différent du droit anglo-américain et fruit de la "sociale démocratie" européenne. En fondant la sécurité juridique sur le respect des cultures juridiques, la "jurisdiversité" est au cœur de notre vision car elle constitue un véritable facteur d'efficacité économique. »

Pour en savoir plus :

Lien vers le site internet du think tank FIDES : <https://www.fides.institute/>

Lien vers l'article de Bertrand du Marais sur « Le "grand évitement" et le droit administratif » évoqué en page 3 : https://www.academia.edu/40039534/Le_Grand_%C3%89vitement_et_le_droit_administratif

LE REGARD DE GENS DE CONFIANCE

FIDES et Gens de Confiance, deux démarches en symbiose

La complexité des rapports en société, notamment en matière économique, ne doit pas faire perdre de vue une règle simple : ces mêmes rapports ne peuvent être viables et bénéfiques que s'ils reposent sur une confiance partagée. Celle-ci se manifeste de manière tangible par le respect des règles de droit inhérentes à toute communauté humaine. Or, concomitamment au processus de globalisation qui se met en place à l'échelle planétaire, on assiste à une volonté d'imposer uniformément le droit anglo-américain comme cadre juridique de toute transaction. Une telle négation des particularités culturelles et sociétales des différents acteurs à travers le monde ne peut qu'engendrer de multiples déséquilibres, distendant par là même les liens de confiance.

Bertrand du Marais nous invite au contraire à revenir à une conception fondée sur l'expérience acquise au fil des siècles et respectueuse des diversités culturelles, pour réguler les échanges au sein des groupes sociaux. Son analyse tout à la fois profonde et claire l'a conduit à fonder un think tank dont le

seul nom, FIDES, suffit à rappeler le rôle moteur que joue la confiance au sein des communautés humaines. Bertrand du Marais nous rappelle que « *le droit est un instrument privilégié pour construire la confiance dans la société, confiance sans laquelle il n'existe pas d'échange, et donc finalement de croissance, ni d'économie et moins encore de vie en société* ».

La démarche qu'il a ainsi initiée en regroupant à ses côtés de nombreux experts de la Chose publique est en parfait accord avec ce que nous mettons en œuvre au quotidien chez Gens de Confiance. Là où FIDES analyse et conceptualise, Gens de Confiance travaille à traduire dans les faits ce souci permanent de vivre en bonne intelligence les uns avec les autres. Deux voies qui sont en symbiose et qui incitent à faire fleurir une conception harmonieuse et fructueuse des rapports humains.

Ulric Le Grand
cofondateur de Gens de Confiance

La philosophie de Gens de Confiance

Individualisme exacerbé ? Délitement des structures traditionnelles d'entraide ? Oubli du respect d'autrui, et de la parole donnée ? De fait, les sociétés contemporaines s'interrogent sur leur devenir.

Ce constat a présidé à la naissance, en 2015, de Gens de Confiance, plateforme de petites annonces, basée sur la confiance et la courtoisie, ouverte à tous, sur recommandation. Ses petites annonces en font un laboratoire dans l'espace virtuel complexe qu'est internet. Par cette symbiose entre la technique et l'humain, Gens de Confiance n'a pas la prétention

de changer le monde, mais plus modestement de favoriser la renaissance de la confiance, ce lien subtil qui lie les uns aux autres au sein d'un réseau. Gens de Confiance transpose ainsi, dans l'universalité du monde numérique, l'ancien système de connexions qui existait hier au sein du village. Cette démarche va bien au-delà d'un simple échange de biens et de services. Elle vise à recréer, très concrètement, du « lien social ». Via cette Lettre, nous entendons ainsi apporter notre contribution au débat public sur la renaissance de la confiance comme socle des sociétés humaines.